

INDICE

CAPITULO I. INTRODUCCIÓN. LA FUNCIÓN DE LA ARMONÍA.	1
CAPITULO II. LOS PRECEDENTES LEGISLATIVOS	13
II.1 CODIGO PENAL DE 1822	13
II.2 CODIGO PENAL DE 1848 Y 1850	15
II.3 CODIGO PENAL DE 1870	19
II. 4 CODIGO PENAL DE 1928	23
II.5 CODIGO PENAL DE 1932	25
II. 6 CODIGO PENAL DE 1944	27
II.7 TEXTO REFUNDIDO DE 1973 (LEY 44/1971, DE 15 DE NOVIEMBRE)	29
CAPITULO III. FINES DE LA PENA	
III.1 ASPECTOS GENERALES	30
III.2 TEORIAS DE LOS FINES DE LA PENA	31
III.2.1. TEORIA ABSOLUTA	33
III.2.2. TEORIAS RELATIVAS	38
III.2.2.1 PREVENCIÓN ESPECIAL	40
III.2.2.2 PREVENCIÓN GENERAL	50
III.3 INFLUENCIA DE LOS FINES DE LA PENA EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA	53
CAPITULO IV. POLITICA CRIMINAL EN LOS MODELOS DE DETERMINACIÓN DE LA PENA	
IV.1 ASPECTOS GENERALES. BREVE APROXIMACIÓN A LA POLITICA CRIMINAL Y SU PROBLEMÁTICA	58

IV.2 PRINCIPIOS INTEGRANTES	64
IV.3 TEORIA DE LOS BIENES JURIDICOS	70
IV.3.1 APROXIMACIÓN A LOS BIENES JURIDICOS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA POLITICA CRIMINAL	70
IV.3.2 FACTORES EXTERNOS CONDICIONANTES	76
IV.4 LA INCESANTE BUSQUEDA DE SEGURIDAD: DERECHO PENAL SIMBÓLICO	87
IV.5 LA INTERRELACIÓN ENTRE BIENES JURIDICOS, LA POLITICA CRIMINAL Y LA DETERMINACIÓN DE LA PENA	93
IV.6 PANORAMA DELICTIVO: LA POSICIÓN DE LA VICTIMA	95
IV.7 LIBERTAD/SEGURIDAD. INTERACCIÓN Y CONSECUENCIAS DE LA SITUACIÓN ACTUAL	99
IV.8 INTERACCIÓN DE LOS FINES Y LAS PENAS DESDE EL PUNTO LA PERSPECTIVA DE POLITICA CRIMINAL	104
IV.9 TOMA DE POSTURA	119
CAPITULO V. LA MORFOLOGÍA DE LA PENA. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA E INDIVIDUALIZACIÓN ARMONIZADORA	122
V.1 ASPECTOS GENERALES	122
V.2 PRINCIPIOS PARA OPERAR EN LA CONCRECIÓN DE LA PENA.	128
V.2.1 LEGALIDAD	130
V.2.2 MOTIVACIÓN	131
V.2.3 PROPORCIONALIDAD	135
V.3 CRITERIOS INSTRUMENTALES PARA LA CONCRECIÓN DE LA PENA Y LOS MARCOS PENALES.	141
V.3.1 EL MODELO ARITMETICO	141
V.3.2 GRADOS	144
V.3.3 MARCO ABSTRACTO ABSOLUTO. INCIDENCIA DEL DESVALOR DEL INJUSTO Y LA CULPABILIDAD.	150

V.3.3.1.1	TIPICIDAD	151
V.3.3.1.2	ANTI JURICIDAD	154
V.3.3.1.3	CULPABILIDAD	159
V.3.3.2	LAS PENAS ALTERNATIVAS. LA SELECCIÓN DE UNA MAGNITUD	169
V.3.4	MARCO ABSTRACTO CONCRETIZADO	175
V.3.4.1	INSTRUMENTOS DE CONCRECIÓN	175
V.3.4.1.1	PENA SUPERIOR E INFERIOR EN GRADO	175
V.3.4.1.2	DIVISIÓN DE LA EXTENSIÓN INTERNA DEL MARCO.	191
V.3.4.2	LA BUSQUEDA DEL MARCO BÁSICO. LA SELECCIÓN DE UNA MAGNITUD	203
V.3.4.2.1	LA PERSONIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD	205
V.3.4.2.2	INCIDENCIAS DE LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA	214
V.3.4.2.3	GRADO DE DESARROLLO ALCANZADO POR EL DELITO. LA TENTATIVA	222
V.3.4.3	BUSQUEDA DEL MARCO PSEUDOACCIDENTAL	228
V.3.4.3.1	ASPECTOS GENERALES.	230
V.3.4.3.2	¿ES POSIBLE LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DEL ARTÍCULO 66 A TODO EL CATÁLOGO DE SANCIONES PENALES?	244
V. 3.4.3.2.1	MULTA.	244
V.3.4.3.2.2	LA PRISION PERMANENTE REVISABLE	250
V.3.4.3.3	¿ES POSIBLE LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DEL ARTÍCULO 66 A TODO TIPO DE DELITOS?	

V.3.4.3.3.1 LA EXCLUSIÓN DE LAS REGLAS DEL ART 66 EN LOS DELITOS LEVES	252
V.3.4.3.3.2 LA EXCLUSIÓN DE LAS REGLAS DEL ART 66 EN LOS DELITOS IMPRUDENTES	253
V.3.4.3.4 ¿ES POSIBLE LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DEL ARTÍCULO 66 PARA TODO TIPO DE AUTORES?	254
V.3.4.3.5 LAS REGLAS DEL ARTICULO 66	254
V.3.4.3.5.1 LA REGLA PRIMERA	254
V.3.4.3.5.2 LA REGLA SEGUNDA	257
V.3.4.3.5.3 LA REGLA TERCERA	269
V.3.4.3.5.4 LA REGLA CUARTA	278
V.3.4.3.5.5 LA REGLA QUINTA	281
V.3.4.3.5.6 LA REGLA SEPTIMA	298
V.3.4.3.5.7 LA REGLA OCTAVA	301
V.3.5 PENA CONCRETA ARMONIZADA. REGLA SEXTA	302
V.3.5.1 CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL AUTOR	305
V.3.5.2 GRAVEDAD DEL HECHO	310
CAPITULO VI. LA IRRESISTIBLE PRESENCIA DE LA PERSONA JURIDICA EN EL ECOSISTEMA PENAL	315
VI.1 ASPECTOS GENERALES	315
VI.2 LA DISCUSIÓN SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS DISCURRE EN TORNO A VARIOS PLANOS	324

VI.2.1 MODELO LEGISLATIVO	326
VI.2.2 SISTEMAS DE IMPUTACION	329
VI.2.3 DERECHO DISPOSITIVO	343
VI.2.3.1 CUESTONES SUSCITADAS	344
VI.2.3.2 ¿POR QUÉ SON RESPONSABLES? PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ENTES COLECTIVOS	349
VI.2.3.2.1 CONSECUENCIAS ACCESORIAS	350
VI.2.3.2.2 ARTICULO 31 BIS. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS	354
VI.2.3.2.3 CUAL ES EL EFECTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ENTES COLECTIVOS	376
VI.3. VEHICULO PARA HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD. ARTICULO 66 BIS	393
CONCLUSIONES	401
BIBLIOGRAFÍA	412

CAPITULO I. INTRODUCCIÓN: LA FUNCIÓN DE LA ARMONÍA.

Tradicionalmente, se han distinguido en el proceso de determinación de la pena tres fases¹: legal, judicial y administrativa. La legal, donde se fijan los tipos de delito cuya realización u omisión genera las consecuencias jurídicas, así como las condiciones para fijar las clases de consecuencias jurídicas que se derivan del delito. Una fase judicial, manifestada por el conocimiento y conjugación de todos los elementos dados por el legislador, combinados con las variables de la realidad concreta del hecho delictivo, determinando una pena concreta, *real y armónica*, como el resultado de un recorrido instrumental-aritmético y lógico-mental, por distintos estadios de concretización. Y, por último, una fase administrativa, como materialización de la ejecución de la pena impuesta.

Con carácter previo al estudio del actual sistema de determinación de la pena, sería prudente hacer referencia a la función jurisdiccional, cuyo papel actual es el resultado de una larga evolución². En la antigüedad debieron utilizarse métodos similares a los empleados hoy día: premiar las formas acertadas de conducta y castigar las no deseadas, correspondiendo a determinados individuos del grupo, caracterizados por una situación de superioridad, no necesariamente física, la actividad tuitiva. Son formas de organización social en las que, las funciones de arbitrar y solucionar los problemas interindividuales de los miembros del grupo correspondían al jefe del mismo. Comenzándose a delegar estas funciones de carácter judicial o arbitral, desde el momento que el número de los componentes del grupo social aumentaba y la extensión territorial sobre la que el gobernante o rey ejerce su autoridad se ampliaba.

La solución judicial de los problemas interpersonales tenía su origen en elementos de diversa índole, pues si, en la época romana alcanzaron una cuota alta de racionalidad y utilidad, no es menos cierto, la existencia de sociedades o momentos históricos en los

¹ RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español, Parte General*, Ed Dykison, Madrid, 1995, pág 415; GARCIA ARAN, *Los criterios de determinación de la pena, en el Derecho español*, Ed Publicaciones de la Universidad de Barcelona, 1986, pág 65.

² MARTIN CAVANIEL, “Juez de ayer y hoy” en *Estudios de Derecho Judicial*, 2000, pág 35. sin perjuicio, como estudia el autor, de pensar que todo aquello relativo a actividades de mera subsistencia ha precedido temporalmente a actividades organizadas entre seres humanos

que se ponía el acento en otros criterios, muchos de ellos consagrados por la tradición, generalmente de origen mágico o sacral³. En el siglo XVIII, cuando surgen los postulados racionalistas jurídicos, aparece el germen del movimiento constitucionalista, a raíz del cual, se formula el concepto de Estado de derecho y la división de poderes. Es, en este marco, donde se ha de recalcar los principios en los que se asienta nuestra sociedad: “se reserva a la ley, en cuanto norma general y, abstracta, promulgada por el Parlamento, la definición de los aspectos básicos del status jurídico de los ciudadanos (...) los jueces deben atenerse al estricto texto de la ley, pues son la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de ellas”⁴.

La dogmática jurídica positivista se caracteriza por ofrecer una visión del juez como autómatas, que se limita a aplicar las consecuencias jurídicas prevista en las normas legales a los hechos que se enjuician en el proceso, de acuerdo con el apotegma: “*da mihi factu, dabo tibi ius*”⁵.

Asentado los parámetros anteriores, tenemos que mantener que la clave de la Justicia penal se halla en la “dosificación de la pena”. La distinción entre determinación e individualización de la pena o dosificación de ésta sugiere la idea de la diferenciación entre la pena considerada en abstracto, como respuesta de la ley a un hecho objetivamente sancionable, y, la pena considerada en concreto, como pronunciamiento judicial dirigido contra un determinado individuo, cuya participación en un hecho típicamente antijurídico y culpable ha sido probada, sin tener en cuenta toda la riqueza de matices que diferencian a un hombre de otro y a un acto humano de otro de la misma clase. Representan estos términos, los dos polos entre los cuales se han movido históricamente, con uno u otro signo, los diversos regímenes de punición de los delitos.

³ MARTIN CAVANIEL, “Juez de ayer y hoy” en *Estudios de Derecho Judicial*, 2000, pág 38.

⁴ MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, XI, recurso online, sin paginación.

⁵ PEREZ LUÑO, reproduce en su artículo “¿Qué es juzgar?” en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2008, pág 26, las palabras de ORTEGA Y GASSET, exponente del positivismo jurídico en España. “El que juzga no entiende. Para ser juez no es preciso previamente la heroica renuncia a entender el caso que se presenta a su juicio en la inagotable realidad de su contenido humano. La justicia mecaniza, falsifica el juicio para hacer posible la sentencia. No es pues, extraño, que el inmenso volumen de la historia universal se pueda especificar tan pocos nombres de jueces inteligentes. Aunque personalmente lo fueran, su oficio les obligó a imputar su propia perspicacia. Este es el triste heroísmo del juez, sin el cual la convivencia humana no sería posible. Vaya nuestro respeto a esa dolorosa profesión pero detestamos a los que sin ejercerla tan fácil y alegremente nos convertimos en Jueces de afición”.

Este arbitrio resulta imprescindible para mantener la humanización de la justicia, impidiendo la introducción de métodos estrictamente aritméticos que condujeran a la función judicial de la individualización de la pena a una labor automática o mecánica y a obviar toda la riqueza de matices del hecho y del sujeto que, la ley, por su propia generalidad, no puede prever.

Ahora bien, los márgenes de ese arbitrio judicial hallan su base en la propia Ley que, tras establecer todo el proceso de determinación de la pena, deja en manos del Tribunal la función individualizadora de la pena. Pero, no lo hace de una manera libre o arbitraria, sino vinculado a unas pautas valorativas que revisten fórmulas diversas, tanto con carácter general, como con referencia concreta a determinados tipos en cuya formulación legal se excluye o se amplía la determinación de la pena.

Nos encontramos en un contexto, donde llama a la puerta del sistema de determinación de la pena, la *Armonía*⁶.

La musicalidad que se genera por la armonía de sus notas tiene su proyección en el Derecho mediante la determinación de la pena e individualización de ésta. La razón de esta armonía legal no es más que el reflejo de las exigencias de la concurrencia de los postulados del Estado Democrático y de Derecho en el momento de la imposición del castigo, respondiendo al mosaico de orientaciones posiblemente concurrentes: desde la jurídica-dogmática a política criminales, pasando por las de naturaleza procesalistas⁷.

Armonía, que sigue coexistiendo, a día de hoy, con los problemas que originaron

⁶ Como el punto más alejado a las penas dominantes del Antiguo Régimen, de naturaleza, como ha señalado GALLEGO DIAZ, *El sistema español de determinación legal de penas*, Ed ICAE, Madrid, 1985, pág 18, crueles y bárbaras, desproporcionadas a la gravedad de los hechos, cuyo fin, no era otro que la intimidación y la ejemplaridad.

⁷ GALLEGO DIAZ, *El sistema español de determinación legal de penas*, Ed ICAE, Madrid, 1985, pág 5; QUINTERO OLIVARES, “Determinación de la pena y política criminal” en *Cuadernos de Política Criminal*, núm 4, 1978, pág 57.

el interés de la dogmática jurídica en la determinación de la pena: el papel de la culpabilidad como fundamento o límite, los juegos de los criterios preventivos, y el reparto de funciones entre el legislador y el juez⁸.

El sistema de determinación de la pena no deja de ser un proceso de concretización de un marco abstracto, en el que se produce un “progresivo desplazamiento del delito al delincuente”⁹, es un proceso de condensación de la norma teórica, del método y de la doctrina del hombre como centro, que, exige ser tratado de acuerdo a su individualidad y a sus circunstancias. Generándose con todo ello, la referida necesidad de individualizar en la determinación de la pena¹⁰. Plasmado en la ley como el sistema de penas relativamente determinado, al que se adscribió nuestro Código penal desde 1848¹¹.

En este contexto, el juez no puede ser instrumento político de sentimientos mediáticos¹², al igual que la ley no debe responder a corto plazo, por lo que la razonabilidad de la medida no se halla en la aceptación del contexto, sino en la comprensión del proceso mental llevado a cabo por el órgano jurisdiccional.

El arbitrio judicial motivado para la obtención de justicia en atención a parámetros legales, así como, de culpabilidad y proporcionalidad, no debería ocasionar tanta incertidumbre y estragos en la doctrina. Afortunadamente, se halla alejado de percepciones arbitrarias propias de épocas absolutistas¹³. La valoración efectuada por jueces y tribunales no deja de ser una actividad reglada y controlada, es el espíritu del

⁸ Para GALLEGO DIAZ, *El sistema español de determinación de penas*, Ed ICAE, Madrid, 1985, pág 3 estos factores fueron los desencadenantes del interés dogmático. Nosotros creemos que los puntos de partido no han perdido, a día de hoy, ni ápice de las dudas y controversias doctrinales.

⁹ GALLEGO DIAZ, *El sistema español...* op cit, pág 7.

¹⁰ La determinación de la pena como un proceso de individualización es un dogma aceptado doctrinalmente: GARCIA ARAN, GALLEGO DIAZ, MAPELLI CAFFARENA, CASTELLO NICAS, entre otros muchos.

¹¹ GALLEGO DIAZ, *El sistema español...* op cit, pág 12.

¹² En este sentido, GALLEGO DIAZ, *El sistema español...* op cit, págs 20 y 39, Motiva la dilatada arbitrariedad de la justicia del Antiguo Régimen en la instrumentalización política de los jueces por parte del monarca, así como en la atribución a los Jueces de funciones positivas en la justicia criminal de la época, permitiendo en algunos casos una verdadera individualización de la pena, en cuanto facultaba o no prohibía a los jueces apreciar otras circunstancias del delito y del sujeto distintas a las previstas en la ley y en función de las mismas separarse de la inadecuada e injusta pena legal.

¹³ En este sentido TOMAS Y VALIENTE, citado por GALLEGO DIAZ, *El sistema español...* op cit, pág 21, sostiene que durante la monarquía absoluta, la conciencia judicial se transformaba en la de un poder de naturaleza incontenible, limitado únicamente por la ley y la voluntad del todopoderoso ciudadano.

servicio a la justicia a través de la conciencia de respeto a la ley y al ser humano.

El frágil equilibrio de la determinación previa y precisa de la especie y medida de la pena por medio la ley y, la facultad de atender y valorar las circunstancias del hecho o persona ha sido una constante¹⁴ en la historia del derecho penal como superación de la ley del talión, como reflejo de los cambios políticos y sociales o del sentir del ciudadano.

En la anterior premisa de fragilidad entre los dos polos hemos de partir de la idea de que la ausencia de arbitrio judicial no es la solución a los abusos de la justicia sino que, el buen y profesional ejercicio del derecho en la valoración de los elementos diferenciales que hacen al delito y el delincuente únicos e irrepetibles. Como reconocimiento de la humanización de la justicia¹⁵.

Ahora bien, el derecho penal como ordenamiento de intervención mínima encaminado a la protección del mínimo irrenunciable de la sociedad no puede oscilar hacia los extremos del péndulo, sino que ha de mantener un criterio armónico aglutinador de aquellos “rasgos generales que se manifiestan a través de la experiencia y, que han de traducirse en los tipos”¹⁶, por ello, la historia penalística española del Código penal, desde el Texto punitivo de 1848, ha prescindido de la casuística pura propia de un sistema de penas fijas, en las que tanto la naturaleza de la pena como la cuantía está prevista en la ley, pero, también, ha prescindido de la vinculación al albedrío de un hombre a la hora de seleccionar la pena, así como de la magnitud concreta de la pena a imponer. Decantándose por un sistema de penas relativamente indeterminadas, en la que confluyen la división de poderes, imperante en los estados modernos donde: el legislador legisla (...), fijando un marco de penalidad de máximos y mínimos para cada delito, y el juez juzga, entendiéndolo como (...) un subsumir de los hechos a las categorías legales y que, con

¹⁴ En este sentido, realiza un profundo estudio en la materia, GALLEGOS DIAZ, *El sistema español de determinación legal de penas*, Ed ICAE, Madrid, 1985, pág 24 y ss.

¹⁵ Pues, como ha señalado GALLEGOS DIAZ, *El sistema español de determinación legal de penas*, Ed ICAE, Madrid, 1985, pág 39 asistimos a una mitigación del rigor legal, una superación del Antiguo Régimen, pues no estamos en el marco de una sociedad que concentra el poder en una sola persona, en la que el condenado queda a merced del Juez.

¹⁶ FERNANDEZ ALBOR, citado por GALLEGOS DIAZ, *El sistema español de determinación legal de la pena*, Ed. ICAE, Madrid, 1985, pág 76.

los instrumentos ha de proceder a imponer una pena en concreto.

Un procedimiento en el que, teóricamente, legalidad y seguridad jurídica van de la mano¹⁷, pero que origina la incertidumbre propia de un equilibrio cualitativo mental que ha de reflejarse en una cuantía concreta.

Nos encontramos ante una posición correctora de la excesiva rigidez, mediante una flexibilidad supervisada y objeto de control de imposición de una *pena real*¹⁸.

El sistema actual ha heredado del positivismo jurídico¹⁹, una fuerte preocupación por la personalidad del delincuente, así como fines de prevención especial, generando un incremento del arbitrio judicial con una progresiva elasticidad del principio de legalidad y de las garantías que de él dimanaban en lo referente a la pena²⁰. Debatiéndose entre las exigencias de legalidad y las exigencias de individualización en la que es, una solución de compromiso y un reparto equilibrado de funciones²¹.

Solo cuando alcanzamos esta solución de compromiso y reparto equilibrado de funciones iniciamos la concordancia, el equilibrio de una adecuada proporción y concordancia, esto es, abrimos el camino a la *Armonía*.

¹⁷ En este sentido, GALLEGO DIAZ, *El sistema español de determinación de la pena*, Ed. ICAE, Madrid, 1985, pág 77 sostiene que el respeto de la legalidad en una garantía de la seguridad jurídica, limitando el autor, el margen de arbitrio judicial al juego de las circunstancias atenuantes o agravantes en la fijación de la pena. Lo que se nos antoja una visión limitadora de la realidad, al no constreñirse la valoración judicial a las circunstancias modificativas de la responsabilidad, extendiéndose al desarrollo del delito (tentativa) o factores como la participación pueden afectar al quantum de la pena.

¹⁸ Frente a las penas fijas o pena arbitraria de las que habla GALLEGO DIAZ *El sistema español...* op cit, pág 75.

¹⁹ GALLEGO DIAZ, *El sistema español...* op cit, pág 87, ha señalado que el positivismo jurídico propugnaba un sistema de determinación de la pena conferido al juzgador mediante un sistema de sentencia indeterminada, la pena entendida como tratamiento médico no debía de fijar anticipadamente un plazo de duración sino que debía de ser el juez en su relación directa con el delincuente y sus necesidades quien la fijara.

²⁰ GALLEGO DIAZ, *El sistema español...* op cit, pág 89.

²¹ A fin de evitar la conversión del sistema de determinación de la pena, en un derecho judicial, en lugar de un derecho legislado al que podría llegarse mediante la individualización judicial de la pena, lo que destruiría la estructura del valor de los fines de la pena en favor de la consideración exclusiva de prevención especial, LANGE, citado por GALLEGO DIAZ, *El sistema español...* op cit, pág 93.

La *Armonía* es, en cierta forma, sinónimo de equilibrio y estabilidad, pero se diferencia de estos dos términos en el sentido de que abarca un campo mayor, afectando sensible y de manera gratificante a nuestro estado de ánimo, a nuestros sentidos y, en especial a nuestros sentimientos.

Como reflejo de la *Armonía*, la individualización no es, en sí mismo, una isla aislada dentro del ecosistema jurídico, sino que, responde a políticas imperantes: dogmáticas y criminales. No se trata de un mandato concreto al órgano jurisdiccional como medio de disolución de su independencia intrínseca, sino una manifestación de los fines de la pena que orientan el Derecho penal.

En definitiva, la *Armonía*, no deja de ser un arte, la unión y combinación de sonidos diferentes, acordes agradables al oído que son emitidos simultáneamente. Funcionando como acompañamiento, armazón o base de una o más melodías.

Por otro lado, la melodía ha de responder, sónica y estructuralmente, a las medidas de las que recibe su fuente, eliminando las barreras y generando puentes, pero sin que pueda o deba cambiar en la percepción del oyente, aún cuando se halle en un contexto diferente.

Este arte precisa de un director de orquesta que coja la batuta como un acto de responsabilidad, como persona que aporte sus conocimientos para enriquecer la individualidad de la melodía.

Comprobamos con ello, que la conjunción armónica (individualidad) de las notas y compases dan sentido o identidad propia singular, reflejada en la melodía. Son el ying y el yang del sistema de determinación de la pena, las dos caras de la moneda, cuya

existencia independiente no florece en estado puro o absoluta quietud, sino que precisa de una coexistencia en equilibrio dinámico. Sólo entonces alcanzamos la *Armonía*.

El equilibrio entre las notas de un instrumento y su musicalidad, extrapolado a la individualización de la pena, da respuesta al principio de legalidad en su doble óptica cualitativa y cuantitativa. Cualitativamente, respondiendo al prisma de las necesidades y fines imperantes en el Estado de Derecho, en el que se enuncian valores superiores de justicia que impregnan la generalidad del texto, la organización política, y el ordenamiento jurídico. Y, cuantitativamente, porque no podemos olvidar el espectro de la ciudadanía que precisa de la visualización de una cantidad concreta²². En definitiva, y, tomando la definición de PECES BARBA, es la decisión constitucional que el poder plantea como raíz del Derecho. Se refleja la función positiva del Estado de Derecho, “no se limita a garantizar formalmente la seguridad jurídica, sino que la nueva dimensión le hace portador de la justicia material”²³.

El sistema de determinación de la pena no es ajeno a esta necesidad de armonía. Desde su óptica global, esto es, como sistema legal, necesita que la existencia del ilícito penal, así como sus consecuencias jurídicas han de estar determinadas legalmente²⁴. De modo que, el ciudadano conozca la descripción del conjunto de elementos que conducen a la ilicitud de la conducta, así como la sanción o pena, tanto en la especie como en la extensión, que haya de imponerse como respuesta a la conducta delictiva. Ello se traduce en el tipo penal en la existencia de un marco penal, como réplica al principio de legalidad²⁵, y así como en la necesidad de fundamentar el sistema penal en la

²² No obstante, para GALLEGO DIAZ, *El sistema español de determinación de la pena*, Ed. ICAE, Madrid, 1985, pág 93, el principio de legalidad se ve materialmente colmado, en última instancia, con una visión cuantitativa del punto óptimo de equilibrio.

²³ GALLEGO DIAZ, *El sistema español ...* op cit, pág 93, los valores superiores del ordenamiento jurídico junto con el principio de legalidad, avalan para el autor, el sistema de penas relativamente determinadas mediante marco penales.

²⁴ GALLEGO DIAZ, *El sistema español...* op cit, págs 87, 88 y 92, pone de manifiesto que la extensión del principio de legalidad alcanza los presupuestos del delito y las consecuencias jurídicas del mismo. Sin que sea posible retomar las posturas de la Ilustración en materia de las consecuencias jurídicas, pues sí, el principio de legalidad otorga la mejor garantía de la seguridad jurídica y los derechos de los ciudadanos, al limitar el poder del Juez, la individualización impide el retorno a la rígida determinación de la pena por parte de la ley.

De modo que en el sistema actual, la ley debe determinar el sí, el cómo y el cuándo de la pena.

²⁵ BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Ed Giuffrè, Milano, 1964, pág 80, sostiene acertadamente, que el hecho que la pena venga indicada por la ley como pena única, alternativa, con fijación férrea de su extensión o circunscrita dentro de unos determinados límites no deja de ser una variable dependiente del clima histórico político y de las tendencias criminológicas de un

culpabilidad²⁶.

Pero también desde la individualidad, es necesario encontrar la armonización de la pena concreta, en el que las notas musicales del pentagrama e instrumentos de la orquesta dejan de ser suficientes para obtener una melodía armoniosa, entrando en escena la compleja valoración de los postulados del espíritu humanista, con una especial sensibilidad por el respeto a la libertad y dignidad del ser humano, con el consiguiente reconocimiento a los distintos matices y grados que presenta cada caso, así como la personalidad del culpable²⁷. Es el último estadio del *percorso* del sistema donde las guías orientadoras se centran en dos expresiones: gravedad del hecho, y circunstancias del hecho; reales en sí mismas pero cuya existencia tangible se difumina y se clarifica mediante un proceso racional intelectual, un lenguaje privilegiado que ha de ser capaz de transmitir la verdadera esencia de las cosas.

Con ello, no estamos ciegos a los peligros del proceso racional intelectual, o, proceso intimista, pues como ha señalado BRICOLA, los postulados preventivos propios de las políticas criminales imperantes en la actualidad no están exentas de peligros, pues una aceptación indiscriminada de la exigencia de prevención, caso por caso, a juicio discrecional del Juez, “se presta a abrir la puerta, consciente o inconscientemente, a los más grandes arbitrios”²⁸.

El peligro del que venimos hablando reside en el respeto del principio de legalidad

determinado momento y de un determinado sistema, pero no colma la idea de factor esencial para la realización del principio de legalidad.

²⁶ GALLEGO DIAZ, *El sistema español...* op cit, pág 89. tal y como sostiene el autor un sistema basado exclusivamente en el principio de prevención especial tendría que prescindir de los marcos penales gradualmente diferenciados en cada uno de los tipos, en cuanto constituirían un impedimento para tal función.

²⁷ Estamos lejos de la época histórica del arte por el arte, sin condicionamientos y sin tener que respetar normas estructurales y formales propias de la época que se materializaba con la pena fija.

²⁸ BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale, Nozione e aspetti costituzionali* Ed Giuffrè, Milano, 1964, pág 102.

siendo tutores irrenunciables²⁹. para la reserva de la ley, la función de individualizar delito y pena en abstracto, así como la exigencia de garantía, subyacente del principio de legalidad No puede desfigurar el tipo penal.

Como resultado de la concesión al juez de un espacio de juego moderadamente amplio³⁰, aludimos a la *Armonía* como equilibrio de las proporciones entre las distintas partes de un todo, donde su resultado siempre connota belleza. *Armonía* que obtenemos de la ponderación de la legalidad e individualización.

Armonía, aún más necesaria, si tenemos en cuenta que en la búsqueda de equilibrio se diluye la rigidez matemática desde el instante en el que reconocemos el derecho como producto de un momento histórico, en el que intervienen las emociones, sentimientos y anhelos del ser humano.

Estos instrumentos legislativos de la ecuación se formulan en similares términos a los instrumentos musicales que formulan la melodía. En el que el tronco del sistema de determinación de la pena pivota sobre la atribución de un marco penal al injusto típico. Al que se le ha de adicionar, en igual plano de importancia, la culpabilidad como elemento detonante del inicio de la actuación, pero, también, como límite de la misma, una frontera que nos impide el desbordamiento de la figura delictiva. Junto a estos instrumentos se hallan instrumentos de acompañamiento, de naturaleza aritmética, la pena en su mitad inferior y superior y la pena superior/inferior en grado. Cierra el sistema, la escala de valores proporcionadas por el legislador, gravedad del hecho y circunstancias personales del autor, que aportan el camino de la *Armonía* a la melodía.

En este marco de *Armonía*, la visualización y percepción de la misma se lleva a

²⁹ DOLCINI/ MARIANUCI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, Ed Giuffrè, Milano, 2006, pág 31. El principio de legalidad, reserva a la ley la obligación de individualizar el delito y la pena, la exigencia de garantizar subyacente al principio de legalidad son hoy día mínimos irrenunciables

³⁰ GALLEGO DIAZ, *El sistema español...* op cit, pág 102.

cabo mediante la motivación, convirtiéndose ésta en el instrumento que posibilita el control de fidelidad del Juez a la ley, a la hora de implementar las prescripciones normativas al hecho delictivo. De forma que existe un “ligamen indisoluble entre motivación y jurisdicción: independientemente de la orden jurisdiccional (civil o penal) y del contenido de la resolución o de la composición del órgano”, reflejado en la necesidad que la aplicación de la ley se acompañe de la enunciación del “*ratio decidendi*”³¹. Para el AMODIO existe una “*giustificazione rationale*” cuando el “Juez deja de lado el testimonio recibido en la audiencia centrándose en el contexto de un razonamiento lógicamente irreprochable. Sobre todo, cuando falta en la sentencia la indicación de las pruebas que ha barajado, lo que le lleva a una abstracta estructura ideal de la justificación racional”³².

La motivación como acreditación de la *Armonía* no es un hecho aislado, sino que ha de manifestarse tanto en el acto procesal (estructura externa) como en la construcción del discurso argumentativo (estructura interna), esto es, “en la secuencia de la argumentación que debe darse al discurso judicial para tomar en consideración la dignidad de la motivación”³³, añadiendo el autor que “la función del Juez se extiende de tal forma que no puede resolverse mediante una clase de razones que mueren en la producción mecánica surgida de la discusión, ni en una obra realizada en nombre de la “*libertad de argumento*” de forma que sea elevado al rango de autónomo y único intérprete del pensamiento del colegio”.

La *Armonía* de la individualización de la pena no se halla descrita con fórmulas de inmediata evidencia³⁴. Tampoco cabe el extremo, que una simple descripción pueda prosperar como argumentación a la hora de una condena penal, se trata de hipótesis que han de demostrarse³⁵. Esto es, la racionalidad de la decisión judicial refleja el modo de

³¹ AMODIO, “Motivazione della sentenza”, en *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, 1977, pág 189.

³² AMODIO, “Motivazione della sentenza”, en *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, 1977, pág 197.

³³ AMODIO, “Motivazione della sentenza”, en *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, 1977, pág 198.

³⁴ En similares términos, AMODIO, “Motivazione della sentenza”, en *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, 1977, pág 198. Para el autor, no cabe que exista un modelo de la motivación de la sentencia penal en las normas con fórmulas de inmediata evidencia. No existe una verdadera motivación, para el autor, cuando el tribunal está llamado a resolver cuestiones de procedimiento, que no dejan de ser normas de aplicación utilizadas como criterios para guiar una decisión.

³⁵ AMODIO, “Motivazione della sentenza”, en *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, 1977, pág 206.

construir el discurso justificativo, debiendo adecuarse a un modelo prefijado como punto de partida para la argumentación³⁶. Y si se cualifica la motivación como discurso justificativo, no puede considerarse fundada “la determinación generalizada de la exposición de las razones mediante las premisas de silogismo...porque la argumentación es como un organismo, resulta inconcebible en la realidad judicial la ausencia de la motivación, pues sería un organismo sin cabeza, es decir, amputada la conclusión”³⁷.

De forma que, “en la determinación de la pena, debe seguir el itinerario fijado en la norma penal, sin que ello signifique que deba de dar cuenta de todos los parámetros de la motivación”³⁸. Así, “la determinación de la pena entre el mínimo y el máximo del marco, se confía a la discrecionalidad del Juez, el cual, en el ejercicio de ese poder, deber tener en cuenta la gravedad del hecho delictivo y de la capacidad de delinquir del culpable”³⁹. Pues como se ha señalado por la Suprema Corte Italiana, la configuración de los mecanismos mentales que conducen a la concreta individualización de la pena, “más que un proceso lógico de natural analítica, se trata en realidad de un hecho de intuición que nace de la global valoración del hecho delictivo y de la personalidad del culpable”⁴⁰.

En definitiva, la imposición de una pena medida entre el mínimo y el máximo implica un uso armónico del poder discrecional del Juez, revestido de legitimidad cuando existe una “motivación adecuada, libre de defectos lógicos y legales”⁴¹.

³⁶ AMODIO, “Motivazione della sentenza”, en *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, 1977, pág 217.

³⁷ AMODIO, “Motivazione della sentenza”, en *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, 1977, pág 225. En el esquema “hecho probado-máxima experiencia-hecho acertado”, criticando el autor que resulte alterado por la diversa fuerza de la injerencia que se presenta en el interno mismo del discurso judicial como garantía de verosimilitud pero ya no de certeza”.

³⁸ AMODIO, E., “Motivazione della sentenza”, en *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, 1977, pág 226.

³⁹ CASSASIONE PENALE, 1982, págs 272, 273, “Ahora el Juez, en el ejercicio de su poder discrecional de sancionar con una pena dentro de los límites mínimos y máximos, se desvía de la medida intermedia de la aplicación misma. El imputado tiene siempre el interés hacia una motivación de los criterios seguidos de una pena menor, y, sin embargo, carente de interés hacia la pena irrogada si no por debajo de la media”. “En el que en el tema de la determinación de la pena y del poder que atribuye al Juez, los problemas emergen en dos momentos: el convencimiento del Juez y en la manifestación del procedimiento seguido por el mismo”

⁴⁰ CASSASIONE PENALE, 1982, págs 274, 275.

⁴¹ CASSASIONE PENALE, 1982, págs 272, 273. En el que se excluye, por sí mismo, el abuso, que no precisa de específica motivación”.

CAPITULO II. LOS PRECEDENTES LEGISLATIVOS

II. 1 CODIGO PENAL DE 1822

En la historia de la codificación punitiva española hallamos, en primer lugar, como triunfo de la Ilustración, el Código penal de 1822. Corresponde al periodo constitucional de 1820 a 1823, vigente la Constitución de 1812.

El legislador ofreció un sistema de determinación de la pena en la que el Juez disponía “de un considerable margen de discrecionalidad, haciendo girar en torno a una ingeniosa agrupación de delitos en grados, a partir de los cuales se va a fijar distintas magnitudes punitivas”¹. Considerándose por algunas voces doctrinales, como “el texto punitivo que más arbitrio ha concedido a los jueces para la determinación de la pena de todos los Códigos Penales Españoles”².

Sin embargo, algunos de sus preceptos pueden considerarse antecedentes remotos de nuestro actual sistema de dosimetría penal. Texto punitivo, que, junto al Código penal de 1844, supuso la inclusión del principio de legalidad en la determinación de la pena, por medio del señalamiento para cada infracción criminal del género y el grado de la pena dentro de un marco penal, así como la articulación de reglas que permitieran encauzar la actividad del juez a lo largo de todo el proceso de medición y concreción de la pena³. Sin olvidar, la presencia retribucionista de proporcionar la magnitud concreta de la pena imponible a la gravedad real y a la culpabilidad del hecho delictivo cometido. Asentándose, como “paredes maestras de nuestro sistema de determinación de la pena”⁴.

Las reglas para la determinación de la pena en el primer Código Penal español, están recogidas en el Capítulo Cuarto, rubricado “*Del modo de graduar los delitos, y aplicar y dividir las penas; de las circunstancias que los agravan o disminuyen; de las penas que se deben aplicar de las penas que se deben aplicar cuando concurren diferentes; y de la exclusión de todo asilo para los que delincan*” del Título Preliminar.

El Texto punitivo brinda en el artículo 101, al órgano jurisdiccional, los criterios de concreción

¹ MAPELLI CAFFARENA, B. “El insostenible artículo 66”. *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Ed Ediofer, Madrid, 2008, pág 1955.

² BELESTA SEGURA, “El artículo 66 del nuevo Código Penal y el arbitrio judicial” en *Revista de Derecho y proceso Penal*, 2004, núm 11, versión informática, pág 136.

³ GALLEGO DIAZ, *El sistema español de determinación legal de la pena*. Ed ICAE, Madrid, 1985, pág 217.

⁴ GALLEGO DIAZ, *El sistema español...* op cit, pág 217.

penal según concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad al disponer que: “En los casos en que la ley imponga al delito pena corporal ó no corporal, ó pecuniaria de tiempo ó cantidad indeterminada, y haya fijado solamente el mínimo y el máximo, los jueces de hecho deberán, cuando declaren el delito, declarar también su grado. Lo mismo harán los jueces de derecho en las causas exceptuadas. En cada uno de estos delitos habrá tres grados. El primero ó el mas grave de todos, el segundo ó el de inferior gravedad; y el tercero ó el menos grave de todos. Para la calificación del grado atenderán los jueces de hecho á la mayor o menor gravedad; y al mayor ó menor número de las circunstancias que agraven ó disminuyan el delito, conforme á la disposición respectiva de la ley y á los artículos 106 y 107”⁵.

Caracterizándose el sistema por una división de la pena en grados. Para ello, se parte, de la base de la declaración por parte del juez del grado de delito: primero, segundo y tercer grado. Atendiendo, a la gravedad y el número de las circunstancias agravantes o atenuantes de la responsabilidad criminal o, en palabras del propio texto punitivo: “la mayor ó menor gravedad, y al mayor ó menor número de circunstancias que agraven ó disminuyan el delito, conforme á la disposición respectiva de la ley y á los artículos 106 y 107”. De forma que, para la calificación del grado para cada delito los Jueces debían atender a la mayor o menor gravedad del hecho delictivo así como a la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes. En correspondencia con la calificación del delito, la regla del artículo 102 del Texto punitivo⁶ complementaba el sistema con una cuantificación basada en operaciones aritméticas.

⁵ El artículo 106 del CP de 1928 ofrece un catálogo de circunstancias de agravación: “Primera: el mayor perjuicio, susto, riesgo, desorden ó escándolo que cause el delito. Segunda: la mayor necesidad que tenga la sociedad de escarmientos, por la mayor frecuencia de delitos. Tercera: la mayor malicia, premeditación y sangre fría con que se haya cometido la acción; la mayor osadía, imprudencia, crueldad, violencia ó artificio, ó el mayor número de medios empleados para ejecutarla. Cuarta: la mayor instrucción o dignidad del delincuente, y sus mayores obligaciones para con la sociedad, ó con las personas en contra quienes delinquieren. Quinta: el mayor número de personas que concurran al delito. Sesta: el cometerlo con armas ó en sedición, tumulto ó conmoción popular, ó en incendio, naufragio u otra calamidad o conflicto. Séptima: la mayor publicidad ó autoridad del sitio del delito, ó la mayor solemnidad del acto en que se cometa. Octava: la superioridad del reo con respecto á otro á quien dé órdenes, consejos o instrucciones para delinquir, ó le seduzca, instigue, solicite, ó provoque para ello. Novena: en todos los delitos contra las personas, serán circunstancias agravantes contra el reo la tierna edad, el sexo femenino, la dignidad, la debilidad, la indefensión, desamparo ó conflicto de la persona ofendida”.

Estableciéndose en el artículo 107 del texto punitivo que venimos comentando las causas de atenuación. “Primera: la corta edad del delincuente, y su falta de talento ó instrucción. Segunda: la indigencia, el amor, la amistad, la gratuidad, la ligereza ó el arrebato de una pasión que hayan influido en el delito. Tercera: el haberse cometido este por amenaza ó seducciones, aunque no sean de aquellas que basten para disculparle. Cuarta: el arrepentimiento manifestado con sinceridad inmediatamente después de cometido el delito, procurando voluntariamente se autor impedir o remediar el daño causado por él, ó socorrer ó desagraviar al ofendido. Sesta: el presentarse voluntariamente á las autoridades después de cometido el delito, ó confesarlo con sinceridad en el juicio, no estando convencido el reo por otras pruebas”.

Ambos textos se han extraído *Códigos Penales Españoles, (1822,1848,1850,1870,1928,1932,1944), Recopilación y concordancias, (dir) LOPEZ BARJA DE QUIROGA, RODRIGUEZ RAMOS, RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Ed Akal D.L, Madrid, 1998, págs 520 y ss.*

⁶ Al delito en primer lugar se aplicará el máximo de la pena señalada en la ley, pudiendo el juez de derecho disminuirlo hasta una sexta parte menos del total.

Al delito, en segundo grado se aplicará el término medio del mínimo y máximo señalados por la ley,

Al delito de primer grado se la aplicaba el máximo de pena señalada por la ley, al delito en segundo grado, el término medio, y al delito en tercer grado, el mínimo, pero dejando al prudente arbitrio del Juez la facultad de disminuir, cuando se trataba del primer grado o de agravar si se trataba del tercer grado, o de aumentar o disminuir en el segundo grado, hasta la sexta parte del máximo señalado en la ley⁷.

II.2 CÓDIGO PENAL DE 1848 Y 1850

El Código penal de 1848, es fruto de la época en la que se promulgó, todavía muy reciente el dilatado arbitrio judicial con los excesos propiciados por el Antiguo Régimen, se desea corregir la amplia discrecionalidad abstrayendo y generalizando al máximo, con el menor número de disposiciones posibles se abarcaran todos los delitos, todos los delincuentes, todas las penas⁸.

Sobre la base de un sistema de determinación de la pena relativo, “para cada violación se designará una pena con su máximo y su mínimo dentro de los que los Tribunales harán la aplicación discrecional según las circunstancias del hecho y del culpable”⁹. Procuran cercenar el dilatado arbitrio mediante un sistema de apreciación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad¹⁰ dentro y

pudiendo el juez aumentar ó disminuir el término medio hasta una sexta parte del mismo.

Al delito en tercer grado se aplicará el mínimo, ó se aumentará éste hasta una sexta parte más, del máximo señalado en la ley, dejándose este arbitrio al prudente juicio de los jueces de derecho, según la mayor o menor gravedad que resulte” En el texto original, tal y como señala CASTELLO NICAS, N, *El arbitrio judicial y el artículo 66 de los delitos dolosos*, Ed Comares, Granada, 2000, pág 54 contiene algunas diferencias propias de la gramática de la época.

⁷ GALLEGO DIAZ, *EL sistema español de determinación legal de la pena*, Ed ICAE, Madrid, 1985, pág 149.

⁸ SEIJAS, Sesión de 2 de octubre de 1844, Aprobación definitiva del Anteproyecto por la Comisión General, citado por GALLEGO DIAZ, *El sistema español...* op cit, pág 141. sin que se llegara al sistema de penas fijas, mismo autor op cit pág 162, pues como señalo LUZURIEGA, citado por GALLEGO DIAZ, “es menester dejar elasticidad suficiente a fin que los Tribunales puedan aplicar la pena según sus circunstancias...no hemos de hacer a los jueces autómatas”, *El sistema español...* op cit, pág 162.

⁹ Base 10ª de las Bases aprobadas por la Comisión y ratificada por el Gobierno (Código penal de 1848).

¹⁰ “*En los casos en que la pena señalada por la ley contenga tres grados, bien sea una sola pena divisible, bien sea compuesta de tres distintas, cada una de las cuales forma un grado con arreglo a lo prevenido en los artículos 83 y 84, los Tribunales observarán para la aplicación de la pena, según haya ó no circunstancias atenuantes ó agravantes, las reglas siguientes:*

1º Cuando en el hecho no concurrieren circunstancias agravantes ni atenuante, impondrán la pena señalada por la ley en su grado medio.

2º Cuando concurriere solo alguna circunstancia atenuante, la impondrán en grado mínimo.

3º Cuando concurriere solo alguna circunstancia agravante, la impondrán en el grado máximo.

4º Cuando concurrieren circunstancias atenuantes y agravantes, las compensarán racionalmente para la designación de la pena, graduando el valor de unas y otras.

5º Cuando sean dos ó mas, y muy cualificadas las circunstancias atenuantes, y no concurra

encuadrándolas en el sistema de tres grados.

El sistema de determinación de las penas se caracterizó por: una amplia escala de penas, agrupación de las penas en escalas graduales y división de las penas en grados. Adecuando la pena al delincente dentro del juego de las circunstancias del delito y el grado correspondiente, de modo que, hubiera una adecuada proporción y consonancia entre el delito y la pena, pero sin llegar a la idea de exhaustividad extrema propuesta por SEIJA¹¹.

Un amplia escala de pena, a fin de alcanzar una mayor y justa proporcionalidad entre los delitos y las penas, se describen en el Libro I, una amplia escala de penas de naturaleza aflictiva, correccionales y admonitorias como medio de favorecer la seguridad de los Tribunales a la hora de impartir justicia aplicando la ley, al representar, esta escala de penas, el vehículo de conexión con la realidad delictiva, sus

ninguna agravante, los Tribunales impondrán la pena inmediatamente inferior á la señalada por la ley en el grado que estimen correspondiente, según el número y entidad de dichas circunstancias.

6º Cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes, los Tribunales no podrán imponer la pena mayor que la designada por la ley en su grado máximo.

7º Dentro de los límites de cada grado, los Tribunales determinarán la cuantía de la pena, en consideración al número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes, y á la mayor ó menor extensión del mal producido

Texto extraído *Códigos Penales Españoles, (1822,1848,1850,1870,1928,1932,1944), Recopilación y concordancias, (dir) LOPEZ BARJA DE QUIROGA, RODRIGUEZ RAMOS, RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Ed Akal D.L, Madrid, 1998, pág 199 y 200.* los catálogos de estas circunstancias modificativas de la responsabilidad contenidas en los artículos 9 y 10 del CP de 1948, se mantienen prácticamente hasta nuestros días.

Son circunstancias atenuantes: *1º Las expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurran todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos. 2º La de ser el culpable menor de 18 años. 3º La de no haber tenido el delincuente intención de causar todo el mal que produjo. 4º La de haber precedido inmediatamente provocación ó amenaza de parte del ofendido. 5º La de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor; sus ascendientes, descendientes, cónyuge, hermanos ó afines en los mismos grados. 6º La de ejecutar el hecho en estado de embriaguez, cuando esta no fuere habitual ó posterior al proyecto de cometer el delito. 7º La de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató y obcecación. 8º Y últimamente, cualquier otra circunstancia de igual entidad y análoga á las anteriores". (Artículo 9)*

Son circunstancias agravantes: *1º Ser el agraviado ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano ó afín en los mismos grados del ofensor. 2º Ejecutar el hecho con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra á traición y sobre seguro. 3º Cometer el delito mediante precio, recompensa ó promesa. 4º Ejecutarlo por medio de inundación incendio ó veneno. 5º Aumentar deliberadamente el mal del delito, causando otro males innecesarios para su ejecución. 6º Obrar con premeditación conocida. 7º Emplear astucia, fraude ó disfraz. 8º Abusar de superioridad, ó emplear medio que debilite la defensa. 9º Abusar de confianza. 10º Prevalerse del carácter público que tenga el culpable. 11º Ejecutar el delito como medio de perpetrar otro. 12º Emplear medios, ó concurrir circunstancia que añaden la ignominia á los efectos propios del hecho. 13º Cometer el delito con ocasión de incendio, naufragio ú otra calamidad ó desgracia. 14º Ejecutarlo con auxilio de gente armada ó de personas que aseguren ó proporcionen la impunidad. 15º Ejecutarlo de noche ó en despoblado. 16º Ejecutarlo en desprecio ó con ofensa de la autoridad pública.*

Texto extraído *Códigos Penales Españoles, (1822,1848,1850,1870,1928,1932,1944), Recopilación y concordancias, (dir) LOPEZ BARJA DE QUIROGA, RODRIGUEZ RAMOS, RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Ed Akal D.L, Madrid, 1998, pág 197 y ss.*

¹¹ GALLEGO DIAZ, *El sistema español ...op cit*, pág 163.

especies, y la adecuada proporción cualitativa y cuantitativa que debía presidir la relación pena-delito¹².

El segundo de los elementos configuradores del sistema de determinación de las penas del Código de 1848, es la división de penas en grados. Si la tipología de las penas se basa en un complejo grupo de subgrupos jerarquizados en sí mismos, la cuantificación de la pena se plasma, igualmente, en un sistema de grados, el grado máximo, el grado medio, el grado mínimo. Una división en grados que afectaba directamente al delito, pero con incidencia extendida hacia la pena¹³. En un intento de adecuar la cantidad de las penas a las circunstancias que pudiera presentar el delito, limitando el arbitrio judicial a la hora de valorar las circunstancias que presentara el delito. Aparece, con ello, por primera vez en el panorama punitivo, la división penológica del marco en grados.

Fijando de manera exhaustiva la aplicación, a la hora de determinar, según concurrieran o no circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, el marco concreto de la pena. Exhaustividad que no han restado sencillez al sistema, pues, como ha manifestado MAPELLI, responde a los tres supuestos básicos que podían concurrir, tales son: 1) el grado superior, si concurría una agravante; 2)

¹² Las escalas graduales se dividían en tres secciones de mayor entidad cualitativa a menor entidad cualitativa, jerarquizando, en grados, el contenido punitivo de las tres secciones a fin de conservar la proporcionalidad cualitativa y cuantitativa fijada inicialmente en la infracción correspondiente. Texto extraído *Códigos Penales Españoles, (1822,1848,1850,1870,1928,1932,1944), Recopilación y concordancias, (dir) LOPEZ BARJA DE QUIROGA, RODRIGUEZ RAMOS, RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Ed Akal D.L, Madrid, 1998, pág 199.*

Sección primera

Grado 1º Muerte

Grado 2º Trabajos forzados perpetuamente

Grado 3º Trabajos forzados temporalmente

Grado 4º Reclusión

Grado 5º Prisión de 2º grado

Grado 6º Prisión de 1º grado

Grado 7º Arresto de 2º grado

Grado 8º Arresto de 1º grado

Grado 9º Multa

Sección Segunda

Grado 1º Relegación

Grado 2º Extrañamiento perpetuo

Grado 3º Confinamiento

Grado 4º Destierro

Grado 5º Vigilancia de la autoridad

Grado 6º Caucción de la conducta

Grado 7º Multa

Sección Tercera

Grado 1º Inhabilitación para cargos

Grado 2º Privación de oficio

Grado 3º Suspensión de cargos y oficios.

Grado 4º Interdicción de los derechos políticos y civiles

Grado 5º Amonestación pública

Grado 6º Amonestación privada

Grado 7º Prevención

Grado 8º Multa

¹³ En el mismo sentido, GALLEGO DIAZ, *El sistema español...op cit*, pág 147.

grado inferior, para las atenuantes; 3) y grado intermedio, en aquellos casos en los que no concurrían circunstancias modificativas de la responsabilidad, o confluían unas y otras resultando compensadas¹⁴. Sin obviar, en esta minuciosa descripción, la delimitación de si nos hallamos ante una pena divisible, o bien, una pena compuesta de tres distintas.

El Código Penal de 1848 respondió, de este modo, a las reticencias surgidas frente al arbitrio judicial. Pues junto a un marco para las distintas figuras delictivas, las reglas de los grados, o, más concretamente, la concreción de las mismas a la hora de valorar la concurrencia o no de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, juegan un papel limitador de la libertad del Juez a la hora de individualizar la pena, en tanto, no se permite que la discrecionalidad del órgano jurisdiccional se encargue de valorar, en su conjunto, a lo largo de toda la extensión del marco¹⁵.

Las cuestiones anteriores se materializan en dos secciones: la primera relativa a las reglas de ejecución y participación del delito, mediante la aplicación de penas propias a los autores del delito consumado, del delito frustrado y tentativa, y, a los cómplices y encubridores¹⁶. La regla de aplicación de las circunstancias modificativas, agrupan en un solo artículo las reglas para la fijación del grado y de la magnitud concreta de la pena en consideración a las circunstancias en los supuestos en que la pena tiene tres grados, bien por ser una pena divisible o por componerse de tres distintas. En materia de concurso el

¹⁴ MAPELLI CAFFARENA, "El insoportable artículo 66...op cit, pág 1955 Este autor recalca que la sencillez de la regla aritmética, "muy al gusto del pensamiento racionalista de la época", abocó a Jueces y Tribunales a entender aritméticamente la compensación de "circunstancias de signo distinto".

Destacando, así mismo que, la naturaleza asimétrica del esquema, en tanto, se aseguraba que una agravante nunca pudiera romper el tope máximo, mientras la concurrencia de dos atenuantes o una muy cualificada permitían sobrepasar el límite, se justifica "por razones humanitarias de mitigación generalizada del castigo". Obviando, a pesar de ello, razones preventivas al fijar las reglas de concreción de la pena, cómo se demuestra en la dicción de la regla séptima, en la que se resuelve la imposición concreta de la pena a partir de "una reiterada valoración de las circunstancias ya tenidas en cuenta para fijar el grado".

¹⁵ MAPELLI CAFFARENA, "El insoportable artículo 66...op cit, pág 1956.

¹⁶ GALLEGOS DIAZ, *El sistema español...*op cit, pág 199, con una serie de reglas complementarias para la aplicación de la pena en atención a la consideración de la clase de pena, si esta es divisible o indivisible y, la forma en que venga impuesta por la ley, según se trate de una pena simple o compuesta, y esté impuesta en toda su extensión o, en algún grado, en modo semejante a como si se hubiera dispuesto la pena en consideración a las circunstancias.

"Para regular las penas que en conformidad a los artículos 24, 25, 26, y 27 corresponden a los reos de delito frustrado, tentativa, cómplices, y encubridores se guardaran las siguientes disposiciones:

1ª Cuando la pena señalada para los autores del delito fuere una solo ó divisible, la correspondiente al delito frustrado, y á los cómplices será la inmediatamente inferior en grado

2ª Cuando para los autores esté señalada dos penas indivisibles, la del delito frustrado y de los cómplices se compondrá de la mas baja de aquellos para el grado máximo, y la de los dos grados mas altos de la inmediatamente inferior en grado medio y en grado máximo.

3ª Cuando para los autores estén señaladas dos penas indivisibles, y el grado máximo a otra, la del delito frustrado y cómplices, será la pena de donde se tome este último grado en toda su extensión.

4ª Cuando para los autores esté señalada una sola pena divisible, la del delito frustrado y cómplices, será la inmediata inferior.

La pena del delito frustrado y cómplices se tomará siempre de la escala particular que contenga la pena señalada para los autores".

principio general es el de la acumulación de las penas en sus dos modalidades de cumplimiento sucesivo o simultáneo¹⁷.

El Código Penal de 1850 aporta escasas novedades del texto punitivo anterior.

II.3 CODIGO PENAL DE 1870

Tras la marcha de Isabel II, se promulga la Constitución de 1869, incompatible con los postulados del texto punitivo de 1850 las Cortes aprueban el Código Penal de 1870. Políticamente se considera un texto liberal, quizás el más ilustrado, “que mantiene en su conjunto un modelo de determinación más próximo a la expiación y la retribución que a la corrección, a pesar de que nominalmente hace referencia a ella¹⁸.

Nos encontramos ante un Texto punitivo caracterizado por una disminución notable del arbitrio judicial, haciendo notar algunos autores la necesidad lógica de la reducción del arbitrio generada por el “caos imperante en la justicia penal del periodo denominado de la monarquía absoluta”¹⁹.

¹⁷ GALLEGO DIAZ, *El sistema español...* op cit, pág 211, 202 y ss. El Código penal de 1844, regula el concurso ideal y lo hace extensible al supuesto de delito medio para cometer otro, “cuando un solo echo, constituya dos o mas delitos especial y separadamente castigados por la ley, o cuando uno de ellos sea medio necesario para perpetrar el otro, se impondrá al culpable la pena que corresponda al más grado al grado máximo” “Fuera del caso previsto en el artículo anterior, el culpable de mas de un delito o falta se le impondrán siempre tantas penas cuantas estén señaladas por la ley a los delitos o falta que hubiera cometido. El sentenciado cumplirá todas las condenas simultáneamente si la naturaleza de ellas lo permitiera”.

¹⁸ MAPELLI CAFFARENA, “*El insoportable artículo 66...*” op cit, pág 1956 Este autor recoge las palabras de JIMÉNEZ DE ASSUA.

¹⁹ “ He aquí, por consiguiente, la arbitrariedad como principio, el juez convertido como legislador, templando, modificando los vicios de nuestras leyes criminales y, esto aplaudido por el pueblo que se estremecería al ver estrictamente aplicada la ley, porque la considera como bárbara, como atroz, sanguinaria e insultante a la humanidad” VIZMANOS Y ALVAREZ, *Comentarios al nuevo Código penal*, Madrid, 1948, pág XLII.

El propósito de los legisladores de 1870 se centraba en: a) proteger penalmente la Constitución de 1869, tanto en la organización de los poderes públicos de la nación, como en el reconocimiento de los derechos individuales. B) Humanizar el Código con las ideas provenientes de la Ilustración. C) Corregir algunos preceptos que aparecían técnicamente defectuosos. ANTON ONECA, *El Código penal de 1870*, en Dialnet, recurso online, pág 3, 13 y ss. Humanización, pues si el dilatado arbitrio de anteriores Códigos había contribuido a dulcificar la severidad de las leyes esa benignidad fue discontinua y era preciso aportar seguridad jurídica. En esta línea se suprimen agravantes, figuras delictivas, la pena de argolla. En relación a la mejora técnica: si el CP de 1848 exigía para la apreciación de la agravante ser delitos de la misma especie, el Código penal de 1870 limita su aplicación al circunscribirlos a delitos del mismo Título. Si el Código penal de 1848 contaba las penas por meses o años, haciendo coincidir el límites superior de la pena menos grave con el límites inferior de la pena más grave, incluso admitiendo un lapso

Sin entrar a valorar las razones que favorecieron la situación descrita, si hay que incidir en el reflejo que esta reducción del arbitrio judicial tiene sobre en las normas de concreción de la pena según concurran o no circunstancias modificativas de la responsabilidad.

El Código penal de 1870, al igual que el Código penal de 1848, mantenían la diferenciación de penas divisibles e indivisibles a la hora²⁰ de fijar las penas confluendo o no circunstancias modificativas de la responsabilidad:

Una sola pena indivisible: los Jueces y Tribunales debían establecer la pena sin consideración a la posible existencia de agravantes o atenuantes. El carácter absoluto de la indivisibilidad impedía cualquier otra consideración a elementos accidentales con capacidad para alterar el quantum de la pena, sin perjuicio de las críticas de algunos autores de la época en torno a la exclusión de las atenuantes, las que “no debían excluirse nunca ni siquiera en los crímenes más atroces”²¹.

En el supuesto de dos penas indivisibles, “cuando la ley señale una pena compuesta de dos penas indivisibles”, los Tribunales apreciarán la mayor, a no ser que concurra alguna circunstancia atenuante. La dureza de la regla de 1848, como referencia a Textos punitivos anteriores, determinaba de forma

de tiempo que medie entre los límites temporales de las mismas. El Código penal de 1870, “con detallismo de contable” añade la coletilla “y un día” a los años y meses de la penas o grados

²⁰ El artículo 76 del CP de 1870 fijaba una red complejas reglas “*para graduar las penas que en conformidad a lo dispuesto en los artículos 66 y siguientes hasta el artículo 73 inclusive, corresponda imponer a los autores del delito frustrado y tentativa y a los cómplices y encubridores:*

1) *Cuando la pena señalada al delito fuera una sola e indivisible la inmediatamente inferior será la que siga en la escala gradual respectiva de la pena indivisibles*

2) *Cuando la pena señalada al delito se componga de dos penas indivisibles o de una o mas divisibles, impuestas en toda su extensión, será la inmediatamente inferior la que siga en número en la escala gradual respectiva a la menor de las penas impuestas.*

3) *Cuando la pena señalada para el delito se componga de una o dos indivisibles y del grado máximo de otra divisible la pena inmediatamente inferior se compondrá de los grados medios y mínimos de la propia pena divisible y del máximo de la que la siga en la escala gradual.*

4) *Cuando la pena señalada para el delito se componga de varios grados, correspondientes a varias divisibles, la inmediatamente pena inferior se compondrá del grado que siga al mínimo de los que constituyan la pena impuesta y de los otros dos mas inmediatos que se tomarán de la propia pena impuesta si la hubiere y, en otro caso, de la que siga en la escala gradual*

5) *Cuando la ley señalare la pena al delito de una forma especialmente no prevista en las reglas anteriores, los Tribunales procediendo con analogía, aplicarán las penas correspondientes a los autores del delito frustrado, tentativa y cómplices y encubridores”.*

²¹ PACHECO, citado por GALLEGOS DIAZ, *El sistema español de determinación legal de la pena*, Ed ICAE, Madrid, 1985, pág 375. Entendiendo que la regla que contiene el primer párrafo (art 81) es clara, siendo solo una pena indivisible la señalada para el delito (pena de muerte, cadena perpetua) los Tribunales debían aplicarla sin tener en cuenta las circunstancias modificativas de la responsabilidad concurrentes en el hecho, esto llevaba a destruir en ciertos delitos el efecto de las circunstancias atenuantes, pues a pesar de confluir no se afectaban a la determinación de la pena, quedando lejos su efecto atenuatorio.

preceptiva la imposición por el Juez o Tribunal de la pena mayor, generalmente en supuestos de cadena perpetua o pena de muerte (como pena mayor), sin consideración a la concurrencia de agravantes o la no confluencia de una y otra.

El Código penal de 1870, introduce de manera casuística, las reglas para la determinación de las penas en los casos en que la ley señalara una pena compuesta de dos indivisibles²².

El artículo 81 del Texto punitivo establece que: *”En los casos en que la ley señalare una sola pena indivisible, la aplicarán los Tribunales sin consideración á las circunstancias atenuantes ó agravantes que concurran en el hecho.*

En los casos en que la ley señalare una pena compuesta de dos indivisibles, se observarán para su aplicación las siguientes reglas:

1º Cuando en el hecho hubiere concurrido sólo alguna circunstancia agravante, se aplicará la pena mayor.

2º Cuando el hecho no hubiere concurrido circunstancias atenuantes ni agravantes, se aplicará la pena menor.

3º Cuando en el hecho hubiere concurrido alguna circunstancia atenuante y ninguna agravante, se aplicará la pena menor.

4.º Cuando en el hecho hubieren concurrido circunstancias atenuantes y agravantes, las compensarán racionalmente por su numero é importancia los Tribunales, para aplicar la pena á tenor de las reglas precedentes, según su resultado que diere la compensación.

En los casos de una pena compuesta de dos indivisibles, las cuatras reglas del precepto se reducen a dos

- a) “Cuando concurra en el hecho sólo alguna circunstancia atenuante o cuando, concurriendo alguna o algunas atenuantes y agravantes, pesen más en la balanza de la justicia y equidad las primeras que las segundas, finalmente cuando no existan en el hecho ni atenuantes ni agravantes, en todos estos casos deberá aplicarse siempre al culpable la pena menor”
- b) “Por el contrario, cuando en el delito no concurran más que circunstancias agravantes, o bien concurriendo, a la par de estas, alguna o algunas atenuantes, sobrepujen las primeras a las segundas en la compensación racional que de unas y otras se haga, habrá que imponer forzosamente al delincuente la pena mayor”²³

²² Redacción extraída de *Códigos Penales Españoles...* op cit, pág 520.

La redacción del apartado cuarto de este precepto permite a *GROIZAD Y GOMEZ DE LA SERNA, A. El Código Penal de 1870 comentado y concordado*, Tomo II, Segunda Edición, Ed. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1923, pág 522, mantener que la compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad, en este caso concreto, ha de realizarse basándose en motivos racionales. Hallando de este modo la presencia del negado arbitrio judicial, pues, en palabras del autor “tienen un campo donde hacer uso, en interés de la justicia, de su inteligencia, de sus conocimientos jurídicos y de su experiencia”.

²³ ALCUBILLA, *Código penal Reformado*; Madrid, 1890, pág 456 declarando que: “En el caso de un parricidio u otro delito castigado con pena de cadena perpetua a muerte, cuando concurran dos

La redacción del artículo anterior se completa con las reglas para la aplicación de las penas divisibles²⁴.

El artículo 82 regula la pena señalada por Ley “cuando contenga tres grados, bien sea una sola pena divisible, bien sea compuesta de tres distintas, cada una de las cuales forma un grado, con arreglo a lo dispuesto de los art 97 y 98, los Tribunales, observarán para la aplicación de la pena, según que haya o no circunstancias agravantes o atenuantes, las regla siguientes:

1. Cuando en el hecho no concurrieren circunstancias agravantes ni atenuantes, impondrá la pena señalada en su grado medio, señalando ALCUBILLA “que es lo justo, al que delinquiró simplemente, sin que ninguna circunstancia anterior o simultánea atenúe ni agrave su falta, no debe imponerse ni lo mas ni lo menos del castigo”²⁵.

2. Cuando concurriere solo alguna circunstancia atenuante se impondrá en el grado mínimo.

3. Cuando concurrieren sólo alguna circunstancia agravante, se impondrá el grado máximo

4. Cuando concurrieren circunstancias atenuantes y agravantes, las compensarán

circunstancias atenuantes muy cualificadas y ninguna agravante,...¿cabe la aplicación de la pena inmediatamente inferior a la señalada por el delito o deberá limitarse la atenuación de la pena a la imposición de la misma en su grado mínimo? ...la Audiencia de Madrid, teniendo en cuenta que en ninguna de las reglas del artículo 81 está comprendido el caso de concurrir dos o mas circunstancias atenuantes sin ninguna agravante, aplicó la regla 3 de dicho art 81, condenando al reo a la cadena perpetua, pero acordando a la vez se elevara en su día la oportuna exposición al gobierno, a los efectos del párrafo 2 del art 2 del Cp, cuya sentencia confirmo en todas sus partes el TS, sin dar lugar al recurso de casación interpuesto por el reo, que alegó que con sujeción a la regla 5 del art 81 debió aplicarse la pena inferior a la de cadena perpetua, fundándose...el T Supremo en que la regla y el precepto citados solo son aplicables al caso de que la Ley señala penas en tres grados, bien sea solo una divisible, bien sea compuesta de tres distintas, cada una de las cuales forme un grado, pero no cuando la pena se compone de dos indivisibles”.

²⁴ GROIZAD Y GOMEZ de la SERNA, *El Código penal de 1870...* op cit, pág 522, efectúa un profundo análisis de las distintas reglas contenidas en este artículo, considerando las tres primeras reglas acertadas. La primera regla porque aplica el grado medio ante la ausencia de circunstancias atenuantes y agravantes; la consecuencia lógica es la aplicación del grado inferior si “disminuye en su importancia ó maldad por una circunstancia concurrente de atenuación” (regla segunda); por el contrario, el incremento de “su importancia ó maldad” por la concurrencia de un circunstancia agravante justificará la decantación por el grado superior (regla tercera). Las reglas cuarta y quinta son, para este autor, un ejemplo de la presencia del arbitrio judicial en el Código Penal de 1870. Apunta GROIZAD, que la regla cuarta no se limita a un puro criterio material o aritmético de compensación, sino que, por el contrario, se trata de un ejercicio de racionalidad. Más duras son las críticas hacia la regla quinta, pues, considera que la imprecisión de criterios favorece el arbitrio judicial a la hora de determinar cual de los tres grados es de aplicación una vez fijada la pena inferior en grado. Por último, las reglas sexta y séptima merecen, para este autor mejor consideración, en tanto, la disposición sexta impide la elevación de la pena por encima del marco previsto en la ley para el delito de que se trate, cualquiera que sea la entidad y número de las circunstancias agravantes que concurran. Y, la regla séptima, limita la facultad discrecional de los Jueces y Tribunales que no podrán traspasar a la fijada por la ley para el delito que se trate, en el grado que corresponda, según confluían circunstancias modificativas de la responsabilidad de uno y otro signo.

²⁵ ALCUBILLA MARTINEZ, *Diccionario de la Jurisprudencia penal de España o Repertorio alfabético de la jurisprudencia esta*, Impresión de la V e hijas de A Peñuelas, Madrid, 1874, pág 201.

racionalmente para la designación de la pena, graduando el valor de una y otras

5. Cuando sean dos o mas, y muy cualificadas las circunstancias atenuantes y no concurra circunstancia agravante, los Tribunales impondrán la pena inmediatamente inferior a la señalada por la ley, en el grado que estimen correspondiente, según el número y entidad de dichas circunstancias

6. Cualquiera que sea el número y entidad de circunstancias agravantes, los Tribunales no podrán imponer pena mayor que la designada por la ley en su grado máximo.

7. Dentro de los límites de cada grado, los Tribunales determinarán la cuantía de la pena, en consideración al número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito”.

Por último, en aquellos casos en que la pena no se componga en tres grados se aplicaba el artículo 83, el cual se dispone que: *”En los casos en que la pena señalada por la ley no se componga de tres grados, los Tribunales aplicarán las reglas contenidas en el artículo anterior, dividiendo en tres periodos iguales de tiempo que comprenda la pena impuesta, formando un grado de cada uno de los tres periodos”*²⁶.

II.4 CÓDIGO PENAL DE 1928

Tras el golpe de Estado de Primo de Rivera queda en suspenso la Constitución de 1876. La necesidad de acomodar el Texto punitivo de 1870 a la nueva situación política, y ante la insuficiencia de los numerosos Reales Decretos publicados, se promulga un nuevo Código Penal, el Código Penal de 1928.

Este Código Penal supuso la ruptura con la hegemonía y equilibrio de los códigos precedentes en materia de determinación de las penas, generado por la intención de dar entrada al ámbito penal de las ideas de Defensa social, en virtud de las cuales, la determinación de la responsabilidad penal debía de girar en torno a la peligrosidad del autor²⁷.

²⁶ GROIZAD Y GOMEZ DE LA SERNA, A. *El Código Penal de 1870 comentado y concordado*, Tomo II, Segunda Edición, Ed. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1923, pág 522.

²⁷ MAPELLI CAFFARENA, “El insostenible artículo 66”. *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*. Ed Ediofer, Madrid, 2008, pág 1957. Ahonda, asimismo, este autor, en la doctrina partidaria de la Defensa social, la cual postulaba por convertir al juez en legislador y la “sentencia algo semejante a la cédula de entrada en un hospital”. Afortunadamente, como incide MAPELLI, estas ideas no calaron en la sociedad, mas no así con los gobiernos totalitarios que empezaban a aflorar en Europa.

La redacción del precepto dedicado a las circunstancias modificativas de la responsabilidad²⁸, supone la superación del tradicional esquema penológico de determinación de las penas en base a la división de la pena en grados, y la aparición de un nuevo modelo de fijación de las penas en el caso de concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad. Modelo que posteriormente servirá de guía orientativa al legislador del Código Penal de 1995.

La clave de las directrices inspiradoras del modelo fijado por el legislador se halla en la búsqueda de una solución equilibrada. En este sentido, la Exposición de Motivos del Texto Punitivo de 1928 declaraba que: *“A la realización de todos los fines indicados, tienden numerosos preceptos... se logrará mayor individualización en las penas, procurando que no se imponga la misma pena por delitos iguales, ya que todos los delincuentes no son iguales, ni lo son las circunstancias en que los cometen. De ahí las diversas manifestaciones del arbitrio judicial que se otorga y amplía en gran medida a la extensión en que ahora podía realizarse, arbitrio de cuyo ejercicio hay que esperar satisfacción dadas la rectitud, cultura y celo de la Magistratura española”*.

Un esquema que simplificaba notablemente el sistema anterior; abarcando la realidad penológica en cuatro sencillas reglas: la primera de ellas otorga a los Jueces y Tribunales un amplio margen discrecional, pues faculta al órgano jurisdiccional a desplazarse por el marco punitivo fijado por la ley, atendiendo a la “índole de cada delito” y “condición del responsable”. Con el fin máximo de alcanzar una mayor individualización de la pena no se emplea, en el Texto penal, fórmulas preceptivas ni aritméticas, sino que, el Juez, al caso concreto, deberá valorar la oportunidad de recorrer el marco punitivo fijado por la ley en cada delito, utilizando como criterios rectores dos parámetros en índole general. La segunda de las reglas, la confluencia de una o más circunstancias agravantes sin que concurren atenuantes, determina la imposición de la pena en su mitad superior en la pena prevista para el delito. La regla no aprecia la

²⁸ *En la aplicación de las penas señaladas por la ley en consideración a las causas de atenuación o agravación que concurren, se observarán las reglas siguientes:*

1º Cuando el delito se ejecute sin motivos de atenuación ni agravación, podrán los Tribunales, según las circunstancias índole de cada delito y condición del responsable imponer discrecionalmente la pena que estimen adecuada, dentro de los límites señalados para el caso.

2º Si sólo concurren una o más circunstancias agravantes, la pena que se imponga al culpable no podrá bajar de la mitad superior de la penalidad respectiva.

3º Si únicamente concurren una o más causas de atenuación, la pena no podrá exceder de la mitad inferior de la penalidad señalada por la ley.

Sin embargo, cuando alguna atenuante sea muy cualificada con relación a la especial condición del culpable, o cuando concurriesen dos o más circunstancias atenuantes, muy cualificadas en relación al hecho punible los Tribunales podrán imponer la pena inmediatamente inferior en la extensión que estimen procedente.

4º Cuando concurren causas de atenuación y de agravación las compensarán los Tribunales, a su prudente arbitrio, atendiendo al valor y la trascendencia de las mismas, para aplicar la pena procedente dentro de los límites señalados en las reglas anteriores”. Texto extraído *Códigos Penales Españoles, (1822, 1848, 1850, 1870, 1928, 1932, 1944), Recopilación y concordancias, (dir) LOPEZ BARJA DE QUIROGA, RODRIGUEZ RAMOS, RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Ed Akal D.L, Madrid, 1998, pág 197 y ss pág 728.*

intensidad de la agravación o el número de concurrencia de circunstancias agravantes como posible criterio de cualificación de la pena (cómo ocurre en la legislación actual)²⁹. La regla tercera prevé dos efectos penológicos distintos: la imposición preceptiva (sin perjuicio de la facultad de desplazarse por este marco, pues, no hay que olvidar que el legislador únicamente fija el máximo donde puede llegar el Juez en la concreción de la pena:

“no podrá exceder de la mitad inferior”, de la pena en su mitad inferior si concurren una o más circunstancias atenuantes ordinarias; y la facultad de aplicar la pena “inmediatamente inferior en grado”, en la extensión que estime procedentes el órgano jurisdiccional, cuando confluyan una atenuante muy cualificada en relación a la especial condición del culpable, o bien, dos o más atenuantes muy cualificadas en relación al hecho punible. La regla cuarta, supone un nuevo ejemplo de lo que MAPELLI, ha denominado como “saludable equilibrio entre seguridad jurídica y compromiso preventivo”³⁰. De ahí que, la confluencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad de ambos signos determine que los Jueces actúen a su prudente arbitrio, dentro de los límites señalados en la ley, para aplicar la pena procedente, atendiendo a parámetros determinados por “el valor y trascendencia de las atenuantes y agravantes concurrentes”.

II.5 CÓDIGO PENAL DE 1932.

Proclamada la República en 1931, el Gobierno provisional anuló el Código Penal de 1928, entrando, nuevamente, en vigor el Texto punitivo de 1870, hasta la publicación del Código Penal de 1932. Caracterizado fundamentalmente por ser una mera reforma del Texto punitivo de 1870, dando origen, por ende, “a la recuperación del modelo rígido y superado en el Derecho comparado”³¹.

En este sentido, las reglas para la aplicación de las penas en consideración a las circunstancias atenuantes y agravantes se contienen en los siguientes preceptos, distinguiendo según se trate de una sola pena e indivisible, o la pena señalada por la ley contenga tres grados³².

²⁹ JARAMILLO GARCÍA, A. *Novísimo Código Penal, comentado y cotejado con el de 1870*, Volumen I, Libro 1, Impresión Ferreira, Salamanca, 1928, pág 125. Considera este autor que “la ley se deja llevar más por la benignidad y no de la lógica, y el legislador no permite un precepto recíproco a la posibilidad de elevar en grado la pena, para el caso de agravantes muy cualificadas”.

³⁰ MAPELLI CAFFARENA, “El insoportable artículo 66...op cit, pág 1956, Este autor utiliza la expresión entrecomillada para hacer referencia a la norma de concreción de la pena prevista en el Código Penal y no una regla concreta del artículo 151 del CP de 1928.

³¹ MAPELLI CAFFARENA, “El insoportable artículo 66...op cit, pág 1956.

³² Texto extraído de *Textos extraídos Códigos Penales Españoles, (1822,1848,1850,1870,1928,1932,1944), Recopilación y concordancias, (dir) LOPEZ BARJA DE QUIROGA, RODRIGUEZ RAMOS, RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ*, Ed Akal D.L, Madrid, 1998, pág 197 y ss y pág 1026. En el primer caso la ley dispone que: “En los casos en que la Ley señalare una sola pena indivisible la aplicarán los Tribunales sin consideración a las circunstancias atenuantes o agravantes que concurran en el hecho”.

En tanto el artículo 67 declara que: “En los casos en que la pena señalada por la ley por la Ley

La recuperación del sistema de división de la pena en grados (en caso de concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal) nos retrotrae a una situación en la que mediante la casuística del modelo se pretende frenar el arbitrio judicial. Si bien, es cierto, se eleva, respecto al Texto punitivo de 1870, la facultad de arbitrio judicial³³, en tanto, desaparece de la redacción del precepto la utilización del verbo “impondrán” sustituyéndose por el verbo “podrán imponer” cuando concurra sólo una circunstancia agravante. De igual modo, se abre paso la redacción facultativa en la aplicación de la pena cuando confluyen dos o más circunstancias atenuantes o una muy cualificada, posibilitando (desaparece, pues, la redacción preceptiva) la rebaja de la pena hasta en dos grados³⁴.

Para completar las reglas anteriores y en idénticos términos al Código Penal de 1870, el Texto punitivo de 1932 dispone en su artículo 68 que: “En los casos en que la pena señalada por la Ley no se componga de tres grados, los Tribunales aplicarán las reglas contenidas en el artículo anterior, dividiendo la pena impuesta, formando un grado de cada uno de los tres periodos”³⁵.

contenga tres grados, los Tribunales observarán para su aplicación, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las reglas siguientes:

1ª Cuando en el hecho no concurrieren circunstancias agravantes ni atenuantes, impondrán la pena señalada por la Ley en su grado medio.

2ª Cuando concurriere sólo alguna circunstancia atenuante, la impondrán en el grado mínimo.

3ª Cuando concurrieren sólo alguna circunstancia agravante podrán imponerla en su grado máximo.

4ª Cuando concurrieren circunstancias atenuantes y agravantes, las compensarán racionalmente para la designación de la pena, graduando el valor de una y otras.

5ª Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes, o una sola muy cualificada, y no concurra agravante alguna, los Tribunales podrán imponer la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en el grado que estimen correspondiente, según la entidad y número de dichas circunstancias.

6ª Cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes, los Tribunales no podrán imponer pena mayor que la designada por la Ley en su grado máximo a salvo en el caso que concurra la agravante decimocuarta del artículo 10 en que será posible aplicar la pena inmediatamente superior, en el grado que estimen conveniente.

7ª Dentro de los límites de cada grado, los Tribunales determinarán la cuantía de la pena, en consideración al número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito”.

³³ La Exposición de Motivos justificaba el mantenimiento del sistema en grados al objeto de evitar a los “Magistrados verse en el forzoso trance de asimilar una nueva manera de medir (...) pero sí se han instaurado (las reformas) en lo referente a las reglas de apreciación de las circunstancias personales de responsabilidad(...). Esta modificación tiene un doble signo: hacer más humano el Código Penal de 1870 y ofrecer a los jueces coyuntura para que demuestren ser merecedores del nuevo Código por venir les otorgue en plenitud facultad de escoger las penas apropiadas al supuesto y al delincuente vivo y efectivo”.

³⁴ MAPELLI CAFFARENA, “El insoportable artículo 66...op cit, pág 1157. Considera, este autor, que esta regla quinta, lleva la pena a uno o dos grados por debajo del marco original, resultando a todas luces desproporcionada en el contexto general de las reglas; lo cual, si se tiene en cuenta que, el CP de 1932 únicamente exige, a diferencia de los anteriores, la presencia de una atenuante muy cualificada implica vaciar de contenido la pena fijada por el legislador, si se adopta por el órgano jurisdiccional la facultad de reducir en dos grados la pena.

³⁵ *Códigos Penales Españoles,(1822,1848,1850,1870,1928,1932,1944), Recopilación y concordancias, (dir) LOPEZ BARJA DE QUIROGA, RODRIGUEZ RAMOS, RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Ed Akal D.L, Madrid, 1998, pág 1027.*

II.6 CÓDIGO PENAL DE 1944.

El Régimen político nacido de 1936, aunque mantiene, inicialmente, el Código Penal de 1932 comienza a dictar leyes penales especiales a fin de salvaguardar los desajustes creados por la nueva situación política. Redactándose por la Comisión General de Codificación el Código Penal de 1944, Texto Refundido de 1944.

El sistema de determinación de la pena se aborda desde dos claves distintas que se entremezclan, la división en grados y la concurrencia o no de las circunstancias modificativas de la responsabilidad³⁶, con la línea iniciada por el Código Penal de 1848, y mantenida en esencia por los Textos punitivos de 1870 y 1932.

Sin variaciones, respecto a los códigos anteriores (1870, 1932), la presencia de una circunstancia atenuante determinará la aplicación del grado mínimo. No ocurre igual con la confluencia de una sólo circunstancia agravante, pues desaparece el guiño al incremento del arbitrio judicial que se había

³⁶ Texto extraído *Códigos Penales Españoles, (1822, 1848, 1850, 1870, 1928, 1932, 1944), Recopilación y concordancias, (dir) LOPEZ BARJA DE QUIROGA, RODRIGUEZ RAMOS, RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Ed Akal D.L, Madrid, 1998, pág 1030.*

“En los casos en que la pena señalada por la Ley contenga tres grados, los Tribunales observarán para su aplicación, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes las reglas siguientes:

1ª Cuando en el hecho concurriere sólo alguna circunstancia atenuante, impondrá la pena señalada por la Ley en el grado mínimo.

2ª Cuando concurriere sólo alguna circunstancia agravante, la impondrán en su grado máximo.

Sin embargo, en los casos en que el grado máximo lo constituya la pena de muerte y sólo concurra una circunstancia de agravación, los Tribunales podrán dejar de imponer dicha pena, teniendo en cuenta la naturaleza y circunstancias del delito y del culpable.

En ningún caso se impondrá la pena de muerte cuando, no hallándose establecida en este Código para el delito de que se trate, resultare aplicable por agravación de la pena señalada en el mismo.

3ª Cuando concurrieren circunstancias atenuantes y agravantes, las compensarán racionalmente para la determinación de la pena, graduando el valor de unas y otras.

4ª Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes, los Tribunales, teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente, impondrán la pena señalada por la Ley en el grado que estimen pertinente.

5ª Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes, o una sola muy cualificada, y no concurra agravante alguna, los Tribunales podrán imponer la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en el grado que estimen pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias.

6ª Cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes, los Tribunales no podrán imponer pena mayor a la señalada por la Ley en su grado máximo, salvo en el caso de que concurra la agravante decimoquinta del artículo 10, en el que se aplicará la pena superior en uno o dos grados, a partir de la segunda reincidencia, en la extensión que aquellos estimen conveniente.

7ª Dentro de los límites de cada grado, los Tribunales determinarán la cuantía de la pena en consideración al número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito”.

Y, en el supuesto de que la pena señalada por la Ley no se componga de tres grados: *“los Tribunales aplicarán las reglas contenidas en el artículo anterior, dividiendo en tres periodos iguales el tiempo que comprenda la pena impuesta, formando un grado de cada uno de los tres periodos”*².

producido en el Código Penal de 1932 y se retrotrae a la situación del Código Penal de 1870 (“la impondrán en el grado máximo”), perdiéndose de este modo, el carácter opcional de la valoración de la agravante (“podrán imponer en el grado máximo”³⁷). Si bien, se faculta a dejar de imponer la pena de muerte, cuando ésta sea el grado máximo, concurriendo sólo una circunstancia agravante, atendiendo a la naturaleza y circunstancias del delito y del culpable. Excluyéndose, en todo caso, la pena de muerte cuando no esté prevista, por la ley, para el delito al que ha de aplicar la agravación.

La regla cuarta constituye un ejemplo de lo que MAPELLI ha denominado como “fluctuación errática de modelos superpuestos”³⁸. En tanto, supone una apertura del sistema de determinación de la pena al arbitrio judicial iniciado en el Código Penal de 1928, donde la búsqueda del equilibrio se plasmó en facultar a Jueces y Tribunales a imponer la pena que estimasen adecuada, dentro de los límites señalados por la ley, atendiendo a la índole de cada delito y la condición del responsable, cuando no concurrieran circunstancias atenuantes ni agravantes. Y, en parecidos términos, la disposición cuarta (del CP 1944) dicta que, cuando no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, los Jueces impondrán la pena en el grado que estimen convenientes. Llama, asimismo la atención, la introducción de “la personalidad del delincuente” como criterio de individualización de la pena, cuyo antecedente previo se halla en el Texto punitivo de 1928, desconociéndose en los Códigos Penales de 1848, 1870, y 1932, que, únicamente, fijaban como parámetros de la individualización: “la cantidad y la cualidad de las circunstancias genéricas catalogadas en la ley”. Sin perjuicio de “alinearse”³⁹ para el resto de reglas con los Textos de 1870, 1932.

Al igual de lo que sucedía en el CP de 1932, se prevé un tope máximo cuando confluyan circunstancias agravantes, pues cualquiera que sea su entidad y número no podrá exceder del máximo del marco fijado por la Ley para cada delito. Difiere de su precedente en la consideración de la reincidencia, la cual excepciona el “tope máximo” al aplicarse la pena superior en uno o dos grados, a partir de la segunda reincidencia, en la extensión que estimen pertinente⁴⁰.

³⁷ MAPELLI CAFFARENA, “El insoportable artículo 66...op cit, pág 1158 Mantiene, este autor, que el carácter opcional de la valoración de la agravación carecía de sentido si no se agravaba la pena confluendo una agravante, pues implicaría no tenerla en cuenta y las circunstancias son todas de obligada valoración por los Tribunales, distinto sería si la consecuencia negativa de la agravante en orden a la pena se atenuara, pero esto no ocurre en este caso.

³⁸ MAPELLI CAFFARENA, “El insoportable artículo 66...op cit, pág 1157.

³⁹ CASTELLO NICAS, *El arbitrio judicial y el artículo 66 en los delitos dolosos...* op cit, pág 57.

⁴⁰ Mientras que, en el CP de 1932, la presencia de la reincidencia facultaba la agravación de la pena en su inmediatamente superior, no exigiéndose, por ende, la aplicación preceptiva de la misma, ni se atempera con el requisito de “segunda agravante de reincidencia”.

II.7 TEXTO REFUNDIDO DE 1973 (LEY 44/1971, DE 15 DE NOVIEMBRE)

El Texto Refundido de 1973 mantiene en su redacción originaria una dicción literal del artículo 61⁴¹ (normas de individualización de la pena) de su predecesor, el artículo 61 del Código Penal de 1944. Literalidad que se pierde tras la Reforma de 25 de junio de 1983.

Las novedades que presenta este precepto se centran en las reglas segunda, cuarta y sexta. Con el objeto de atenuar la gravedad de las reglas, la técnica empleada para ello, sin embargo, resulta “métrica tasada”⁴².

De este modo, la regla segunda reduce el efecto penológico ante la presencia de circunstancia agravante, distinguiendo según se trate de una sola, que se le aplicará el grado medio a máximo, y en grado máximo si confluyen varias agravantes. Por otra parte, la regla cuarta en un intento de disminuir la posibilidad de desplazarse hasta el grado máximo fijado por la ley para el delito de que se trate, y, por tanto, la agravación penológica; limita los efectos de la individualización de la pena en caso de no concurrencia de circunstancias agravantes ni atenuantes al grado medio o mínimo, (constituyendo un ejemplo claro de la expresión métrica tasada).

Por último, desaparece la agravante de la reincidencia y multirreincidencia como factor que permitía una penalidad mayor.

⁴¹ *Los Tribunales observarán para su aplicación, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes las reglas siguientes*

1ª Cuando en el hecho concurriera sólo alguna circunstancia atenuante, impondrán la pena en su grado mínimo.

2ª Cuando concurriera sólo alguna circunstancia agravante la impondrán en su grado medio o máximo. Si concurrieran varias se impondrá en su grado máximo.

3ª Cuando concurrieran circunstancias atenuantes y agravantes, las compensarán racionalmente para la determinación de la pena, graduando el valor de unas y otras.

4ª Cuando no concurrieran circunstancias atenuantes ni agravantes, los Tribunales, teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente, impondrán la pena en el grado mínimo o medio.

5ª Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes, o una sola muy cualificada, y no concorra agravante alguna, los Tribunales podrán imponer la pena ^{inmediatamente} inferior en uno o dos grados a la señalada, aplicándola en el grado que estimen pertinente, según la entidad y el número de dichas circunstancias.

6ª Quedó sin contenido por la Reforma de 1983.

7ª Dentro de los límites de cada grado, los Tribunales determinarán la cuantía de la pena, en consideración al número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes y a la mayor o menor gravedad del mal producido por el delito”.

Texto extraído del CP de 1973, recurso online.

⁴² MAPELLI CAFFARENA, B., “El insoportable artículo 66...op cit, pág 1158.

III FINES DE LA PENA

III.1 ASPECTOS GENERALES

La sociedad reconoce la incuestionable existencia del mal, de la lesión o puesta en peligro de la vida, integridad, libertad o libertad sexual ante determinadas conductas, así como su rechazo ante las mismas. Pero, a la vez, no se muestra cómoda con la reacción ante el ilícito penal, no desea que la pena sea causa de una disonancia en la armonía del Derecho (no puede ser colocada al mismo nivel que el mal ocasionado por la conducta delictiva¹), al que hemos cedido parte de nuestra soberanía como individuos a cambio de reconocimiento, protección, incluso reacción en la defensa de los derechos concebidos como irrenunciables, en este sentido, se habla por HORNLE, de la pena como “la estrategia necesaria para la pervivencia de la sociedad”². La clave en la melodía armónica de la pena se halla en: “la idoneidad de la pena como estrategia de mantenimiento del orden, en el deber de soportarla por parte del culpable”, en la necesidad de la pena para mantener el orden, así como en ausencia de alternativas comunicativas³. Este conjunto de parámetros legitimadores de la pena ha recalado de distinta forma e intensidad en la evolución doctrinal centrada en el estudio del fin de la pena, oscilando entre la retribución y la prevención.

La misión del derecho penal es la protección⁴ de la convivencia en sociedad de las personas⁵,

¹ En este sentido, La pena no puede sólo ser una respuesta jurídica que desvalore, reproche o censure, FEIJOO, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, Ed IBdF, Argentina, 2014, pag 69.

² Citado por FEIJOO, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, Ed IBdF, Argentina, 2014, pag 69.

³ FEIJOO, *La pena como institución jurídica...op cit*, pag 69.

⁴ ALCÁCER GUIRAO, “Los fines de la pena. Una aproximación desde la Filosofía política”, en *ADCP*, 1980, pag 423; del mismo autor, *Los fines de la pena. Liberalismo y comunitarios en la justificación de la pena*, Universidad Externada de Colombia, 2004, pag 124. Pone de manifiesto la unanimidad doctrinal en esta “protección” como fin del Derecho Penal, mas resalta la bifurcación de la doctrina a la hora de dar respuesta al contenido de la protección, decantándose la mayoría por protección de los bienes jurídicos, no dejando de existir argumentaciones a favor de la vigencia del ordenamiento jurídico como objeto de la protección.

A la hora de determinar el marco de los fines de la pena no dejaremos de oscilar hacia tintes éticos y filosóficos. En el mismo sentido ALCÁCER GUIRAO, “Los fines de la pena”...op cit, pag 424, pone de manifiesto que la discusión sobre la justificación del castigo obliga al jurista a adentrarse en ámbitos de conocimiento que trasciende al marco propio de la dogmática jurídica-penal. Sin obviar que el modelo de protección del ordenamiento jurídico ha de responder a una determinada concepción material de la labor a cumplir por el Derecho Penal, “por lo que su razón de ser atiende a presupuestos valorativos de legitimación”.

⁵ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Traducción de Miguel Olmedo Cardanete, Ed Comares, Granada, 2002, pag 2. “Con el tiempo nadie puede ser absolutamente independiente, sino que más bien todos los individuos están destinados, por la propia naturaleza de sus condiciones esenciales, al intercambio, a la colaboración y a la confianza recíproca” Y dentro de un sistema global de controles sociales cuyos titulares son diferentes instituciones o comunidades como la familia, el municipio... La tutela jurídico-penal es únicamente una parte del sistema “y el conjunto de las sanciones preventivas y represivas utilizadas son, hasta cierto punto, recíprocamente intercambiables”.

Sin obviar la mutabilidad de los valores culturales, que determinan la evolución y mutabilidad del significado de norma penal, en este sentido NUVOLONE, *IL Sistema del Diritto Penale*, Ed Cedam, Padova, 1982, pag 124. El significado de la norma penal se halla en íntima conexión con la función de los valores culturales propios de cada pueblo en un momento histórico determinado, un teleologismo externo y mutable, más allá de la simple exégesis literal de la

al asegurar, en última instancia, la inviolabilidad del ordenamiento jurídico a través de la coacción estatal, como resultado de la reflexión científica de los presupuestos de la coexistencia social⁶ Sin embargo, este poder punitivo⁷ estatal no puede ser ejercido de forma absoluta, sin consideración al modo o al alcance, por el contrario, para llevar a cabo la protección de la convivencia de las personas deberá efectuarse de un modo compatible con “el estado de la cultura del pueblo y con los derechos de los individuos”⁸.

Con ello se pone de manifiesto la dicotomía funcional que cumple el Derecho Penal, de un lado, la misión de prevenir infracciones cuya comisión se prevé en un futuro, de otro lado, no se ha de obviar la naturaleza represiva. Y son ambas, naturaleza represiva y preventiva, partes de un todo, entendidas, pues, de un modo unitario, en palabras de JESCHECK, “el Derecho Penal, a través de la amenaza, imposición y ejecución de penas justas, tiene como finalidad evitar la comisión de futuras infracciones del Derecho (prevención mediante represión).

lógica de la norma: que legitima la interpretación evolutiva; Sin que ello haya de significar que se ponga al servicio de una determinada concepción ética DEMETRIO CRESPO *Prevención General e Individualización de la Pena*, Universidad de Salamanca, 1999, pag 56.

En sentido contrario PAGLIARO, A. “Aspetti giuridici della prevenzione” en *L'Indice Penale*, 1976, nº 1, pag 7 y 5, afirma respecto a la tesis retribucionista en la fijación de una escala jerarquizada de bienes jurídicos, denominado retribución o realización de la justicia, al castigo aplicado a los ataques de esos bienes. Con ello se efectúa, tácita o expresamente, una labor de orientación ideológica, inculcando en la población ciertas valoraciones que se manifestarán posteriormente en esquemas comunes de comportamiento y que actúan como barreras preventivas frente a las tendencias criminales. Concluyendo que “el contenido de las sanciones, retributiva, aflictiva, educacional, no depende de la función racional del derecho, sino de la ideología en la que cada particular ordenamiento jurídico se apoya y de la que es expresión”⁶ ROXIN *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*, Traducción Muñoz Conde, Luzón Peña, Universidad de Sevilla, 1981, pag 29. Este autor insiste, acertadamente, en la necesidad de separar la decisión del legislador sobre la punibilidad de los “sentimientos populares”, obviar este hecho favorece la conversión del ordenamiento jurídico en un instrumento de represión o la creación de limitaciones intolerables de la libertad, alejándose con ello, de función básica, tal es la defensa de la libertad frente a ataques de terceros.

⁷ Se nos hace preciso incidir en este punto en la inevitabilidad de la pena, cómo el último recurso que sólo se justifica en la necesaria adecuación y eficacia en la consecución de determinados fines, cuando no sea posible la obtención de los mismos mediante otros límites o medidas. “No se trata de adelantar las barreras de protección penal, sino de asegurar un marco de convivencia y delimitar los cimientos de una administración de Justicia que inspire confianza, constitucionalmente irreprochable” ROXIN, *Iniciación al Derecho Penal...* op cit, pag 40. pues no se trata de otorgar la máxima protección del Estado sino la indispensable, la necesaria.

En el mismo sentido, GARCIA-PABLOS DE MOLINA, *Estudios Penales*, Ed Bosch, Barcelona, 1987, pag 34, habla de la pena como “amarga necesidad” que plantea numerosos interrogantes, fundamentalmente, cuando se emplea como resorte natural y primario para ordenar la convivencia política.

⁸ JESCHECK, *Tratado de Derecho penal...* op cit, pag 10 “La protección de la paz pública significa la ruptura con la supremacía del más fuerte y el posibilitamiento del libre desarrollo de la personalidad de todos los ciudadanos, a través de la conciencia de una seguridad general y el respeto de los derechos humanos”... dentro de este marco “el derecho Penal únicamente puede disponer limitaciones cuando ello sea inevitable para la protección de la sociedad” pues “la norma penal representa en cierta medida la “ultima ratio” en el instrumental del legislador”, de modo que, “el Derecho Penal debe crear, mediante el rechazo a la violencia y la arbitrariedad, un espacio de juego dentro del cual se pueda decidir libremente y adoptar sus resoluciones según su propia discrecionalidad. Por ello, el Derecho penal no sólo no limita, sino también crea libertad”.

En términos parecidos GRAMSCI, A, *Notas sobre Maquiavelo, sobre política y sobre el Estado Moderno*, trad Aricó, Ed Nueva Visión, Madrid, 1980, pag 70. La facultad de fijar valores genera, la voluntad y facultad de defenderlos, bien llevando a cabo actuaciones frente a ataques actuales o estableciendo procesos de imposición de pautas de conductas idóneas para su conservación.

Esta visión unitaria nos permite mirar y responder hacia el pasado y futuro, (cómo las dos caras de una moneda), en el sentido que el castigo mediante una pena correspondiente a una infracción ya acaecida no puede impedir la comisión del injusto ya realizado, en tanto, en el ínterin temporal se produce de forma posterior o, en palabras de JESCHECK, “mira al pasado”. Mas sin obviar que “a través del cumplimiento de la función represiva de una forma moderada, proporcionada y adecuada a la culpabilidad, el Derecho Penal desarrolla aquella “fuerza configuradora de las costumbres” que convence al conjunto de la población de la autoridad del Ordenamiento jurídico, alcanzado de esta forma el efecto preventivo al que se denomina prevención general”⁹. Y, sin olvidar que hemos de dirigir la mirada hacia el condenado a fin de que renazca su respeto al Derecho, de forma que el “recuerdo de la ejecución del menoscabo sufrido en la libertad, patrimonio o prestigio, debe servir al autor como advertencia para futuros hechos punibles”, es la denominada prevención inmediata.

En este punto, resultaría conveniente efectuar un acercamiento al sentido de la pena¹⁰, esto es, el fin que puede y debe tener el acto de castigar frente al condenado y la colectividad¹¹. No siendo posible dejar fuera de la ecuación el carácter de ultima ratio del Derecho Penal, en tanto, la imposición de la pena sólo está justificada en aquellos comportamientos ilícitos-prohibidos- que perjudiquen de forma insufrible la coexistencia, libre y pacífica, de los ciudadanos, sin que sea posible la adopción de otras medidas de carácter jurídico o político-criminal menos extremas o absolutas¹². Junto a esta legitimación de la imposición de la pena sobre “condiciones existenciales de la sociedad”, es preciso

⁹JESCHECK, *Tratado de Derecho penal...* op cit, pag11, la accesibilidad al conocimiento del contenido del desvalor de la acción prohibida, las circunstancias que agravan el hecho y, la culpabilidad del autor orientadas a la determinación de la pena, consideradas justas por la colectividad, de forma que el mensaje alcance a sus destinatarios, favorece una función preventiva media en cuanto protección de la sociedad: “la pena justa es, en interés de la colectividad, un instrumento irrenunciable para el mantenimiento del orden social”

¹⁰Resulta conveniente efectuar un pequeño inciso para insistir, siguiendo a TERRADILLOS, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Akal Editor, 1981, pag 41, que el “ius punendi” se legitima en razón de las funciones que realiza, pues es el alcance de la función la que marca las pautas al ejercicio del poder estatal y no al revés. De otro modo sería imposible poner barreras teóricas a los poderes indiscutidos del Estado.

¹¹ Pues como ha señalado DOLCINI, *Manuale Diritto penale...* op cit, pag 23, el fin de la pena otorga credibilidad al sistema penal, en tanto, la ausencia del mismo imprimiría al derecho penal un carácter de letra muerta o sin sentido si se limitase al castigo de la pena por la ley y la imposición al juez si nadie se sometiera a ella: “mancherebbe di qualsiasi credibilitá un sistema penale nel che il legislator minacci le pene, il giuduce le aplicchi ai tragessori della lege, ma la lege rimangono lettere morta, senza che nessuno si curi de eseguirle”.

¹² En el mismo sentido ROXIN, *Iniciación al Derecho Penal...* op cit, pag 31.

No se ha de obviar que la pena, cómo ha señalado GONZALEZ RIVERO, P. “El fundamento de la pena y de las medidas de seguridad”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm 78, 2002, pag 580; también LESCH, *La función de la pena*. Ed Dykinson, Madrid, 1999, pag 76. Que la pena no compensa el mal de la víctima, sino que prima facei, provoca otro mal. Convirtiendo a la pena en un mal querido de hecho de su relación con el delito. Mediante la pena se causa un mal por el quebrantamiento de una regla jurídica. Atribuyéndose una naturaleza retributiva de culpabilidad a la función.

efectuar una justificación autónoma del contenido de la pena¹³ (que puede y debe tener al acto de castigar). No pasando desapercibida la bifurcación doctrinal, entre los que desvían la mirada hacia el pasado (el hecho cometido) buscando con la imposición voluntaria del mal ligado a aquélla conseguir una compensación por al infracción jurídica cometida o, los que miran hacia el futuro (el peligro de comisión de nuevos delitos por el autor del mismo o por otras personas), buscando influir sobre el autor, así como la comunidad con la finalidad de evitar la perpetración de nuevos delitos, evidenciando la pena un mal necesario¹⁴. El primero, la retribución, deriva su esencia hacia la culpabilidad. El segundo, la prevención, fija como punto de enlace, la peligrosidad existente en la persona del autor así como la predisposición existente en toda persona a la comisión de acciones punibles (prevención especial y prevención general). Sin olvidar aquella corriente doctrinal que trata de aunar la retribución y la prevención, en la que “la pena sirve para la prevención de futuros delitos mediante la justa retribución de las infracciones jurídicas culpables realizadas en el pasado”¹⁵.

III.2 TEORIAS DE LOS FINES DE LA PENA

III.2.1 TEORIA ABSOLUTA

Teorías absolutas centran el eje de la motivación jurídica y del sentido de la pena en la “retribución”¹⁶. Si, en su origen, fue una reacción negativa frente al hecho delictivo¹⁷, durante el siglo XVIII, va perdiendo los tintes de venganza conformándose como una respuesta a un injusto

¹³ROXIN, *Iniciación al Derecho Penal...* op, cit, pag 33; del mismo autor ROXIN, *Problemas básicos del Derecho Penal*, traducción de Luzón Peña, Reus, Barcelona, 1976, pag 25. El autor ya manifestaba que el sentido de la pena no se trataba de un problema teórico, sino un tema de acuciante actualidad práctica, en la que no podemos contentarnos con las respuestas del pasado, sino que debemos profundizar en un “complejo de múltiples capas”, bajo aspectos continuamente transformados. No nos hallamos antes respuestas acabadas a una pregunta invariable: “la/s teoría/s de la pena?”. El autor recalca la consideración de una problemática de la sociedad y del Estado de Derecho acomodado a las peculiaridades de hoy

DOLCINI, E, MARUNICCI, G *Manuale de Diritto penale*, ...op cit, pag 26, se plantean una cuestión como punto de partida: ¿Cuál es el elemento que legitima el recurso del Estado al arma de la pena?, en otros términos: cuales son los presupuestos que justifican infligir deliberadamente a un ser humano un mal tan terrible como la privación de la libertad personal?, la respuesta a esta pregunta viene ofrecida por la teoría de la pena que, puede reconducirse a tres pilares fundamentales: la teoría de la retribución, la teoría de la prevención general y la teoría de la prevención especial.

¹⁴ GROTIUS De jure belli, lib II, cap XX1, 1 citado por JESCHECK *Tratado de Derecho penal...* op cit, pag 71.

¹⁵ JESCHECK, *Tratado de Derecho penal...* op cit, pag 72.

¹⁶ JESCHECK, *Tratado de Derecho penal...* op cit, pag 75 resalta en el carácter único de la retribución como centro de las teorías absolutas.

¹⁷ DOLICNI, E, MARUNICCI, G *Manuale de Diritto penale*, ...op cit, pag 28. Esta teoría de la pena, encuentra su expresión en la ley del talión...la pena estatal se legitima como un mal infligido por el Estado...para compensar el mal que el hombre ha infligido a otro hombre o la sociedad:” es la forma más primitiva y también la más pura”.

culpable¹⁸. Exponentes de estas teorías los encontramos en:

1. KANT, para este autor la ley penal es un “imperativo categórico”, donde el único sentido de la pena es la retribución de la culpabilidad, libre de toda consideración final¹⁹.
2. En un intento de superar la noción de la ley del Talión de Kant, HEGEL, avanza en su respuesta absolutista de la pena. Fundamentando la pena sobre el principio dialéctico de la “voluntad general” y la voluntad especial”. La primera derivada del Ordenamiento jurídico, la segunda circunscrita al delincuente y expresada a través de la infracción del derecho, es anulada por la superioridad moral de la comunidad a través de la pena, en un intento de hacer coincidir ambas, voluntad general y voluntad especial²⁰.
3. Entre los defensores de esta teoría también encontramos a la antigua Ética cristiana “Para ello sirve de base, por una parte, la concepción del orden mundial como creación divina (teoría de los dos reinos) y por otra, la correspondencia entre la esencia divina y humana (teoría de la “analogía del ente”)²¹.

¹⁸ JESCHECK, *Tratado de Derecho penal...* op cit., pag 72 Para este autor la identificación de la pena como respuesta a un injusto culpable debe realizarse desde el principio de justicia distributiva. Pues la retribución no puede identificarse con la venganza, con bajos sentimientos de odio o con caprichosas agresiones represivas de la sociedad, sino que ha de confundirse con “un principio de medida”. En el mismo sentido ROXIN, *Problemas básicos del Derecho...* op cit, pag 49, para este autor, la retribución alcanza el “principio de medida” y aúna otro concepto, “fuerza de impresión social-psicológica”. Es, en esta última, donde para JESCHECK residen los “fines sociales de la pena orientados al injusto y la culpabilidad” No siendo ajeno a la retribución las consideraciones preventivas de la pena, en tanto, el alcance del grado del injusto y de la culpabilidad deben ser decisivos para la forma y alcance de la pena.

¹⁹ KANT, citado por JESCHECK, *Tratado de Derecho penal...* op cit, pag 73: “la pena judicial...nunca puede ser considerada como un medio para promover un bien distinto, ya sea para el delincuente mismo o para la sociedad civil, sino que únicamente debe serle impuesta por su infracción”... “Incluso si la sociedad civil con todos sus miembros decidiera por unanimidad su disolución (por ejemplo, que la población residente de una isla decidiera dispersarse y diseminarse por todo el mundo) el último asesino que se encontrara en prisión debería ser ajusticiado antes para que toda persona fuera consciente del valor de sus hechos...” Kant fundamenta las ideas de retribución y justicia como leyes inviolablemente válidas, haciéndolas prevalecer frente a interpretaciones utilitaristas. De este modo, Kant, invoca la “ley penal como imperativo categórico” sin que sea posible la absolucón de la pena o incluso sólo de un grado del misma, a un malhechor, sin incurrir en una calamidad “pues cuando perece la justicia, ya no tiene valor alguno que los hombres vivan sobre la tierra. Siendo contrario a la dignidad del ser humano ser utilizado como medio para un fin, sin que haya máxima más perniciosa que la justificación del hombre para la salvación de la humanidad.

²⁰ HEGEL citado por JESCHECK, *Tratado de Derecho penal ...* op cit, pag 75, “la lesión de esta voluntad que como tal existe, consiste en la anulación del delito, que de lo contrario regiría, así como en el restablecimiento del Derecho”. “El quebranto que se infiere al delincuente, no es sólo justo es sí mismo, justa es, simultáneamente su voluntad en sí misma existente, la existencia de su libertad, su derecho;...por lo que la pena se considera contenida en su propio derecho, honrándose con ello al delincuente como ser racional”. Se interpreta, por ende, por Hegel, el delito como negación del Derecho y la pena como negación de esta negación como “anulación del delito, que de lo contrario tendría validez”, conllevando, “el restablecimiento del Derecho”, pues “la anulación del delito es retribución en cuanto ésta es, conceptualmente, una lesión de la lesión”.

La concepción de la pena de Hegel carece de metas o fines preventivos, declarando que. “con la fundamentación de la pena de esta manera, es como cuando se levanta un palo contra un perro: y al hombre no se le trata según su honor y libertad, sino como a un perro”.

²¹ Cómo exponente de la antigua Ética cristiana, representativo de las teorías absolutas, ALTHAUS, Die Todesstrafe consideraba que “el sentido de la pena reside, en sí misma, como manifestación de validez del orden eterno

Para JESCHECK, el pensamiento de la retribución se asienta en tres presupuestos inherentes a su propia esencia: a) La necesidad de reconocer una superioridad moral de la comunidad frente al delincuente como medio de legitimar la imposición al culpable, por medio de una pena, “de lo que se ha merecido” ; b) La graduabilidad de la culpabilidad en atención a su gravedad; c) Y, por último, un punto de partida: la posibilidad de armonizar el grado de culpabilidad y la extensión de la pena, de forma que, el juicio de la colectividad al autor se tenga por justo.

Y, es en esta graduabilidad, la necesidad de que la pena corresponda a la magnitud de la culpabilidad, donde reside el merito de la teoría de la retribución para ROXIN, al marcar un límite al poder punitivo del Estado, adquiriendo de esta forma, “una función liberal de salvaguardia de la libertad”²².

Esta limitación del poder punitivo no ha impedido una extensión magnificada del camino y significado de la pena, inherentes a expresiones como: “la cualidad principal de la pena retributiva estriba en su carácter absoluto desligado de todo fin”²³, para ROXIN, en esta cita se advierte hasta qué punto se prescinde de la necesidad de proteger la convivencia social, a pesar de que, por su propia naturaleza, todo poder estatal que se apoya en la convivencia humana y que se propone garantizar su coexistencia, está limitado por esta finalidad²⁴. De este modo, el derecho penal retributivo, ajeno a toda finalidad preventiva, sólo tiene como objeto aparentemente el ejercicio de poder por el poder

y frente al infractor del Derecho”. Para TRILLHAAS, “el sentido de la pena reside en la idea de expiación, sin consideración a los fines, orientada exclusivamente al bien mismo, y válida sólo para el autor ya que sólo mira hacia éste. No podemos olvidar un mensaje del Papa Pío XII al IV Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en Roma en el año 1953: “mais el Juge suprême, dans son jugement final, applique uniquement le principe de la rétribution. Celui-ci doit donc certes posséder une valeur que n'est pas négligeable. Citados por JESCHECK, *Tratado de Derecho penal...* op cit, pags 78-80.

Concibiéndose, con ello, la realización de la justicia como mandato divino y la imposición de la pena como un acto sustitutorio del Tribunal de Dios

²² ROXIN, *Derecho Penal, Parte General*, Traducido por Luzón Peña y otros. Ed Civitas, Madrid, 2014. pag 84, Esta correspondencia de la pena a la magnitud de la culpabilidad, estando prohibido, en todo caso, efectuar escarmiento mediante la penalización drástica en casos de culpabilidad leve, proporcionando un baremo para la magnitud de la pena, así como su capacidad de impresión psicológicasocial, constituyen, para el autor, los factores esencialmente positivos de la teoría de la retribución.

Así mismo, ha señalado el autor que, si bien es imposible fijar con precisión matemática la magnitud de la pena correspondiente a los grados de culpabilidad, el valor social del bien jurídicos lesionado y una investigación cuidadosa de las circunstancias que agravan o atenúan la culpabilidad, permitirían otorgar seguridad al grado justo de la pena a imponer. ROXIN. *Iniciación al Derecho...*, op, cit, pag 42.

²³ ROXIN, *Culpabilidad y Prevención*, Traducido por Muñoz Conde, Ed Reus, Barcelona, 1981, pag 34.

²⁴ ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal...* op cit, pag 35.

mismo o la realización de una justicia absoluta en la tierra²⁵, esto es, no se busca un efecto posterior sobre la sociedad o el individuo, de modo que su imposición colma el fin perseguido²⁶.

A la hora de valorar críticamente el sentido retribucionista de la pena no podemos de dejar de traer a colación el pensamiento de ROXIN: “es incuestionable que asimismo la idea de la compensación retributiva, al intentar traer un reflejo de armonía superior a nuestra frágil existencia terrenal, tiene una fuerza triunfalmente sublime, a la que es muy difícil sustraerse. Con ella, sin embargo, no se podría justificar honradamente la pena estatal”²⁷. ROXIN, considera que, la falta de solidez científica de las teorías retributivas se deriva del hecho de las consecuencias perjudiciales para el delincuente, al quedar sin resolver la cuestión decisiva, esto es, bajo qué presupuestos la culpabilidad humana autoriza al Estado a castigar, fracasando a la hora de trazar un límite, en cuanto al contenido, a la potestad penal estatal (pues no impide que se incluya en el Código Penal cualquier conducta y, si se dan los criterios generales de imputación, efectivamente se castigue, convirtiéndose en un cheque en blanco al legislador). Todo ello permite explicar su aplicabilidad, perdurando a cualquier cambio constitucional desde el absolutismo hasta hoy, revelando, entiende el autor, no sólo una debilidad teórica sin también un peligro práctico²⁸. Argumenta en contra, asimismo, el autor, que aún, compartiendo la idea de facultar al Estado con penar formas de conductas culpables, no halla fundamentos satisfactorios en la justificación de la sanción penal mediante la idea de la compensación de la culpabilidad. En tanto la posibilidad de culpabilidad humana presupone la libertad de voluntad, el libre albedrío, resultando su existencia indemostrable, (si es posible que una decisión elija libremente frente a factores de determinación de naturaleza incalculables, ...); el legislador justifica la pena sólo en una hipótesis que, aunque no refutada, tampoco es verificable. No obstante, dirigiéndose el perjuicio hacia el ciudadano, no es suficiente una suposición de este tipo/naturaleza para explicar el derecho a intervenciones tan graves, esto es, la pena no puede fundamentarse en la

²⁵ ROXIN, *Derecho Penal, Parte General...* op cit, pags 84, 85, “el Estado, como institución humana, no es capaz de realizar la idea metafísica de justicia ni está legitimado para ello. La voluntad de los ciudadanos le obliga a asegurar la convivencia del hombre en paz y libertad; está limitado a esta tarea de protección. La idea de que se puede compensar o suprimir un mal (el delito) causando otro mal adicional (el sufrimiento de la pena), sólo es susceptible de una creencia o fe, al que el Estado no puede obligar a nadie desde el momento en que ya no recibe su poder de Dios sino del pueblo”. En este sentido, se ha identificado el concepto de retribución con expiación, sin embargo, este último término supone la aceptación interior del autor de la pena como justa compensación de la culpabilidad. Acto, que cómo señala ROXIN, no deja de ser un acto moral autónomo de la personalidad, que no puede imponerse por la fuerza.

²⁶ GARCIA ARAN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho Penal*, Universidad de Barcelona, 1982, pag 76; En términos parecidos ROXIN, *Problemas básicos del Derecho...*op cit, pag 80, considera que en las teorías retributivas el sentido de la pena estriba en la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición un mal penal, la justificación se desprende únicamente de la realización de una idea la justicia, obviando el fin de alcanzar un fin con la imposición de la pena.

²⁷ ROXIN, *Problemas básicos del Derecho...*op cit, pag 80.

²⁸ ROXIN, *Problemas básicos del Derecho...*op cit, pag 77.

hipótesis empíricamente incierta de poder actuar de un modo distinto ²⁹. Para este autor, es incompatible la teoría de la pena con la moderna ejecución de la pena con tintes políticos criminales que optan por corregir los fallos de sociales que han llevado al condenado a delinquir, destacando su naturaleza opuesta a la configuración de la ejecución resocializadora de carácter preventivo especial desligada de razones o necesidades políticas criminales, un claro ejemplo del carácter aséptico de la pena, alejado a consideraciones preventivas, lo hallamos en MAURACH: “la pena incluso en los casos de escasa o nula necesidad de prevención ...no puede descender por debajo del límite que impone la necesidad de una justa retribución de la culpabilidad reflejada en el delito”³⁰.

En nuestra doctrina RODRIGUEZ MOUROLLO “Quien de verdad quiera defender en el plano penal los valores del individuo como persona moral frente a posibles intervenciones estatales, no puede dejar de predicar el carácter retributivo de la pena”³¹.

Desde el punto de vista crítico no puede dejarse de objetar que si en un orden puramente abstracto cualquier acto, y por tanto, el delito implica “autorización para el contracambio, o lo que es igual, hace éste jurídicamente posible...no lo hace normalmente necesario”³²

Se trata de teorías que presuponen la necesidad de la pena, fundamentándola en una referencia a la idea de justicia, con lo que se revelan impotentes para trazar límites, en cuanto al contenido, a la

²⁹ Citado por ROXIN, *Problemas básicos del Derecho...* op cit, pag 80. Aún, concibiendo la teoría de la expiación como fundamento suficiente para modelar/ explicar el alcance de las penas estatales y la culpabilidad humana, el autor ha objetado que la idea misma de la retribución compensadora sólo se puede hacer plausible mediante un acto de fe, que permita la comprensión que un mal cometido únicamente se puede eliminar añadiendo un segundo mal, sufrir la pena. En resumen, el autor considera que la “teoría de la expiación no nos puede servir, porque deja, sin aclarar los presupuestos de la punibilidad, porque no están comprobados sus fundamentos y porque, como conocimiento de fe irracional y además impugnable, no es vinculante. Tampoco cambia nada de ello la sustitución, que a menudo se encuentra en las exposiciones recientes, de la idea de retribución” (entendiéndose la expiación en el sentido de una purificación interior conseguida mediante el arrepentimiento del delincuente, se trata entonces de un resultado moral, que más bien puede verse impedido, ...Si es posible conseguirlo mediante intervención externa, resultado más útiles medidas terapéuticas-sociales cómo las que prevé la teoría de la prevención social.

³⁰ Autor citado por ROXIN, *Culpabilidad y Prevención general del Derecho Penal, ...* op cit, pag 37; en el mismo sentido, pag ROXIN, *Derecho Penal, Parte General...*, op.cit, pag 84, en línea con el pensamiento anterior, este autor, considera que la finalidad del Derecho Penal se centra en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, ello exige prescindir de la pena que omita todos los fines sociales. Pues una ejecución de la pena que parte del principio de la imposición de un mal no favorece ni permite la reparación de los daños en la socialización. Siendo ésta, la mayoría de las ocasiones, la causa de la comisión de los delitos, no puede concebirse como un medio adecuado para la lucha contra la delincuencia.

³¹ RODRIGUEZ MOUROLLO “Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad”, en *RGLJ*, 1965, dic, pag 763; En el mismo sentido BETTIOL, *Diritto Penale, Parte Generale*, Ed Cedam, Padova, 1973, pag 677.

³² VECCHIO, *Sobre el fundamento de la justicia penal*, traducido GALAN, Ed Reus, Barcelona, 1946, pag 3.

potestad estatal. En este sentido, cómo ha señalado MIR PUIG, la función del Estado moderno se separa de la idea de realización de la justicia absoluta sobre la tierra, no correspondiendo esta tarea a un Estado como el actual, caracterizado por el mantenimiento de la distinción entre la moral, la religión y el derecho: en un Estado teocrático sí puede considerarse coherente atribuir a la pena el papel de instrumento de castigo del mal, pero en un Estado democrático, en el que las sentencias no se pronuncian ya en nombre de dios, sino en nombre del pueblo, el Derecho sólo se puede justificar como medio de asegurarse la existencia de la sociedad y sus intereses, que es, precisamente, el punto de partida de las teorías relativas o de prevención³³.

Se llega a sostener que la indeterminación e indeterminabilidad de los conceptos básicos de las teorías absolutas, dejan al intérprete un amplísimo margen para manipular soluciones, lo que reduce a la mínima expresión su aportación a la seguridad jurídica. En palabras BACIGALUPO “poco más que una remisión a los sentimientos del Juez”³⁴.

III.2.2 TEORIAS RELATIVAS

Teorías relativas. Donde la esencia de la pena es la evitabilidad del delito, aísla la culpabilidad y pasa a primer plano, la peligrosidad del autor y la predisposición criminal latente en la colectividad³⁵. De este modo, se introduce un nuevo parámetro a la hora de medir la pena, no sólo ha de responder al grado del injusto y de la culpabilidad, sino también se fija en atención a su finalidad preventiva. En esta transformación, la pena, pierde el papel de “fin³⁶” y asume el de “medio” cuya finalidad es evitar posibles acciones punibles futuras³⁷.

³³ MIR PUIG, S, *Derecho Penal*, Ed Repertor, Barcelona, 2015, pag 51.

³⁴ BACIGALUPO, “ Significación y perspectivas de la oposición Derecho Penal-Política criminal” en *RIDP*, 1978, nº1 pag 22 y 25.

³⁵ JESCHECK, *Tratado de Derecho penal...* op cit, pag 72: “El autor no recibe lo que merece por su culpabilidad sino lo que necesita para su resocialización. El hecho no es el fundamento sino el motivo de la pena: demuestra que la intervención del Estado es necesaria porque existen síntomas de una situación peligrosa”.

³⁶ ROXIN *Derecho Penal, Parte General...* op cit, pag 81, para este autor la teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de un fin socialmente útil, no faltando autores que niegan la pena retributiva como respuesta aun fin, sino por el contrario “libre de fin” dando toda su atención al “sentido o esencia” en la compensación de la culpabilidad. ROXIN considera que la resolución de esta cuestión se hace depender de si se considera aplicable el concepto de fin sólo a fines sociales, empíricos, o también a la realización de una idea de la justicia. Y esta segunda opción la permite atribuir el fin de la pena en las teorías absolutas en la retribución justa.

³⁷ JESCHECK, *Tratado de Derecho penal...* op cit pag 77 para este autor la pena es su concepción relativa “no está destinada a la realización de la justicia sobre la tierra, sino que sirve exclusivamente para la protección dela sociedad”

La obtención del “medio” descansa en los siguientes presupuestos, a) Posibilidad de efectuar un pronóstico suficientemente seguro del comportamiento humano futuro; b) En la relación de adecuación a la peligrosidad aparezca como probable el resultado preventivo perseguido; c) La tendencia a la criminalidad puede ser combatido a través de elementos disuasorios, pedagógicos y de aseguramiento que acompañan a la pena³⁸.

Las teorías preventivas nacen como reacción a los excesos de la praxis penal de los siglos XVII y XVIII, su origen lo encontramos en la teoría del Estado de Derecho natural y la Ilustración, exponentes de este germen los hallamos en MONTESQUIAU³⁹, VOLTAIRE, BECCARIA⁴⁰. Con el objeto de dar una configuración racional y humana a las condiciones de la Justicia Penal se afanan en colocar la finalidad preventiva en la cúspide de las funciones de la pena; en un primer momento, como ya señaló ANTON ONECA, se circunscribe a una prevención general⁴¹. No llegaría hasta la primera mitad del siglo XIX, la diferenciación teórica entre la prevención especial y general de la mano de FEUERBACH, vinculando la prevención general con la amenaza de la pena como punto neurálgico de su pensamiento, de este modo, “la amenaza penal debería producir la prevención general a través de la coacción psicológica, mientras que la imposición de la pena solamente debería hacer evidente su seriedad”⁴².

³⁸ JESCHECK, *Tratado de Derecho penal...* op cit pág 73; BECCARÍA, *Tratado de los delitos y las penas*, Recurso electrónico, sin paginación, “aquellas penas penas y aquel método de imponerlas que, guardaba la proporción, hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres y menos dolorosa sobre el cuerpo del reo”. ANTON ONECA, *Discurso leído en la Apertura del Curso Académico 1944/1945*, Salamanca, 1944, destaca los dos elementos de los que se valieron los reformistas frente a los excesos del Antiguo Régimen: la legalidad de los delitos y de las penas frente al desmedido arbitrio judicial; la proporcionalidad entre los castigos y las infracciones en oposición a la crueldad innecesaria. Y en este segundo parámetro, donde enlazan prevención general y retribución, al dar una medida a la prevención en la retribución. Siendo la proporcionalidad un principio común a la retribución y a la prevención, sin obviar la diversidad de matices.

En este sentido, JESCHECK, *Tratado del Derecho penal...* op cit, pag 74, destaca la coincidencia del punto de partida de las teorías retributiva y preventiva, esto es, el valor moral de la colectividad (Estado), al exigir las teorías preventivas para su justificación la certeza de que el Estado está legitimado por medio de la pena a adaptar a los delincuentes peligrosos a los ideales de la sociedad dominante. Convirtiéndose, con ello, para este autor, “la concepción moral de la misión de la Administración de Justicia penal” en “el puente entre la retribución y la prevención”.

³⁹ “Toda pena que no sea absolutamente necesaria es tiránica”. En la misma línea BENTHAM, citado por ANTON ONECA, *Discurso leído en la apertura del Curso Académico de 1944/1945*, Salamanca, 1944.: “ la pena medio vil en sí misma que repugna a todos los sentimientos generosos, se eleva al primer rango de los servicios públicos cuando se la considera, no cómo un acto de cólera o de venganza contra un culpable o infortunado que cede ante las inclinaciones funestas, sino como un sacrificio indispensable para la salvación común”.

⁴⁰ BECCARIA, *Tratado de los delitos y las penas*, Recurso electrónico, sin paginación, “el fin de la pena no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus conciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros semejantes”.

⁴¹ ANTON ONECA, *Discurso leído...* op cit, pag 34.

⁴²JESCHECK, *Tratado de Derecho penal...* op cit, pag 78. en referencia a FEUERBACH, este último autor ha manifestado que “la preocupación del Estado... aspira a que quien posee inclinaciones inciviles (antijurídicas) le sea impedido poder determinarse realmente conforme a ellas” “De este modo deben ser evitadas las infracciones jurídicas, ya que junto a la coacción física debe existir otra que preceda a la transgresión...y una coacción de esta naturaleza sólo puede ser de naturaleza psicológica”.

II.2.2.1 PREVENTIVA ESPECIAL

En esta posición diametralmente opuesta a la teoría retributiva (la teoría preventiva general hace girar su influencia a la comunidad⁴³) deberíamos traer a colación unas palabras de ANTON ONECA: “Difícil es la enmienda moral de quien no se cree verdadero culpable. La lamentación del delincuente no versa nunca sobre el delito, sino acerca de la represión que no ha sabido o podido evitar. A partir de la detención, el reo se considera víctima de la policía, de los jueces, de los testigos, de sus carceleros; se cree, sobre todo en los delitos de sangre, víctima de su propia víctima que merecía el delito mejor que él la pena. Cada uno de los males que integran la pena es recibido por el penado como una injusticia, y esta actitud interna de resistencia contrarresta necesariamente cualquier acción educadora que se intente. Modificar las intenciones, convertir la voluntad injusta en justa, al modo que ROEDER deseaba, es ardua labor pedagógica para la cual es precisa dulcificar la ejecución penal de tal forma que cesara la pasiva resistencia y cobrase el condenado la confianza en sus educadores, y dedicar a esta misión los más hábiles pedagogos. Aun así, compensar la aflicción del castigo en las penas de larga duración sería muy difícil, y en todo caso, resultaría para el exterior de efectos desmoralizantes tanto regalo”⁴⁴, de ellas, se infiere que la teoría preventiva especial va dirigida al autor individual del hecho punible, con la misión de hacerlo desistir de futuros delitos.

Su mayor exponente LISZT, diversificó los caminos en los que puede actuar la **prevención especial** en tres:

- a) Asegurando a la comunidad frente a los delincuentes mediante la inocuización del delincuente habitual.
- b) Intimidación al autor mediante la pena, a fin de evitar la comisión de futuros delitos.
- c) Corrección, preservándole de la reincidencia⁴⁵.

⁴³ En este sentido, DOLCINI, E MARINUCCI, G, *Manuale de diritto penale*, ...op cit, pag 61: “Legítima la pena como medio para orientar la elección del comportamiento de la generalidad de sus destinatarios: en primer lugar aprovechando el efecto de intimidación correlativo al contenido aflictivo de la pena, a la que se le asigna una función de fuerza contraria psicológica, tales la neutralización del empuje de la delincuencia. En segundo lugar, el efecto de la prevención general viene perseguido por la acción pedagógica de la norma penal, se confía que con el tiempo se cree en la colectividad una espontánea adhesión a los valores expresados en las leyes penales. El efecto de orientación cultural debe sustituir poco a poco, a la obediencia por el temor a la pena”.

⁴⁴ ANTON ONECA, *Discurso de apertura*...op cit, pag 35.

⁴⁵ ROXIN, *Iniciación al Derecho Penal*..op. cit, pag 44. Este autor distingue tres tipos de delincuentes según la finalidad a aplicar: la inocuización de los delincuentes habituales que no son susceptibles de intimidación ni de mejora; los delincuentes racionales a los que se ha de aplicar la intimidación; y, por último, los delincuentes susceptibles de

En este triple nivel de pena: intimidación (la pena debe intimidar al autor socialmente integrado para que no cometa nuevos delitos); resocialización (al autor habitual); y, protección (a la sociedad frente al autor irrecuperable)⁴⁶ aflora la dualidad de la naturaleza preventiva especial, una de carácter positiva o de resocialización a través de la educación, curación o mejora, otra de sentido negativo ejercida a través de la intimidación para proteger a la sociedad de futuros delitos del autor. Ahora bien, sigamos o no las tesis doctrinales que abogan por la subsidiariedad del fin resocializador sobre la intimidación en el Derecho penal, en tanto el Tribunal no esté convencido de la necesidad de un derecho educador⁴⁷, no se alberga dudas que la prevención especial actúa en el momento de la ejecución⁴⁸.

En consonancia, con la línea argumentativa anterior y, haciéndonos eco del pensamiento de DOLCINI, la fórmula de la prevención especial puede asumir contenidos heterogéneos y traducirse en líneas de político-criminal divergentes, de forma que, la elección del juez en sede de individualización de la pena refleja un resultado diverso, en tanto la necesidad de la pena de los sujetos difícilmente resulta idéntica según se dirija la mirada hacia la intimidación del condenado o, por el contrario, a la resocialización.

En este punto, resulta preciso adentrarnos en el alcance y contenido de la resocialización. Supone un proceso de interacción y comunicación entre el individuo y la sociedad, a cuyas normas debe adaptarse el individuo⁴⁹. Para el autor, reeducación, reinserción social, son expresiones que coinciden en asignar a las penas privativas de libertad y medidas de seguridad privativas de libertad

corrección; En el mismo sentido, DOLCINI, E, MARUNICCI, G, *Manuale de Diritto penale, Parte Generale*,...op cit, pag 50.

⁴⁶ DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Universidad de Salamanca, 1999, pag 56, destaca la argumentación a favor de parte de la doctrina de jerarquizar las distintas funciones preventivas especiales a la hora de medir la pena, así el fin de protección o aseguramiento de la sociedad frente al autor sólo se toma en consideración en último lugar por su tendencia a maximizar la pena y el consiguiente peligro de rebasar el límite de la pena, todavía adecuada a la culpabilidad, mientras que el punto de vista resocializador únicamente se tomaría en consideración cuando la pena medida conforme a la intimidación no es suficiente para apartar al autor de la comisión de nuevos delitos.

⁴⁷ ZIPP Heinz, *Die Strafmabreivung*, 1969.

⁴⁸ En el mismo sentido GARCIA ARAN, M, *Los criterios de determinación*...op cit, pag 23.

⁴⁹ MUÑOZ CONDE, "La resocialización del delincuente. Análisis y crítica del mito", en *Revista de Ciencias Sociales*, núm 31, 1979, pag 77.

una misma función correctora y aun una mejora del delincuente⁵⁰. Culminando el proceso de reacción penal que comienza con la amenaza de una pena en los tipos contenidos en las leyes penales definitorias de los delitos, motivando a la comunidad para que se abstenga de cometer delitos (prevención general), se continúa con la aplicación real y efectiva de la pena por los Tribunales dentro del marco legal delimitado por los límites fijados por la prevención especial y retribución y concluye, al menos teóricamente, recalca MUÑOZ CONDE, con el cumplimiento por parte del delincuente de la pena impuesta, que ha de tener como meta la resocialización del delincuente, cuando se trate, fundamentalmente, de penas privativas de libertad, y, de su aseguramiento o intimidación, en los restantes supuestos. Se aborda, por el autor, la cuestión enmarcando la resocialización en el campo de la ejecución. Y, es en este momento, donde no debemos obviar la ausencia de unanimidad doctrinal a la hora de fijar el punto exacto de partida de la resocialización, si se ha de considerar un fin de la pena (un fundamento de toda función penal), presente, por tanto, en el proceso de elección y fijación de la pena, o, por el contrario, se ha de restringir a un ámbito más limitado al derivarlo al campo de la ejecución como criterio delimitador de la misma⁵¹. Para GARCÍA PABLOS DE MOLINA, la diferenciación (fines de la pena y fines de la ejecución de la pena) es artificiosa, en tanto la pena puede operar de forma resocializadora en su ejecución si en la Ley se concibe como instrumento resocializador, “Y a la inversa: si la pena, de hecho, estigmatiza y su ejecución produce un notorio impacto destructivo difícilmente puede configurarse, conceptualmente, como medio resocializador. No es vieja la polémica entre los que centran el papel de la resocialización”.

La resocialización se caracteriza por una ambigüedad en la conceptualización que ha permitido la aglutinación de diversas concepciones, alineadas en aquellas que defienden el “*antirretribucionismo dogmático*” identificando la resocialización con la supresión del Derecho Penal retribucionista como instrumento de conformación de la futura sociedad, o bien, un intento de alcanzar la igualdad ante la

⁵⁰ MUÑOZ CONDE, “La resocialización del delincuente...op cit, pag 77, critica la falta de determinación del concepto de resocialización, un término que desde diferentes ámbitos y opuestas ideologías se emplea favoreciendo la diversidad en las funciones asignadas, es lo que se denomina un “moderwort”.

⁵¹ GONZALEZ RIVERO, “*El fundamento de la penas y medidas de seguridad...*op cit, pag 582, Considera que las diferencias en la fundamentación de la pena y medida de seguridad (sin pretender ahondar en este punto, pues consideramos se ha de tratar en otro momento del trabajo, pero si nos sirve para conocer la postura de la autora del papel que juega la resocialización en la camino de la pena) es la existencia de culpabilidad en la primera y la ausencia de la capacidad de culpabilidad en el autor del hecho en la medida de seguridad, con fundamento en esta última en la peligrosidad. Ello genera que las finalidades establecidas en la Constitución hayan de ser matizadas en cada una de ellas, pues la pena está orientada a compensar la culpabilidad del hecho, perspectiva pasada, mientras que la medida se impone con perspectiva de futuro, dirigida a la prevención. La citada autora parte de un análisis abstracto del interín de la determinación de la pena, entendiendo que si la atribución de la responsabilidad ha de efectuarse desde la función retributiva compensadora de la culpabilidad del hecho, que se extiende a un segundo momento, el de determinación y aplicación de la pena; En esta última postura COBOS DEL REAL/BOIX REIG, en *Comentarios a la legislación penal, derecho penal, y Constitución*, Ed Edersa, Madrid, 1997, pages 218 y ss.

ley, identificada como igualdad real no a través de la coacción sino optando por la vía pedagógica, basándose en una concepción del hombre y de la sociedad esencialmente educable. Y, de otro lado, la *concepción asistencial* del Derecho Penal, que se aparta del Derecho Penal del hecho e incide sobre el sujeto, tanto autor como víctima, dentro de un interés asistencial, en el que el delito se contempla como accidente social, convirtiéndose, en consonancia, las penas y medidas de seguridad en remedios asistenciales. Ofreciendo, una tímida y ligera visión de la realidad criminológica, al reconducirla, únicamente con éxito, al ámbito de la ejecución de la pena.

El neoretribucionismo en el que, la resocialización tiende a una política criminal que pretende naturaleza más eficaz y racional en la lucha contra la criminalidad en un intento de alcanzar la adaptación coactiva del ciudadano a través de un Derecho Penal efectivo⁵². Estamos en presencia de un versión actualizada y moderna del retribucionismo, en tanto las funciones de éste vienen a ser asumidas por la adaptación coactiva mediante la resocialización, abanderando la eficacia y el defendismo,

GARCÍA PABLO DE MOLINA, sostiene que lo realmente interesante es examinar los grandes problemas que suscita cualquier meta resocializadora: en la selección del modelo final, en el proceso de acercamiento del individuo y el comportamiento desviado al mismo, en el grado de intensidad de tal aproximación, en los medios idóneos y lícitos para conseguirlo, en las transformaciones que esto conlleva en el individuo. Estos problemas actuales son:

- a) Encuadramiento de la resocialización en la teoría de la pena o al posterior, y más limitado ámbito, cómo es la ejecución.
- b) Cómo se concibe el proceso resocializador, en cuanto proceso de aproximación del individuo al modelo social, si en términos funcionales (adaptación) o con un alcance más profundo, partiendo de la modificación (mejora, corrección, enmienda) cualitativa del individuo.
- c) Cual es la dinámica de dicho proceso de aproximación o identificación, y cuál es el grado de acercamiento exigible y deseable para la consecución efectiva de la meta resocializadora –intensidad

⁵²GARCÍA PABLO DE MOLINA. “La supuesta función resocializadora del Derecho penal. Utopía, mito y eufemismo” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales*, 1979, núm 32, pag 690.

y legitimidad de los medios empleados.

d) Concepto o imagen del hombre, de la sociedad y de las relaciones entre uno y otra que subyace en cada proyecto resocializador y naturaleza meramente defensiva o tutelar de los mismos

Llegados a este punto, debemos dirigir la mirada hacia nuestro ordenamiento constitucional en un intento de buscar sino respuestas exhaustivas si directrices o guías⁵³, la redacción del artículo 25.2 del Texto Constitucional⁵⁴, enfatiza el carácter orientador de la “reeducación y reinserción social en las penas y medidas de seguridad”⁵⁵, suscitando en la doctrina la cuestión del alcance y extensión del mandato constitucional, esto es, si nos hallamos ante un criterio legal para la medición y determinación de la pena, o, por el contrario, presenciamos un principio orientador de la reforma penal y penitenciaria, y, por ende, directriz a la que debe ajustarse la ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad.

Para CORDOBA RODA, la problemática reconduce la cuestión al origen de la noción de resocialización utilizado por el texto constitucional al eludir una “noción formal”⁵⁶ optando por una

⁵³ Pues como ha señalado CORDOBA RODA, *La pena y sus fines en la Constitución*, en la Reforma de Derecho Penal, Bellare, 1980, pag 60, a través del artículo 25.2 el Texto Constitucional ha tomado posición en una de las materias nucleares del sistema penal, la función de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad.

⁵⁴ El precepto constitucional combina la solución italiana del artículo 27 de la Constitución Italiana y la experiencia penitenciaria alemana, enmarcándose en la tendencia de los ordenamientos occidentales de abandono progresivo de la retribución penal a favor de la prevención mediante la resocialización del penado. En este sentido la Jurisprudencia Constitucional ha manifestado “superada la vieja teoría retributiva de la pena, correspondiente a la arraigada convicción de que al mal debe corresponder el congruo y merecido castigo, la alternativa de la prevención del delito, como razón legitimadora de la pena, se fue enseñoreando en las concepciones doctrinales y legislativas, ya merced a la prevención general, efecto intimidatorio sobre eventuales delincuentes-función pedagógica de la pena, ya por mor de la prevención especial, incidencia de la pena en el sujeto infractor para que no vuelva a delinquir, advertencia al delincuente ocasional para orientar su comportamiento de futuro. Las modernas orientaciones sociales superponen a tales finalidades otras en las que se potencia la consideración individual del sujeto, acercando el Derecho Penal a la realidad humana. El delincuente no debe sujetarse a la justicia penal con fines de expiración o de coacción psicológica con efectos meramente preventivos, sino que se alza, prima y reclaman un primer puesto atencional otros fines de resocialización del individuo, exigentes de una integración racional de la pena y de la medida de seguridad. De ahí que el artículo 25.2 de la Constitución proclame que < las penas privativas de seguridad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social>. Todo cuanto contradiga y se enfrente con semejante faro orientador, empañando o adulterando el fin último de la pena, comportará una tacha desde el punto de vista constitucional, tornando vulnerable el acuerdo judicial a la luz de los derechos fundamentales” STC 20 de octubre de 1994.

URÍAS MARTÍNEZ, “El valor constitucional del mandato de resocialización” en *REDC*, núm. 63, 2001, pp. 44-46; MA-Por regla general, para la doctrina penal, la utilización por el constituyente español de los conceptos de reinserción social y reeducación no ha sido muy afortunada, mostrando su preferencia por el término «resocialización».

⁵⁵ Para CORDOBA RODA, *La pena y sus fines en la Constitución...* op cit, pag 61, el precepto guarda similitudes con la moderna defensa social, estableciendo unos de sus principios que “la pena privativa de libertad tiene como fin esencial la corrección y la readaptación social del condenado”.

⁵⁶ CORDOBA RODA, *La pena y sus fines en la Constitución...* op cit, pag 64, “la que resultaría de afirmar que las referidas sanciones deben estar orientada a que el sujeto se abstenga en el futuro de cometer nuevos hechos punibles”.

noción “sustancial” (la resocialización o reeducación social). Una de las cuestiones que plantea el autor es el modelo de sociedad imperante dentro de la cual se desenvuelve la noción sustancial de reeducación o reinserción, distinguiendo entre la sociedad realmente existente en su concreta configuración, o, por el contrario, concebirla como modelo ideal de sociedad⁵⁷. No es fácil configurar la meta a la cual debe estar orientada la pena privativa de libertad sobre una idea de formulación tan abstracta y valorativamente neutra, como la de la sociedad observante de los intereses tutelados por la ley penal. Todo ello ha provocado un debate entre lo posible y lo utópico en función a la readaptación social de la privación de libertad, a la vista de lo previsto en el Texto Constitucional.

Retomando la idea de resocialización como proceso de interacción y comunicación entre el individuo y la sociedad, de forma que la realidad resocializadora se impregna de ambos valores, pues no puede ser abordada unilateralmente por el individuo o por las normas de la sociedad. De forma que la resocialización sólo es posible si el individuo a resocializar y el encargado de llevarlo a cabo tienen o aceptan el mismo fundamento moral que la norma de referencia, cualquier intento de resocialización sin esta coincidencia básica supondría el sometimiento de unos a otros, lesionando la libertad autonomía moral⁵⁸.

Es unánime el pensamiento al concebir la Constitución más allá de una mera declaración

⁵⁷ En este sentido, MUÑOZ CONDE, *La resocialización...* op cit, pag 77, considera que si “se acepta y se da por buena la frase de Dukturheim de que “la criminalidad es un elemento integrante de la sociedad sana” y, se considera, además, que es la misma sociedad la que la produce y define la criminalidad”, es lógico preguntarse hasta que punto tiene sentido hablar de resocialización del delincuente, en una sociedad que produce ella misma la delincuencia, siendo necesario invertir los papeles, pues no debe ser el delincuente sino la sociedad la que debería ser objeto de resocialización. Únicamente tendría sentido hablar de resocialización del delincuente cuando se integren en sociedades con un orden social y jurídico que se estime correcto. En caso contrario, deberíamos plantearnos si se ha de obligar al delincuente a adaptarse a la sociedad a la que pertenece, o, por el contrario, modificar previamente, el orden social vigente.

⁵⁸ MUÑOZ CONDE, *La resocialización...* op cit, pag 79. El autor insiste que, en el fondo, cualquier resocialización conlleva la imposición de una idea a costa de la libre autonomía del individuo.

Para el autor en última instancia el objetivo último de la resocialización es el respeto y aceptación por parte del delincuente de las normas penales con el fin de no cometer nuevos delitos penales, posicionándose como fin de la pena en el restablecimiento por parte del delincuente del respeto de las normas básicas “haciéndole corresponder en el futuro a las expectativas en ellas contenidas, evitando así la comisión de nuevos delitos, en una palabra de la reincidencia” Se hace eco el autor de las dificultades que plantea la admisión de la identificación o correlación entre resocialización y legalidad penal, en tanto, no toda comisión de un hecho punible conlleva a la ruptura del vínculo con la sociedad obviando el respeto a la legalidad penal de ésta, es el caso de los delincuentes no habituales o ante delitos de la seguridad del tráfico. Quedando reservado a los delitos de gravedad social, pero, incluso, en estos se debe excluir delitos como los de naturaleza económica. En el mismo sentido CORDONA RODA, *La pena y sus fines en la Constitución...* op cit, pag 68, extrayendo como conclusión, que ningún delincuente adaptado a los estándares de la vida burguesa precisa de resocialización. Pues si el modelo de referencia de la readaptación social es el modelo que resulta del acatamiento de los valores a cuya tutela responde el conjunto de los tipos penales, la resocialización, en este punto, podría significar la adaptación tendencial a las expectativas de conducta que caracterizan a las clases medias MUÑOZ CONDE, op cit, matizando este último autor que, en estos casos, legalidad penal refleja una sociedad pluralista y democrática de naturaleza más amplia y segura que el valor moral que permiten una imposición coactiva

retórica, expresiva de una simple declaración de principios. Este valor jurídico que le corresponde determina exigencias a que el cumplimiento de la norma conduce. Estas exigencias se concretan para CORDOBA RODA, en el estudio por parte del órgano jurisprudencial de la personalidad del delincuente, pues, difícilmente, si pretendemos dar realidad a las indicaciones de la norma Constitucional, cabe la imposición de una pena ante un hecho punible, cuya finalidad es la reeducación y reinserción social si no se efectúa un análisis de la personalidad del reo. Esta introducción en el proceso penal del examen de la personalidad del acusado forma parte del estudio de la política-criminal.

El mencionado autor hace mención, en línea con el pensamiento anterior, de una segunda exigencia, encuadrable dentro del marco de la ejecución de la pena privativa de libertad, en tanto para el adecuado cumplimiento del fin de la pena, (resocialización o reeducación de la pena), se ha de contar con los medios que aseguren una adecuada observación y tratamiento del condenado.

Y, es, en este punto, donde resulta necesario recalcar que el precepto constitucional no impide que en la imposición y aplicación de la pena⁵⁹ pueda perseguirse además de la reeducación fines de prevención, ya sea especial, o general, pues lo que proscribiera el artículo 25. 2 de la CE sería una vuelta o retorno a la teoría absoluta de la pena en sentido estricto. O, dicho de otro modo, queda prohibida por la CE el olvido absoluto de la reeducación y reinserción social del condenado a la hora de orientar la pena⁶⁰.

Crítica a la primera postura⁶¹, se considera que el fundamento exclusivo de la pena en la resocialización, no cabe, en cuanto la pena, como institución, no surge para resocializar al delincuente, quedando lejos de toda duda que la pena, no es el medio más idóneo para resocializar desde el momento en que no es el mismo delito sino el cumplimiento de la pena lo que, de hecho,

⁵⁹ Pues, aun cuando la tutela de los bienes jurídicos, a cuya consecución no puede el Estado renunciar, deba prioritariamente tratar de alcanzarse en virtud de la interposición de unas medidas distintas a las penas privativas de libertad, en atención a su gravedad y costas sociales, no parece que el Estado pueda, hoy por hoy prescindir en absoluto de la interposición de una pena de tal clase de penas para el logro de la referida meta de evitación de la delincuencia.

⁶⁰ PEREZ DEL MANZANO, *Culpabilidad y Prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva*, Universidad Autónoma de Madrid, 1990, pag 242.

⁶¹ GARCIA-PABLOS MOLINA, "La supuesta función resocializadora ...op cit, pag 699.

suele estigmatizar a los ojos de la sociedad. Dentro de la segunda postura⁶² considera que el cometido del criterio orientador es contradictorio si se parte de una concepción retribucionista de la pena y de un concepto material de culpabilidad. SI la pena es un mal que se aplica para retribución de otro mal precedente culpable, carece de sentido plantear su función resocializadora, a no ser que se atribuya a ésta última un contenido mínimo en el sentido de ejecución humanitaria de la pena, en cuyo caso dejaría de ser problemática.

No es inmune esta teoría a las críticas, así para ROXIN, los escollos que encuentran es la ausencia de la delimitación del contenido del ius puniendi, imprimiendo arbitrariedad en la extensión o límites del mismo⁶³. Para JESCHECK, la principal objeción se halla en la falta de legitimación o justificación de la pena cómo respuesta ante el injusto si el objetivo es la resocialización, más acorde con la necesidad de imponer una medida abandonado o renunciando por parte del Estado la necesidad de castigo, con el único propósito de la asistencia social.

Aun aceptando que el Derecho Penal es simplemente un escudo protector de la sociedad en el que entre sus fines no se halla el de modificar o cambiar la sociedad sino proteger el orden social previamente determinado, se ha de aclarar cual, de las normas se refiere a la resocialización. La resocialización sólo es posible cuando el individuo a resocializar y el encargado de llevarla a cabo tienen o aceptan el mismo fundamento moral que la norma de referencia. Una resocialización si esta coincidencia pura significa el simple sometimiento, el dominio de unos frente a otros, lesionando gravemente la libre autonomía individual. Ello hace necesario apartarnos de los fundamentos morales de la resocialización aproximándonos a la aceptación por el delincuente de las normas básicas y generalmente vinculantes que rigen en una sociedad⁶⁴. Las dificultades materiales a la hora de

⁶² BACIGALUPO, “Significación y perspectivas de la oposición en Derecho Penal-Política Criminal” en *REVUE Internationale de Droit Penal*, pag 16.

⁶³ ROXIN *Problemas básicos del Derecho...* op cit, pag 16. Esta ausencia, cómo ha manifestado el autor tiende a dejar al particular ilimitadamente a merced de la intervención estatal. Critica el punto de partida de la posible medida al no delimitar quien es la persona suficientemente peligrosa, abriendo la posibilidad de considerar como tales a enemigos políticos.

ROXIN extiende sus críticas a la falta de idoneidad para justificar el Derecho Penal, en tanto, no puede delimitar sus presupuestos y consecuencias al no explicar la punibilidad de los delitos son peligro de repetición ni la legitimación de la adaptación social forzosa mediante una pena. Este autor critica así mismo, que la idea de corrección puede ser un fin de la penal, pero no conforma, en si misma, la justificación de este fin, en tanto podríamos preguntarnos qué legitima a la mayoría de una población a obligar a la minoría a acomodarse a las formas de vida gratas a aquéllas.

En el mismo sentido MIR PUIG, S, *Derecho Penal*, op cit, pag 34 considera que “la prevención especial no puede, por sí sola justificar el recurso a la pena: en algunos casos la pena no será necesaria para la prevención especial, en otros no será posible, y finalmente en ocasiones no será lícita, y sin embargo, sería absurda la impunidad del sujeto”.

⁶⁴ MUÑOZ CONDE “La Resocialización...” op cit, pag 78.

efectuar el tratamiento por ausencia de idoneidad de personal o condiciones objetivas para ello, la posibilidad subyacente del peligro de manipulación de la personalidad del delincuente planea sobre los sistemas penitenciarios generando un lógico escepticismo hacia la resocialización.

La segunda de las cuestiones planteadas discute la dirección del programa resocializador hacia la adaptación del individuo a las estructuras o pautas sociales, esto es, funcionalmente, es la denominada teoría de la “socialización”, o bien, pretender una corrección, mejora o reeducación del delincuente dentro de una escala de valores, es la “teoría correccionalista”⁶⁵. Sin querer ahondar en este punto que consideramos sistemáticamente ubicados en el estudio de la política-criminal, si hemos de hacer referencia a dos posturas.

La teoría de la socialización, tiene como punto de partida el aprendizaje de los distintos sistemas normativos a través de la interiorización, fundamentando el delito como consecuencia de un déficit en los procesos de socialización, generando con ello, un aislamiento y conflicto del ciudadano con las pautas y estructuras sociales, en definitiva, un conflicto de sistemas de valorativos, considerándose al delincuente “un retrasado en el proceso de desarrollo social”. Este retraso, desde el punto de vista de la sociedad provoca la necesidad de integrar al individuo en el mundo de sus conciudadanos de manera que salga de su aislamiento y asuma su propia responsabilidad. Pero si el objetivo es la interiorización de un sistema de valores impuestos por la sociedad, ésta no puede desatender su propia responsabilidad en la consecución del objetivo de asunción de las normas sociales, es la denominada corresponsabilidad de la sociedad⁶⁶. Son numerosas las objeciones formuladas ante esta línea de pensamiento, pues como ha puesto de manifiesto GARCIA-PABLOS DE MOLINA, “la (re) socialización es positiva o negativa, según que sean positivos o negativos los modelos que ofrece cada sociedad, baremo básico implícito en la idea de (re) socialización”.

El correccionalismo centra su atención en las transformaciones cualitativas que ha de experimentar el sujeto a través de la pena, (en su propia actitud interna, en su voluntad) relativizando la reincorporación a la comunidad una vez cumplida aquélla.⁶⁷ De este modo, “los criminales deben

⁶⁵ GARCIA PABLO DE MOLINA, “La supuesta función resocializadora del Derecho Penal”, en *Estudios Penales*, Bosch, Barcelona, 1984, pag 32.

⁶⁶ GARCIA PABLOS DE MOLINA, “La supuesta función resocializadora del Derecho Penal” ...op cit, pag 34 y ss

⁶⁷ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, “La supuesta función resocializadora del Derecho Penal” ...op cit, pag 36.

ser tratados según la extensión y medida de su injusto arbitrio, pero no más allá como menores faltos de educación y, por tanto, necesitados de ella... Y esto se hace hasta que no quede duda alguna de que los motivos internos que los precipitaron a la injusticia han desaparecido, esto es, hasta que se produzca la enmienda y el arrepentimiento”⁶⁸...”la pena, pues, debe aplicarse sin consideración a que afecte al criminal de un modo desagradable, o que la haya reconocido como saludable y para su propio bien...pero nunca ha de imponerse con el fin inmoral de causarle un mal (como objeto propio), o sólo de hacerle sentir superioridad de fuerzas”⁶⁹

La pérdida de fuerza y adeptos de ésta teoría estuvo en consonancia con la realidad criminológica manifestada por la existencia de criminales que no tienen que ser corregidos, tales son los ocasionales, no pueden ser corregidos por causas constitucionales o adquiridas, o, por último, aquellos en los que no sería lícito tratar de reformarles contra su voluntad, fundamentalmente, si para ello fuese necesario una intervención o tratamiento que modifique cualitativamente sus estructuras

En este sentido, DORADO MONTERO, *Estudios de Derecho Penal preventivo*, Madrid, 1901, pag 103, mantiene que “el delito no es más que un síntoma del estado de anormalidad psíquica de quien lo comete; prueba de su desarreglo moral, de la perturbación que su voluntad experimenta; un dato inequívoco que denuncia la necesidad de acudir prontamente por quien corresponda, con el remedio, si no se quiere contribuir a la prolongación del injusticia...; como el delincuente, por el hecho de serlo ha demostrado encontrarse en una situación de inferioridad con respecto a los individuos no delincuentes, necesita que aquéllos de entre éstos que dispongan de medios a propósito los empleen en su beneficio, tiene, pues, derecho a estos medios... Al efecto, se hace preciso someterle a un tratamiento tutelar conveniente, análogo al que se emplea con otros individuos que se hallan en situaciones semejantes (locos, niños, enfermos..), y el tratamiento tutelar que conviene a los delincuentes es la pena...De esta suerte, la pena resulta ser un bien verdadero, contra lo que generalmente, se piensa y, no obstante, que el reo mismo la juzgue un mal”... “el correccionalismo es un sistema penal perfectamente preventivo y, no represivo, por cuanto en él no se atiende al delito como objetivo al cual hay que dirigirse para castigarlo, sino como señal de desarreglo que en el mundo moral del delincuente existe, y que debe ser curado para prevenirse contra probables atentados futuros, O, lo que es igual, se trata de un sistema donde se ataca la raíz, la causa del delito, y no para borrar el que ya tenido lugar, pues infectum fieri en quit, sino para impedir los que en adelante pudieran cometerse”

⁶⁸ ROEDER, C.D.A. *Estudios sobre Derecho Penal y sistemas penitenciarios*, traducción Romero y Girón, Revista general de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1875, pag 87.

⁶⁹ ROEDER, C.D.A. *Estudios sobre Derecho Penal...*op cit, pag 89, “Es indudable que el derecho no se contrae únicamente a la mitad exterior del hombre y que la legalidad externa sola no satisface al Derecho, ni a la sociedad para el Derecho, como una especie de semi-equidad. Más bien, la pura disposición injusta del espíritu, cómo origen continuo de la acción exterior causado por aquella y el daño interior (la inmoralidad o contrariedad al deber del Derecho) en el autor, se hayan extinguido, reparado totalmente...aquí no se cuestiona tan sólo el derecho o deber del Estado a castigar, sino la obligación en el que cometió el delito a aceptar la pena, y, al mismo tiempo, su derecho a exigirla...El objeto íntimo de la pena...consiste en la destrucción por medios justos y apropiados de la injusticia e inmoral disposición de un hombre manifestada con toda claridad en un hecho. La voluntad inmoral deber ser extirpada de raíz, según su clase y grado, sustituyéndola con la voluntad moral, el justo querer, el justo deseo...Porque no es la sensibilidad como tal, según pretende Feuerbach, aunque de ella proceda el primer impulso, lo que constituye el verdadero fundamento de la negación del Derecho, sino la mala y egoísta voluntad, y consecuencia ésta ha de ser el verdadero objetivo de la reacción jurídico-penal... Por eso la pena ha de ser también algo más que una simple aplicación de fuerza material, que una especie de educación animal...El carácter y espíritu aplicable, es el de una post-educativo de los individuos abandonados, enteramente incultos o sumidos en la corrupción de las costumbres y en la barbarie, por medio de un influjo bienhechor sobre el fundamento interno u origen de su injusticia, esto es, sobre el error de juicio y del sentimiento, y, por consiguiente, de la voluntad acerca del Derecho. Porque con la reforma del concepto y del sentimiento del Derecho, se despierta, también y se anima la justa voluntad, aunque ésta, deba elevarse gradualmente por el hábito de obrar conforme a justicia y con el fin siempre vivificador de la libertad moral, hasta llegar a la perfección de la costumbre, desterrando de esta suerte la voluntad perniciosa”.

mentales o corporales⁷⁰.

En orden a la tercera cuestión, si hemos entendido la resocialización como un proceso de interacción y comunicación entre el individuo y la sociedad a cuyas normas ha de adaptarse aquél, necesariamente ha de implicar un proceso recíproco: sociedad-individuo, individuo-sociedad de interacción, de manera que las pautas y modelos de conducta no se pueden imponer unilateralmente por ninguna de las dos partes, y no es lícito propugnar la resocialización del individuo sin la posibilidad eficaz de cuestionar y modificar las propias estructuras sociales⁷¹. Se habla de una resocialización encuadrada en parámetros máximos, que no impide a la doctrina hacer referencia a una resocialización mínima donde el fin de la ejecución de la pena a restablecer en el delincuente el respeto por las normas básicas, haciéndole corresponder en el futuro a las expectativas en ellas contenidas, evitando así la comisión de nuevos delitos, esto es, la reincidencia⁷².

PABLOS DE MOLINA, la resocialización debería consistir en una labor pedagógica, pero sin adoctrinamiento ideológica. En este sentido ha afirmado BARATTA que “la verdadera reeducación del condenado es aquella que transforma una reacción individual e irracional en conciencia y acción política dentro del movimiento de clase”. Insistiendo, a mi entender, más en un criterio interpretativo en materia de ejecución de las penas y medidas privativas de libertad que en un fin “esencial o no” de la función de la pena.

III.2.2.2 PREVENCIÓN GENERAL.

La teoría preventiva general deja al margen la retribución y la actuación sobre el delincuente centrándose en la comunidad⁷³, concretamente, en la incidencia que la amenaza y la ejecución de la pena ejerce sobre aquella. Nacen del convencimiento de la idoneidad del endurecimiento de la pena

⁷⁰ BUENO ARÚS, F. *Algunas consideraciones sobre la política criminal de nuestro tiempo*, en *Revue Internationale de Droit Penal*, pág. 116.

⁷¹ MUÑOZ CONDE, “La resocialización...op cit, pag 80.

⁷² MUÑOZ CONDE, “La resocialización...op cit, pag 81. No dejan de existir voces que alarman de que el necesario respeto a los derechos fundamentales de la persona reconocidos en nuestra Constitución, pugna con los objetivos de todo programa resocializador máximo, de modo que, la alternativa no debería ser: “voluntaria aceptación del modelo social o resocialización” GARCIA-PABLOS DE MOLINA, “La supuesta función resocializadora del Derecho Penal ”... op cit, pag 46.

⁷³ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pag 99, para este autor “todos los intentos más recientes de fundamentación de la legitimidad del Derecho Penal pasan preferentemente por la prevención general, mientras que la retribución y la resocialización han quedado de modo decidido en un segundo plano”

como medio para reducir la tasa de criminalidad, respecto de cualquier tipo de delito o de sujeto, considerándose una oportuna maniobra de medida de la sanción para frenar en concreto la tendencia criminal de la colectividad⁷⁴.

Su principal exponente FEUERBACH hablaba de la “teoría de la coacción psicológica”⁷⁵. Entendía este autor que el “fin de infligir la pena está en la motivación de la eficacia de la amenaza legal, en hasta qué punto sin ella esta amenaza carecería de contenido (sería ineficaz). Cómo la ley debe intimidar a todos los ciudadanos, aunque, sin embargo, la ejecución debe otorgarle eficacia a la ley, el fin mediato (fin último) de la aplicación de la pena es asimismo la mera intimidación de los ciudadanos por la ley”⁷⁶.

La “teoría de la coacción psicológica” se enmarca dentro de la naturaleza negativa de la prevención general, concibiendo al individuo como un ser racional capaz de calcular la no conveniencia de la realización del delito, calibrando el mal que implica la pena, superior a la ventaja obtenida mediante la realización del delito. De este modo, se sitúa la finalidad preventiva general en el trance conminativo, configurando, con ello, la pena en una amenaza dirigida a la colectividad con la finalidad de provocar en sus miembros la abstención hacia la realización de actividades delictivas⁷⁷.

Destaca positivamente, su valor delimitador del poder punitivo del Estado al asegurar los siguientes principios garantistas: estricta legalidad de los delitos, materialidad de los delitos, y el de culpabilidad y responsabilidad personal⁷⁸. FERRAJOLI, no desconoce la cara negativa de la teoría preventiva general positiva, poniendo de manifiesto la ausencia de criterios de justicia o limitaciones externas que frenen la tendencia consustancial hacia el Derecho Penal máximo, pues el fin de la eficacia de las prohibiciones llama hacia la severidad punitiva, sin consideración hacia la cantidad o calidad de las penas, de modo que aunque “brinda garantías contra el terrorismo penal judicial, no

⁷⁴ DOLCINI *La comisurazione della pena. La pena detentiva*, Ed Cedam, Padova, 1979, pag 221, cómo ha recalado este autor, la demanda de tutela reforzada por la comunidad se eleva en términos de prevención general de momento de crisis social. En los que la opinión pública, y, por correlación la clase política resulta escasamente sensible a las consideraciones garantistas y argumentaciones judiciales.

⁷⁵ “Todas las infracciones tienen el fundamento psicológico de su origen en la sensualidad, hasta el punto de que la facultad del deseo del hombre es incitada por el placer de la acción de cometer el hecho. Este impulso sensitivo puede suprimirse al saber cada cual que con toda seguridad se hecho irá seguido de un mal inevitable, que será más grande que el desagrado que surge del impulso no satisfecho por la comisión”.

⁷⁶ FEUERBACH, citado por ROXIN *Derecho Penal, Parte General* ...op cit, pag 90.

⁷⁷ GARCIA ARAN, *Los criterios de determinación*... op cit, pag 101.

⁷⁸ FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Ed Trotta, Madrid, 1995 pag 275-277.

impide el terrorismo penal legislativo”. En este punto, DOLCINI, pone de manifiesto la exigencia de un límite en la búsqueda del efecto intimidante a través de la pena, pues las penas terroristas son de hecho idóneas para suscitar temor pero no para reforzar la consciencia jurídica del destinatario⁷⁹.

DOLCINI destaca como carácter positivo de la teoría de la prevención general su contribución a la tutela de los bienes jurídicos, en cuanto se verifica un efecto de intimidación general o de refuerzo de la representación ético-social. Provocando un acercamiento de las tesis de utilidad de esta teoría al terreno sociológico a través de la evaluación de una particular idoneidad del delito al atacar la confianza de los conciudadanos en la ley penal, y, de otro, la verificación de una relación entre la individualización de la pena y la tasa criminal. Sobre ellas, no deja de reclamar el autor, la necesidad de un cambio de la tendencia a asumir la alarma social como índice de consideraciones preventivas en la individualización de la pena, pues la alarma social responde a mecanismos psicológicos de matriz emotivos e irracionales, sin interconexión con la necesidad objetiva de afrontar el peligro de difusión de una determinada forma de criminalidad y alejando la utilidad del endurecimiento de la pena al no demostrar de hecho la alarma social un peligro real de reiteración⁸⁰.

En un momento en el que en la Dogmática penal pisa con fuerza las teorías mixtas como respuesta a las críticas efectuadas sobre la visión parcial de los fines de la pena propias de las teorías retribucionista y preventiva especial, y, cómo intento de solventar la falta de acierto práctico de la resocialización, surgen las denominadas teorías neoclásicas, cuya pretensión fundamental es poner de relieve el papel de las garantías formales y legitimar la intervención del Derecho Penal a través de la prevención general de delitos.

Ya no se concibe la Dogmática penal como un compartimento estanco sino en necesaria interrelación con las ciencias empíricas, creciendo el interés fundamentalmente hacia la Política criminal⁸¹

⁷⁹ DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Ed Cedam, Padova, 1979, pag 228.

⁸⁰ DOLCINI, *La commisurazione della pena ...op cit*, pag 232.

⁸¹ En el mismo sentido, PEREZ MANZANO, M, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputabilidad subjetiva y de la pena*, Universidad Autónoma de Madrid, 1986. La autora destaca que esta aproximación de la Dogmática penal hacia la Política criminal constituye una de las bases de la teoría de la prevención general positiva para conseguir un primer plano de actividad penal, dado que la teoría nace dentro del marco de la teoría de los fines de la pena, y éstos se conciben como necesidades político-criminales. Destacando, así mismo la autora el objetivo de acercar el Derecho Penal a la realidad social, conllevando el esfuerzo de la doctrina por entender el delito, la pena y la norma penal, como fenómenos sociales, lo que a su vez provocaba un cambio de método. De modo

La prevención general positiva objetiva como fin el alejamiento en la realización de delitos por la comunidad en general, decantándose para ello por un doble cauce: el restablecimiento del derecho como mecanismo regulador de conductas, de un lado, y de otro, como mecanismo conformador de la conciencia jurídica colectiva⁸². Para ello conjuga dos elementos que hasta el momento las teorías de los fines de la pena se esforzaban en presentar de forma hermética, culpabilidad y prevención, centrándose no en la intimidación sino en la afirmación de la conciencia social de la norma⁸³. Sin que haya pasado inadvertido, por algunos autores, la peligrosa vuelta o proximidad a la retribución, LUZON PEÑA recalca el incremento necesario de la exigencia de la pena a fin de evitar el rechazo de los ciudadanos⁸⁴. No negada por autores defensores de la prevención general positiva, que sin rechazar el acento en la retribución se decantan hacia “el utilitarismo de la prevención”⁸⁵.

III.3 INFLUENCIA DE LOS FINES DE LA PENA EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

Los fines de la pena no se hallan excluidos del estudio de la determinación de la pena sino, por el contrario, se encuentran ligados, en estrecha conexión, pues, la pena impuesta no deja de tener un fin, en sí misma.

La pena no se impone como un acto arbitrario de un tercero que ejerce autoridad, sino que es el último paso de un complejo sistema que comienza por la fijación por el legislador, conforme al

que dejan de considerarse exclusivamente como categorías sistemáticas explicándose como instrumentos al servicio del control social

⁸² PEREZ MANZANO, *Culpabilidad y Prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Universidad Autónoma de Madrid, 1986, pag 25.

⁸³ PEREZ MANZANO, *Culpabilidad y Prevención...* op cit, pag 26.

⁸⁴ LUZON PEÑA, D. M, “Prevención general, sociedad y psicoanálisis”, en *EP*, pag 261-278, considera este autor que “toda construcción no es sino una versión modernizada y disfrazada de la vieja idea de retribución, y, para colmo, que tal concepción de prevención general, contra lo que con ella se pretende, implica curiosamente mayores exigencias de pena (para evitar la incomprensión o el rechazo de los ciudadanos) que las derivadas de lo estrictamente necesario para la intimidación general entendida en el sentido expuesto”

⁸⁵ PEREZ MANZANO, *Culpabilidad y Prevención...* op cit, pag 29: “es evidente que asignar al Derecho Penal la misión de conformar una actitud interna fiel al Derecho es un planteamiento que se aleja del absolutismo de la retribución pura, para acercarse más hacia el utilitarismo de la prevención...lo cierto es que quizás sea más lógico hablar en este caso de teorías mixtas y no absolutas, aunque hay que reconocer que ponen el acento en la retribución”

principio de legalidad, de los tipos penales y de las consecuencias jurídicas que genera la realización del tipo penal, dando lugar al siguiente paso, la fijación del marco y concreción de la pena por un tercero, el órgano jurisdiccional, investido, por ley, de dicha autoridad. Todo ello, bajo el prisma del fin de la pena, o “los objetivos empíricos inmediatos a los que la pena, para cumplir su función de tutela jurídica, ha de hallarse dirigida”⁸⁶.

Si el marco penal genérico con el que se conmina una conducta es el instrumento utilizado por el Estado para evitar la comisión de ésta, éste es el estadio en el que hay que plantear el fin perseguido por la pena⁸⁷.

Para GARCIA ARAN, el estadio tipo-conminación ejerce una relevancia más concreta en la medición judicial de la pena, con respecto al tipo, en tanto, expresa el contenido del desvalor del acto y del resultado que integran el injusto al que se refiere la culpabilidad⁸⁸.

Nos hallamos en presencia de dos momentos dentro del sistema legal de determinación de la pena: una primera fase de determinación legal, una segunda de determinación judicial dentro del marco de la primera.

Es en la primera fase de la determinación de la pena, donde el legislador efectúa la selección de los bienes jurídicos dignos de protección penal y frente a que ataques va forzar una intervención penal, sin olvidar la fijación de las consecuencias jurídicas de la conducta contraria al ordenamiento. Esta selección de los parámetros o magnitudes que van a acotar la actividad jurisdiccional no se halla huérfana de valores, sino todo lo contrario, los fines de la pena van a dar sentido a la elección efectuada por el legislador y, a la vez, condicionan su actividad.

⁸⁶ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON, *Derecho penal. Parte general*, Ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pag 615.

⁸⁷Para GARCIA ARAN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Ed Publicaciones de la Universidad de Barcelona, 1982, pag 11, en ese estadio hay que plantearse que se entiende por prevención general y el grado de satisfacción de la misma que en ese momento se consigue.

⁸⁸ GARCIA ARAN, *Los criterios de determinación...* op cit, pag 11, “conceptos todos ellos que no pueden agotar su eficacia en la decisión del “an” de la pena sino que su valor debe ser calibrado también en la determinación del “quantum”, sin prejuzgar ahora el contenido y alcance que debe serles otorgado”.

En la medida que el legislador se desplace por el sector prevencionista general, la necesidad de publicitar ante la sociedad las consecuencias penales de la conducta delictiva, condicionará unos tipos penales intensos en el quantum y en la estructura. Por el contrario, si la prevención especial es la que dirige la obra del legislador, nos encontraremos ante un quantum más relajado, ofreciendo opciones (penas alternativas) que favorezcan al tratamiento más adecuado al condenado, así como una estructura menos intervencionista. Todo ello no se traduce en una única selección sino que, la realidad se impone de manera aglutinadora de los distintos fines de la pena, como un todo, sin perjuicio de las tendencias operantes en el momento.

En este sentido, el TC en sentencia 120/2000, de 10 de mayo, manifiesta que “si bien es cierto que el contenido del artículo 25.2 de la CE se vincula de forma directa con el sistema de ejecución de las penas privativas de libertad, no es menos que el mandato que establece opera como parámetro de ponderación del sistema de ejecución de las penas y de las instituciones que lo integran. De manera que, no se trata tanto de la valoración aislada de una concreta pena privativa de libertad, como de su ponderación en el marco de un sistema del que son piezas claves instituciones como la condena o remisión condicional, las formas de sustitución, o, por último, los distintos regímenes de cumplimiento de la pena de prisión. Es en este marco en el que se inserta la posibilidad de cumplir el arresto menor en el propio domicilio. Forma de ejecución que, al contrario de lo argumentado en la cuestión de inconstitucionalidad, se integra sin fisuras en un modelo de ejecución orientado a la resocialización en la medida en que tiene como objetivo prioritario evitar el desarraigo, social, familiar y cultural que toda ejecución de la pena en establecimiento penitenciario conlleva”, concluye la STC que ni se imposibilita que se alcance la resocialización del autor, ni impide la consecución de otros fines igualmente legítimos de la pena al amparo de la CE.

Por otro lado, el Tribunal Supremo, ha sostenido que “la reinserción social no es una finalidad absoluta de las penas privativas de libertad...se trata de una orientación armonizable con otras finalidades de la pena...de ahí que no cabe renunciar, sin más, a la prevención general, dentro de los límites compatibles con el principio de proporcionalidad, ni tampoco a la prevención especial frente al propio sujeto que exterioriza una comprobada tendencia al delito”... “en el derecho penal moderno la idea de resocialización no conlleva una renuncia al principio de culpabilidad ni a la proporcionalidad de la pena con dicha culpabilidad. Incluso el art 60 del Código penal alemán recoge

esta idea de forma expresa”⁸⁹.

A la hora de seleccionar los fines de la pena la literatura jurídica científica ha sido prolija, existiendo detractores y defensores de las distintas teorías (retributiva, preventiva general y preventiva especial). Teorías que han aportado elementos de configuración al actual sistema de determinación de la pena, hasta el punto de poder decir que la determinación de la pena estaría revestida de un papel distinto si obviamos los distintos fines que la han ido moldeando. Es la visión armónica de la interrelación entre los fines y el sistema de determinación de la pena, que nos lleva a reconocer la contribución o influencia de aquellos sobre ésta. En este sentido, el punto de partida ha de ser la retribución, objeto de censura jurídica por los defensores de las teorías preventivas pero que, no obstante, supuso el punto de inflexión en la aparición de modelo vigente, con la aportación de elementos estructurales del sentimiento armónico, dotando al sistema de garantías alejadas del status de la persona o la arbitrariedad del rey:

- Inexorabilidad (inevitabilidad)⁹⁰
- Concreción legislativa en las reglas de determinación de la pena, tomando como medida la gravedad del delito⁹¹.
- Fin de las penas indeterminadas⁹²
- Personalización de las penas al delito cometido, con el fin del ojo por ojo

Ahora bien, la pena adecuada a la culpabilidad no se traduce a una pena puntual sino mediante un

⁸⁹ STS 23 de enero de 2009, y 5 de junio de 2008. Así mismo, ”superada la vieja teoría retributiva de la pena, correspondiente a la arraigada convicción de que al mal debe corresponder el congruo y merecido castigo, la alternativa de la prevención del delito, como una razón legitimadora de la pena, se fue enseñoreando en las concepciones doctrinales y legislativas, ya merced a la prevención general, efecto intimidatorio sobre eventuales delincuentes, función pedagógica de la pena, ya por mor de la prevención especial, incidencia de la pena en el sujeto infractor para que no vuelva a delinquir advertencia al delincuente ocasional para orientar su comportamiento futuro. Las modernas orientaciones sociales superponen a tales finalidades otras en las que se potencia la consideración individual del sujeto, acercando el Derecho penal a la realidad humana: el delincuente no debe sujetarse a la justicia penal con fines de expiación o coacción psicológica con efectos meramente preventivos, sino que se alzapriman y reclaman un primer puesto atencional otros fines de resocialización del individuo, exigentes de una integración racional de la pena y de la medida de seguridad. De ahí que el art 25 de la Ce proclame que las “penas privativas de libertad y medidas de seguridad están reeducación y reinserción social” Todo cuanto contradiga y se enfrente con

semejante faro orientador, empañando o adulterando el fin último de la pena, comportará una tacha desde el punto de vista constitucional, tomando vulnerable el acuerdo judicial a la luz de los derechos fundamentales” STS 20 de octubre de 1994.

⁹⁰ BECCARIA, *De los delitos y sus penas*, op cit, pág 105, lo que disuade a los ciudadanos de violar la ley es la idea de inexorabilidad de la justicia, no se deben aplicar castigos inhumanos sino castigos con seguridad; FEIJOO, *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general*, Ed IBdF, Argentina, 2014, pág 49 la retribución justa como el restablecimiento del Derecho mediante la anulación del injusto, se determina el “si”, de la pena.

⁹¹ FEIJOO, *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general*, Ed IBdF, Argentina, 2014, pág 34, desde el punto de vista Hegeliano, ha de existir una equivalencia valorativa entre el delito y la pena...”la pena no ha de ser de la misma clase y cantidad del delito, sino suponer una respuesta suficiente al hecho delictivo”., pág 37 abandonando el tratamiento instrumentalizador del delincuente, el Estado ha de tratar al mismo como un ser racional, respetando su dignidad

⁹² FEIJOO, *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general*, Ed IBdF, Argentina, 2014, pág 33, “la pena no es una mera réplica fáctica o empírica...sino una réplica normativa. No se trata de un suceso externo o aparente, ya que si así fuera no consistiría más que en una secuencia irracional de dos males”.

marco que no puede ser superior o inferior a la pena adecuada a la culpabilidad, supone la entrada la a la prevención en el caso concreto a través de la individualización

Aclarada la afección de los fines de la pena a la determinación de la pena legal, no podemos obviar su proyección a la individualización judicial de la pena, no como un punto concreto de la misma, sino como guía que ha de orientar las distintas operaciones que componen el proceso.

CAPITULO IV. POLITICA CRIMINAL EN LOS MODELOS DE DETERMINACIÓN DE LA PENA

IV.1. ASPECTOS GENERALES. BREVE APROXIMACIÓN A LA POLITIMA CRIMINAL Y SU PROBLEMÁTICA

En aras del comienzo de este capítulo dedicado a la Política Criminal sería prudente recordar palabras de WUTENBERGER: ¹“No obstante, lo que necesitamos con urgencia no son solamente investigaciones particulares rigurosamente científicas y minuciosas sobre los principales problemas de una moderna Política-criminal, sino también serios esfuerzos en pro de una penetración sistemática en la extensa materia de la lucha estatal contra el delito. Antes de fijar programáticamente las grandes metas de la justicia criminal y buscar los caminos de su realización, es necesaria una esmerada visión de conjunto de los hechos y contextos que constituyen el objeto de una moderna Política-criminal. Es un viejo concepto rector de toda Política, y precisamente de la Política jurídica en el mas amplio sentido, que el ser y el devenir de la realidad vital sean esclarecidos a fondo antes de aproximarse al problema del deber ser jurídico en el sentido de la regulación normativa de un ordenamiento jurídico penal”.

Esta llamada de atención en orden a la necesidad de no dejar huérfano el significado pleno del Derecho, al optar por una concepción unilateral del mismo, se halla, hoy día, en plena vigencia. Se adiciona, además, la necesidad de una cooperación entre legislación y aplicación del Derecho en la realización de conceptos criminales² (con pleno respeto al ámbito competencial y funcional, que

¹ WUTENBERGER citado por ZIPF, *Introducción a la Política-criminal*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1979, pág 19 citando a HERZOG, “si la ciencia del Derecho deber ser algo más que la interpretación de normas jurídicas previamente dadas y su aplicación al caso concreto, y si la ciencia política debe ser algo más que la historia de la bibliografía política y comentario del acontecer diario, corresponderá a ambas prestar atención a estos problemas en una teoría de la Política legislativa”, considera que la ciencia política-criminal representa una parte de una teoría de la legislación. El jurista, en su proceso de formación y en su actividad profesional vive en la actualidad el Derecho demasiado unilateralmente, como Derecho establecido y vigente que debe aplicar, quedando tradicionalmente frustrada la corresponsabilidad de su ciencia en la realización del Derecho positivo. Permitiendo la vinculación de la legislación a la Constitución que agudice la mirada a una parte de la problemática legislativa, mas ha de añadirse la profundización científica de las líneas políticas criminales, en el que el legislador inserta el tratamiento de un problema de regulación concreto para poder planificar previamente todas las repercusiones de una decisión a tomar.

² En el mismo sentido, ZIPF, *Introducción a la Política-criminal...* op cit. pág 23, el autor manifiesta que “con el principio de la vinculación del juez a la ley se ve sólo uno de los caminos desde el legislador al Juez en el proceso de concretización jurídica. No obstante, la cooperación óptima con respecto a la responsabilidad común por el Derecho, necesita también una vía que conduce desde el que aplica el Derecho hasta el legislador; sólo entonces será cerrado el círculo del proceso dinámico de la realización del Derecho. La responsabilidad común de todos los partícipes en el

determinará, a su vez, la distribución de tareas).

La Política-criminal se contempla como una forma de concepción del Derecho Penal, complementaria a la visión que de este proporciona la Dogmática Penal o la Criminología; pero no cabe obviar la dicotomía en la que transcurre la disciplina: la política y lo criminal, convirtiéndose en una de las formas en las que se exterioriza la Política de un Estado. Lo que nos lleva a reconocer las diferencias en su manifestación entre los Estados totalitarios y los Estados democráticos. En los primeros, el delito es concebido como un acto subversivo o de desobediencia a las directrices incontestables del poder Estatal, en el que el individuo se concibe como un ser que se integra en el tejido social, conformando el delincuente en un estado de traidor que con su conducta refleja la máxima expresión de peligro de ruptura de las cosas o del orden interno.

Coherentemente con este hilo de pensamiento, la Política-criminal de un Estado totalitario se orienta a la prevención general como medio de intimidación de los subversivos, unido a la prevención especial, alcanzada, ésta última, a través del escarnio y la anulación de la voluntad del rebelde, en la que la resocialización queda reducida a la absoluta sumisión a los valores y normas que proceden del poder en un claro intento de erradicar el crimen³.

Por otro lado, los Estados democráticos conviven con la aceptación de que el delito no puede ser totalmente erradicado. DURKHEIM, entiende que una sociedad que desee desarrollarse y evolucionar, debe cuestionar sus normas y reglas fundamentales, pues sólo a través de la confrontación intelectual cabe alcanzar respuesta a las nuevas necesidades de la evolución. Y, desde el punto de partida anterior, el autor concibe el delito como uno de los vehículos adecuados para obtener la adaptación del ordenamiento a las vicisitudes del cambio, en tanto, reflejan la violación de la norma y su puesta en juicio⁴.

proceso de establecimiento y aplicación del Derecho, para la configuración del mismo es la misión de la Política-criminal en el futuro”.

³ BORJA JIMENEZ, E, *Curso de política criminal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág 58.

⁴ ROXIN, citado por DIEZ RIPOLLES, *Derecho penal y Política criminal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág 72, argumenta sobre la inevitable presencia del delito en las sociedades democráticas pues aún con las mejores condiciones económicas la presencia criminal es relevante, comprobando el autor su presencia constante, modificándose la presencia relevante del tipo en atención a la situación económica pues en épocas de bonanza económica se centran en delitos económicos de cuello blanco; en tanto en situaciones económicas adversas el punto de atención se fija en la criminalidad patrimonial tradicional, sin que todo ello permita obviar los conflictos sociales y los comportamientos indeseados que genera.

En este marco de inevitabilidad del hecho criminal, la pena se concibe como una “necesidad social”, formando parte integrante de la “función de ordenación del Derecho en el área vital social”. Convirtiéndose la justicia Criminal en indispensable para la convivencia de la comunidad, en tanto, incluso con los preceptos de conducta más elementales en la comunidad, no hay, cómo ya hemos visto, un total cumplimiento de la norma⁵.

En este sentido, cobra importancia la necesidad de conocer o determinar cuáles son las prohibiciones que se consideran indispensables para el mantenimiento de la comunidad⁶ o, replanteado en otros términos, se suscita la cuestión, no exenta de controversia, de ¿qué criminalizar?⁷

Se plantea, por ello y, como ha manifestado el Prof. BORJA JIMENEZ, *Curso de política criminal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág 60, la inevitabilidad del hecho criminal en las sociedades democráticas, como la contraprestación ineludible por el mantenimiento de unas mínimas condiciones de libertad y respeto por los derechos humanos, reconociéndose este nivel de violencia entendida no necesariamente de forma material como el costo ineludible estructural a la civilización humana. Este reconocimiento no se traduce como pasividad, sino que, por el contrario, la política-criminal del Estado democrático ha de ir encaminada a disminuir las cifras de criminalidad hasta límites tolerables, sin que ello implique un sacrificio de las libertades y garantías de los ciudadanos, conformando su respeto un mínimo infranqueable. Y, es este delicado equilibrio (mantenimiento de unos mínimos de seguridad ciudadana y el respeto por los derechos fundamentales) el que se ha visto comprometido cómo veremos más adelante. En el que se exterioriza, así mismo, la dicotomía Estado (poder) y Derecho, discurriendo en la fortaleza del camino represivo cuando nos hallamos ante estados más conservacionistas, o, por el contrario, tomar una dirección sobre la base de políticas sociales cuando el cariz del Estado es más progresista. Sin olvidar y otorgar la importancia que emana de los movimientos sociales relevantes.

⁵ De modo que el Derecho penal toma conciencia internamente de su naturaleza político-criminal sin renunciar al ideal de legalidad. En este sentido, VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, traducido por Jimenez de Asua, Ed. Reus, Barcelona, 1999, pág 45, partiendo de la primacía del principio de legalidad, entiende que el Derecho penal se convierte en la barrera infranqueable de la política-criminal, esto es, de los intereses sociales de persecución del crimen.

⁶ ZIPPF, *Introducción a la Política-criminal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979. El autor cita a varios autores NOLL, WÜTENBERGER, KAISER, pág 45.

⁷ En este punto sería conveniente hacer mención no a los criterios que determinan la criminalización de un determinado comportamiento indeseado para la sociedad en concreto u otro, sino la importancia de la Criminología que contribuye al diseño de estrategias de prevención, pero también conforman un instrumento para los Jueces y Tribunales a la hora de aplicar las leyes, y no solo a la hora de aplicar las penas alternativas, cómo puede ser el tipo de estafa, sino que se ha de adicionar los marcos penales que caracterizan el sistema penológico del Código penal, avocando todos ellos a proporcionar un margen de proporcionalidad al juzgador en los que resulta idóneo el conocimiento criminológico previo. En el mismo sentido LARRAURI, *Aportación de las ciencias sociales en la elaboración de las leyes*, recurso online, pág 3, hace hincapié en la importancia de los estudios criminológicos a la hora de diseñar estrategias a fin de ofrecer respuestas mejoradas a la víctima y al delincuente. Ahondando en este punto, autores como DIEZ RIPOLLES, *Política criminal y Derecho Penal. Estudios*, Ed. Tirant lo Blanch, 2013, pág 35, han abogado por la necesidad de elaborar una teoría de legislación penal encaminada a garantizar la presencia de determinados requisitos materiales en la elaboración de las leyes, tales como “información empírico social acerca de la realidad sobre la que va a operar y la configuración de las necesidades sociales que se pretenden satisfacer”. ELENA LARRAURI, *Aportación...* op cit, pág 3 y ss, a la hora de manifestar la relevancia de los estudios criminológicos se formula una serie de cuestiones: ¿qué criminalizar? Intrínsecamente enlazado al principio de intervención mínima al que nos referiremos posteriormente, si destacar en sintonía con la Prof LARRAURI. que la creación de una norma de Derecho Penal debería respetar los principios de intervención mínima y lesividad, tolerancia, ponderación de daños y ventajas, practicidad procesal, abstención de ingeniería social (DIEZ RIPOLLES, *Política Criminal...* op cit, pág 36) de forma que se ha de recurrir a

A la hora de atribuir un criterio legitimador al orden social⁸, las modernas teorías se han centrado en la idea del contrato social, configurada por una serie de principios y valores superiores que han de guiar y condicionar la actuación de los poderes públicos. Estas pautas valorativas, contenidas en la Constitución, dirigen y orientan la actuación pública al cumplimiento de determinados fines que trascienden ampliamente al mero mantenimiento del orden público o paz social⁹, convirtiéndose en referencia imprescindible de toda crítica a la vigente realidad social e intento de modificación social¹⁰. Reflejándose, con ello, la *Armonía* propia de las relaciones bidireccionales entre Derecho y Poder¹¹.

la promulgación de la norma como medio de resolución de problemas sociales cuando no sea posible por inexistencia de medios menos lesivos, habiendo inclinado la balanza de la ponderación a favor de los beneficios esperados de la criminalización frente a los costes que pueda suponer. Otra de las cuestiones que se plantea la Prof LARRAURI es ¿qué tipo de pena debe ser prevista? No se pueden arrinconar y olvidar los diferentes estudios empíricos que han puesto de manifiesto la ausencia de efectos disuasorios de la pena de los aumentos en la severidad de las mismas. ¿Cómo conseguir su aplicación? Se suscita esta cuestión ya al comienzo del capítulo, sin perjuicio de abordarlo en profundidad más adelante, por la necesidad de dar pinceladas que permitan esbozar las líneas generales del panorama en que se encuentra inmerso la Política-criminal; en el que la aplicación de las penas impuestas no es posible por la falta de medios o de previsibilidad de la Administración. Por último, la Prof LARRAURI, se cuestiona ¿cuáles son los efectos de su aplicación? Poniendo en duda la efectividad de un sistema penal con apariencia de deslegitimación cuando salta al escenario la percepción en la sociedad de tipos penales que no se aplican frente a la efectividad de otros.

⁸ MUÑOZ CONDE, “*Derecho Penal y control social*” en *Fundación Universidad de Jerez*, 1985, pág 45, Las personas no pueden vivir aisladas en sí mismas, pues para alcanzar sus fines y satisfacer sus necesidades, precisan de la comunicación con otras personas y de su auxilio. Pero esta convivencia no es de naturaleza idílica sino, por el contrario, conflictiva. Es el resultado de un proceso dialéctico en el que el individuo renuncia a sus impulsos egoístas a cambio de que la comunidad, con los demás, le posibilite un mejor desarrollo de su personalidad y los medios necesarios para su supervivencia. La convivencia precisa, por tanto, de una regulación que supone un proceso de comunicación o interacción entre los miembros de una comunidad que se consuma a través de una relación estructural que en sociología se denomina *expectativa*. Expectativa que no necesariamente adquiere plenitud de efectos y, que provoca la necesidad de canalizar la decepción, desilusión a fin de asegurar la convivencia, orientándose hacia el ámbito de la reacción o imposición de una sanción. Constituyendo las normas sociales que sancionan con miles de formas imaginables (segregación, aislamiento, pérdida del prestigio social) los ataques a la convivencia, el orden social.

Esta limitación de la libertad humana en sociedad, (MUÑOZ CONDE, habla de disciplinamiento del comportamiento humano en sociedad) se determina por el control social, condición básica de la vida social con el que se asegura el cumplimiento de las expectativas de conducta y de los intereses contenidos en las normas que conducen la convivencia, no abandonando su función de instrumento de socialización de los miembros de la sociedad. Esta necesidad esencial de la sociedad, el control social, en su dualidad de garantía de cumplimiento de la expectativa y de instrumento de socialización (amenaza de sanción y herramienta de socialización) genera la ausencia de alternativas al control social, o, en palabras de HASSEMAR: “no hay alternativas al control social”. MUÑOZ CONDE habla, sin poner el acento de absoluto, en el orden creado por el control social (como aboga E.A. ROSS,) al considerar inimaginable una sociedad sin control social.

⁹ DIÉZ RIPOLLES, *Política criminal y Derecho Penal, Estudios*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág 48. En este mismo sentido, GARCIA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ed Civitas, Madrid, 1995 pág 97 y ss considera que la unidad del ordenamiento pivota sobre “un orden de valores” y no sobre simples reglas de formales de producción de normas.

¹⁰ PECES BARBA, *Los valores superiores*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 11 y ss, los valores superiores... son los cuatro faros que guían, explican e interpretan la voluntad del legislador constituyente, como punto de partida de todo el resto del ordenamiento jurídico

¹¹ Concretamente, en el ámbito del Derecho penal, la Constitución se convierte en fuente de legitimación respecto: “1) de la nueva política de bienes jurídicos penalmente tutelables; 2) de las directrices político-criminales de la subsidiariedad, merecimiento de la pena, proporcionalidad y efectividad; 3) de la plena actuación del principio de culpabilidad; 4) de la potenciación de la individualización y orientación reeducativa del tratamiento punitivo”, de una nueva política de bienes jurídicos penalmente tutelables, de las directrices político-criminal de la subsidiariedad de la pena, de la plena actuación del principio de culpabilidad y de la potenciación de la individualización y orientación

Ahora bien, la plena eficacia del orden social no se alcanza por el simple acuerdo de sus contenidos, sino que precisa la profunda colaboración de distintas instituciones (ya sean de naturaleza primaria como la familia, escuela, la comunidad local o de naturaleza secundaria como la opinión pública, los tribunales), a fin de asegurar que los comportamientos de los ciudadanos sean socialmente correctos¹² mediante el irrenunciable control social, o socializando a los ciudadanos por medio de la interiorización en ellos de comportamientos adecuados, o bien, estableciendo las expectativas de conducta, tanto de los ciudadanos como de los órganos responsables de incidir sobre la conducta desviada. Para ello, se utilizan como elementos fundamentales: la norma, la sanción y el procedimiento de verificación de la infracción de la norma¹³.

Este control social, cuando se canaliza a través del Derecho penal tropieza con la virtualidad limitada de sus objetivos que impide que el Derecho penal se atribuya “tareas irreales como agente de transformación social”, forzándole a marcar ámbitos de protección, previsión de sanciones y regulación de procedimientos sustancialmente coincidentes al de otros subsistemas, así como a reducir su intervención frente a comportamientos que objeten o cuestionen los presupuestos inequívocamente imprescindibles para el sostenimiento del orden social¹⁴. Nos encontramos, a pesar de ello, con los rasgos propios del Derecho penal como subsistema de control social¹⁵.

reeducativa del tratamiento punitivo FIANDACA, G; MUSCO, E, “Perdita di legittimazione del Diritto penale”, *RIDPP*, 1994, pág 23 y ss.

¹² DIEZ RIPOLLES, *Política criminal...* op cit, pág 16.

¹³ DIEZ RIPOLLES, *Política criminal...* op cit, pág 17.

¹⁴ En el mismo sentido, HASSEMER MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, págs 116 y 117. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal y control social*, Fundación Universidad de Jerez, 1985, págs 36-41.

¹⁵ DIEZ RIPOLLES, *Política criminal...* op cit, pág 17. Respecto a este tema, la consideración de Derecho Penal como subsistema del control social, es conveniente pararnos y adentrarnos en la materia. Vivimos inmersos en la violencia, no es de extrañar que algunos autores como MUÑOZ CONDE *Derecho penal y control social*, Fundación de la Universidad de Jerez, (versión online) 1985 pág 40, hable de la violencia como uno de los ingredientes básicos de las instituciones que rigen hoy. Con independencia de nuestros deseos o buenos propósitos de paz o armonía no cabe cerrar los ojos a la realidad deformando ideológicamente los hechos, sino que la violencia se encuentra al alcance de nuestra mano, a la vista de todos y practicadas por todos, ahora bien, no toda violencia puede ser valorada y juzgada de la misma manera, al hallarse íntimamente vertebrada a las complejas relaciones humanas. Ya hemos hablado de la consustancialidad de los delitos a los Estados democráticos, considerados por algunos autores como pivote de evolución social al cuestionarse las normas. El Prof. MUÑOZ CONDE, considera que el problema de la violencia ha desbordado la naturaleza social y se extiende al ámbito semántico “porque sólo a partir de un determinado contexto social, económico o político puede ser valorada, explicada, condenada o defendida. Esto es, no cabe hablar un concepto de violencia estático al margen del contexto social en el que surge, “tampoco hay una fórmula mágica, un criterio objetivo, válido para todo el tiempo y lugar que nos permita valorar apriorísticamente la bondad o maldad de un determinado tipo de violencia”. Ante un hecho o conducta violenta desaparecen las valoraciones neutras, abundan la subjetivas y resulta un arduo trabajo las valoraciones de naturaleza objetiva que no dejan de ser, en el fondo, cuestiones de ética, de simetría, de coherencia. Habiendo partido del prisma de la violencia como consustancial a todo sistema de control

Este rasgo distintivo del Derecho penal como subsistema del control social, cuya función se centra en asegurar la convivencia social pacífica mediante la tutela de los derechos fundamentales¹⁶ nos hace ponerlo en inmediata comunicación con el modelo de Derecho penal¹⁷ inicialmente en auge con la aprobación del actual Código Penal de 1995¹⁸, el Derecho penal garantista, caracterizado, en una línea escéptica respecto a las posibilidades del Derecho penal como vehículo del control social. Esta naturaleza de Derecho penal autolimitado se asienta en las siguientes tres aristas¹⁹:

- Su humanización. La pena es un mal, preceptuando la necesidad de restablecer la seguridad jurídica frente a ella.
- La configuración de un Derecho penal mínimo, con el objetivo de paralizar, mediante la identificación del límite superior que no ha de ser superado, las tendencias ampliatorias de las teorías preventivo-generales de la contribución del Derecho penal al control social.
- Desconexión de las exigencias morales, de forma que su contenido está íntimamente unido a las necesidades sociales históricamente condicionadas de amparo del orden social.

social, no cabe duda que precisa de una respuesta. En este momento es cuando interviene el Derecho penal, cómo uno de los vehículos de los que se sirve el control social para reaccionar frente a la violencia inherente a la misma. Y, decimos “uno” porque existen otros medios, diferenciándose el Derecho penal por su línea argumentativa objetiva, o en palabras de MUÑOZ CONDE, por la “formalización del control, liberándolo dentro de lo posible, de la espontaneidad, de la sorpresa, del coyunturalismo, y del subjetivismo propio de otros sistemas de control social”, necesariamente desprovistos de valoraciones subjetivas si atendemos al plus que representa del Derecho Penal tanto en la intensidad y gravedad de las sanciones y en el grado que su formalización y ejecución exige, HASSEMER *Fundamentos de Derecho penal*, traducido por ARROYO ZAPATERO Y MUÑOZ CONDE, Ed. Bosch, Barcelona, 1984, pág 390. Ahora bien, no debe caer en el olvido que las normas penales, como subsistema de control social forman parte de un todo, poniéndose de manifiesto su fragilidad en cuanto precisan para el cumplimiento de su función de otros sistemas de motivación del comportamiento humano en sociedad, perdiendo la norma penal su eficacia motivadora de inhibir otros comportamientos si no va acompañado del sentir social, con la posibilidad de transformarse “en un instrumento de terror” al girar hacia un Derecho penal puramente represivo.

¹⁶ En esta línea de pensamiento algunos autos abogan por garantizar los derechos de los ciudadanos, erigiéndose en mecanismos de contención del derecho punitivo del Estado, en este sentido, FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, Edición de MIGUEL CARBONEL, Ed. Trotta, Madrid, 2013 [on line], sin paginación: “Para obviar estos defectos y para fundamentar una adecuada doctrina de la justificación y también de los límites del derecho penal, es entonces necesario recurrir a un segundo parámetro utilitario: más allá del máximo bienestar posible para los no desviados, hay que alcanzar también el mínimo malestar necesario de los desviados. Este segundo parámetro señala un segundo fin justificador, cual es: el de la prevención, más que de los delitos, de otro tipo de mal, antitético al delito que habitualmente es olvidado tanto por las doctrinas justificacionistas como por las abolicionistas. Se alude aquí a la mayor reacción (informal, salvaje, espontánea, arbitraria, punitiva pero no penal) que en ausencia de penas manifestaría la parte ofendida o ciertas fuerzas sociales e institucionales con ella solidarias. Creo que evitar este otro mal, del cual sería víctima el delincuente, representa el fin primario del derecho penal”.

¹⁷ SILVA SANCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Ed Bosch, Barcelona, 1992, pág 18-41.

¹⁸ Aunque a lo largo de la exposición veremos como este Derecho garantista está experimentando una licuación de sus márgenes.

¹⁹ DIEZ RIPOLLES, *Política criminal...* op cit, pág 19.

IV. 2. PRINCIPIOS INTEGRANTES

En este marco delimitado por el Derecho penal, como subsistema del control social, cobra gran importancia el análisis de los postulados y principios que lo integran, pues los estudios Criminológicos han puesto de manifiesto que el Derecho penal no protege por igual todos los bienes respecto de los cuales tienen igual interés todos los ciudadanos, ni la ley penal es igual para todos, ni el status de criminal se aplica a todos los sujetos, independientemente del daño social y de la gravedad de las infracciones²⁰. Esta paradoja o brecha entre Derecho penal presuntamente igualitario y una sociedad profundamente desigual es donde los principios se revisten de relevancia como vehículos para limitar y controlar el poder punitivo arbitrario y absoluto. En este orden, y siguiendo a DIEZ RIPOLLES, cabe su estructuración, desde un punto de vista del Derecho penal garantista, en: *principios de protección*, que se centran en las pautas que han de orientar la delimitación de los contenidos protegidos por el Derecho penal, *principios de responsabilidad*, que se orientan a determinar cuáles son los requisitos que han de confluir en un determinado comportamiento para que se le exija responsabilidad criminal por éste, y los *principios de la sanción*, que brindan los fundamentos en virtud de los cuales se puede reaccionar mediante sanción frente a una conducta responsable criminalmente²¹.

En relación al primer grupo y, como límites inherentes a la Política Criminal, DIEZ RIPOLLES, los aglutina en el **principio de lesividad** que gravita sobre la exigencia de que la conducta afecte a las necesidades del sistema social en su conjunto (global), superando el mero conflicto entre autor y víctima (individualidad). Es, por tanto, el éxito o primacía de lo abstracto o general sobre lo concreto o individual, y permite que la consecuencia sea accesible a la valoración de las ciencias empíricas, esto es, constatadas por la realidad social²². Y, en segundo lugar, el

²⁰ BARATTA, “Criminología crítica y política penal alternativa”, en *Reveu Internationale de Droit penal*, 1978, pág 15 y ss. En este mismo sentido MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, Fundación Universidad de Jerez, pág 42 manifiesta que el Derecho y Estado no son expresión de un consenso general de voluntades, sino reflejo de un modo de producción y forma de protección de intereses de clases, la dominante, en el grupo social a la que ese Derecho o Estado pertenece. Ello supone la negación del mito del Derecho penal como igualitario.

²¹ DIEZ RIPOLLES, *Política criminal...* op cit, pág 19. En este momento del trabajo nos limitaremos al estudio de los principios de lesividad e intervención mínima. Nos parece más conveniente llevar a cabo el estudio de los distintos principios a lo largo de esta tesis, en la medida que su importancia en relación con la materia a tratar lo haga destacar.

²² DIEZ RIPOLLES, *Política Criminal...* op cit pág 19. Este principio ha marcado el paso de la antijuricidad formal a la antijuricidad material. Este principio permite la distinción entre Derecho penal y la moral; ver DIEZ RIPOLLES, *El derecho penal ante el sexo*, Ed Bosch, Barcelona, 1981, pág 34-36, 77-83.

En relación a este principio se ha remarcado por la doctrina italiana el alto valor alcanzado, DOLCINI, E/

principio de intervención mínima, nacido a finales del siglo XVIII, como “reivindicación de un importante espacio de libertad en el ámbito personal, religioso, literario, económico; un espacio más amplio de los que los filósofos del pasado (aún los más ilustrados, como Spinola o Locke) consideraban razonables”²³. El derecho penal, como una pieza más del puzzle de la profunda transformación social y política experimentada en el siglo XVIII, se orienta a la soberanía popular, imperio de la ley, separación de poderes y defensa de la libertad, avanza, dejando al margen del camino, postulados como forma de coacción sobre las personas para la consecución de la obediencia al rey²⁴, reajustándose a la necesidad de disminuir su actuación en el ámbito social. En este sentido cobran plena vigencia las palabras de BECCARIA “es mejor prevenir los delitos que punirlos. Este es el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres al máximo de felicidad, o al mínimo de infelicidad posible, por hablar según todos los cálculos de los bienes y males de la vida. Prohibir una multitud de acciones indiferentes no es prevenir los delitos que de ellas puedan nacer, sino crear otros nuevos: es definir caprichosamente la virtud y el vicio, que nos han predicado como eternos e inmutables”²⁵.

En esta línea, SILVA SANCHEZ afirma que "el Derecho penal que debe cumplir el fin de reducción de la violencia social, ha de asumir también, en su configuración moderna, el fin de reducir la propia violencia punitiva del Estado. Esta reducción tiene lugar por dos maneras: sobre la base del principio utilitarista de la intervención mínima y sobre la base de los principios garantísticos individuales"²⁶.

MARANUCCI, G *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, Terza Edizione, Ed. Giuffrè, Milano, 2003, pág 7, “La Corte Constitucional ha atribuido al principio de lesividad rango constitucional, como vinculo, tanto para el juez como para el legislador. La Corte, de hecho, ha afirmado que el principio de lesividad opera sobre un doble plano, respectivamente de la previsión normativa bajo la forma de precepto dado al legislador que debe fijar en abstracto el contenido lesivo o, al menos de los bienes objetos de la protección penal (ofensividad en abstracto) y de la aplicación jurisprudencial, de la lesividad en concreto, como criterio interpretativo de aplicación unida al Juez, en la que se ha de fijar que el hecho realmente ha lesionado o ha puesto en peligro los bienes jurídicos tutelados”.

²³ VERGARA FRANCISCO, *Introducción a los fundamentos filosóficos del Liberalismo*, Ed Alianza, Madrid, 1999, pág 9. La exaltación del liberalismo encuentra su plena justificación en su reacción de contrapeso a las concentraciones de poder ilimitados en manos de los monarcas, con un rígido Derecho penal imperante que se manifestaba en los diferentes ámbitos de la vida social, como instrumento de coacción que facilitaba la obediencia del ciudadano al soberano. La influencia del liberalismo alcanza al Derecho Penal, donde BECCARÍA propugna un Derecho penal en esencia limitativo de la intervención punitiva del Estado, basado “en la valorización de la persona, con afirmación de la dignidad de la persona humana, donde ésta ya no es vista como una cosa, sino asegurando su libertad y dignidad” PABLO MILANESE, *El moderno Derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima*. Recurso online.

²⁴ BECCARIA, *De los delitos y sus penas*, traducido por De la Casa, Ed Alianza, Madrid, 2008, pág 15.

²⁵ BECCARIA, *De los delitos y sus penas*, traducido De la Casa, Ed. Alianza, Madrid, 2008, pág 16.

²⁶ SILVA SANCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, Ed IBde F, Argentina, 2011, pág 23.

En definitiva, la fuerte naturaleza agresiva que caracteriza al Derecho penal²⁷, impide concebirla como la respuesta natural y primaria al delito²⁸, debiendo responder a las exigencias del prisma de economía social que ha de regir en el Estado social, esto es, se ha de buscar el mayor bien social con el menor costo social o, en palabras de algunos de nuestros autores: “el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataque muy graves a los bienes jurídicos más importantes”²⁹ bajo el postulado de “máxima utilidad posible con el mínimo sufrimiento necesario”³⁰. Poniendo de manifiesto en el Derecho penal un cierto límite de legitimidad³¹, causado por la recíproca interacción entre la gravedad de las sanciones susceptibles de imposición a los ciudadanos a través del control social y la limitada eficacia social atribuida al propio Derecho penal³².

El principio de intervención mínima descansa en la consideración de ser “un recurso excepcionalísimo frente al conflicto social”³³ cuya intervención se desencadena por el fracaso de

²⁷ La intervención penal no es positiva en el infractor. Lejos de socializarse se estigmatiza, mancha en vez de limpiar. Crea la pena, en la persona del delincuente, una desviación sugiriéndole un comportamiento futuro de acuerdo a su nuevo status. En este sentido, PABLOS GARCIA, *Tratado de Criminología*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág 31 Sobre el principio de intervención, "a menudo no es la comisión de un delito el obstáculo real para la reinserción del infractor, sino el hecho de haber padecido una pena".

FERRAJOLI, LUIGI, *Democracia...* op cit, pág 50 comenta que: "Al coste de la justicia, que depende de las opciones penales del legislador -las prohibiciones de los comportamientos que ha considerado delictivos, las penas y los procesos contra sus transgresores-, se añade por tanto un altísimo coste de las injusticias, que depende del funcionamiento concreto de cualquier sistema penal".

²⁸ En este sentido, como ha señalado, MAPELLI CAFFARENA, B, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Thomson Reuters, 2015, el carácter subsidiario del Derecho penal, derivado de la esencia misma de la proporcionalidad, manifestada en la idoneidad, suscita la cuestión político-Criminal de la determinación de las conductas que merecen una pena y en cuales basta con la aplicación de una sanción administrativa, de modo que las fluctuaciones de criminalización y descriminalización responden a esas exigencias.

²⁹ MUÑOZ CONDE, GARCIA ARAN, *Derecho penal, Parte General*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 72.

³⁰ MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, Ed Reppertor, Barcelona, 2015, pág 89.

³¹ O, en palabras de CORDOBA RODA “la ciencia penal como expresión cultural proclama desde decenios el principio conforme el cual sólo debe recurrirse al Derecho penal en los casos en los que el mismo sea absolutamente necesario para la protección de bienes jurídicos frente a los ataques más intensos de los que pueden ser objeto. Ello comporta, además la exigencia de que las normas penales se encuadren dentro del ordenamiento jurídico conforme a un sistema debidamente coordinado en el que las sanciones penales representan el último e inevitable recurso a que acude el Estado”.

³² DIEZ RIPOLLES, *Política Criminal...* op cit, pág 20.

³³ BUSTOS RAMÍREZ, HORMAZABAL/MALARREE *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen I, Ed. Trotta, Madrid, 1997, pág 67. En este sentido, para aclarar el contenido o alcance de ultima ratio es necesario ubicarlo en el Estado Social y Democrático de Derecho, pues es uno de los presupuestos para la fundamentación del Derecho penal, permitiendo fijar su intervención, otorgando legitimidad, en algunos casos, a su ejercicio en la medida que renuncia a su intervención a la hora de imponer la pena o, bien, una disminución de la misma LUZON PEÑA, *Curso de Derecho penal*, Ed Universitas, Madrid, 1986, pág. 83; MIR PUIG, S. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*. 2º Ed. Bosch, Barcelona, 1982, págs 25 y ss. “En la selección de los medios estatales de poder, el derecho penal debería ser una verdadera *ultima ratio*, encontrarse en último lugar y adquirir actualidad sólo cuando ello fuere indispensable para la conservación de la paz social. De ello se sigue que la naturaleza secundaria del derecho penal es una *exigencia político-jurídica dirigida al legislador*. La norma penal constituye en cierto modo la *ultima ratio* en el instrumental del legislador. Según el principio de proporcionalidad, que rige todo el derecho público, incluido el derecho constitucional, aquél debe hacer un uso prudente y mesurado de este medio” MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte General. T*, Traducido por Boffil/Aimo-Ne, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994, pág. 34-35. No obstante, no deja de existir corrientes jurisprudenciales que abogan por la aplicación de este principio más allá de

otros medios o subsistemas de control social³⁴, configurando la transposición de la barrera de lo estrictamente necesario de una lesión a los principios democráticos³⁵. Unida a su naturaleza selectiva, no cualquier bien jurídico es merecedor de protección penal, sólo aquellos intereses sociales que se consideran merecedores de la protección penal en atención a su importancia o valor para el orden social, ni frente a cualquier ataque, sino que se precisa un plus en la agresión o lesión del bien jurídico. La existencia del desvalor de acción y desvalor del resultado, en tanto, “sólo una configuración doble del injusto (objetiva y subjetiva) que reconozca la importancia tanto al desvalor de acción como al resultado, puede dar una completa visión de los aspectos más relevantes del ilícito penal”³⁶. En el que el principio de proporcionalidad cobra un papel protagonista³⁷. El valor orientador que planea en el marco penal³⁸, expresa una lógica, coste-beneficios, haciendo hincapié en el requisito que los beneficios que pueden esperarse para la sociedad de la comminación penal son idealmente superiores frente a la confrontación con los costos derivados de la previsión penal, tanto en coste social como individual, en términos de sacrificio para los bienes referentes a la libertad personal, patrimonio u honor³⁹. Este concepto, es un punto de referencia a la hora de

ser una guía de nuestro legislador.

³⁴ Su naturaleza subsidiaria ha sido recogida en numerosas ocasiones por la Jurisprudencia de nuestro país. Sentencia del TS, 670/2006, de 21 de junio, la vigencia del principio de intervención mínima supone “*que la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico*”. Convirtiéndose en una llamada de atención al poder legislativo al declarar “*convertir en dogma que la apelación al derecho penal como instrumento para resolver conflictos, es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar, en todo momento, inspirado en el principio de intervención mínima de los instrumentos punitivos*”. Naturaleza subsidiaria que despliega sus efectos no solo a la hora de fijar y describir los tipos penales o como guía al legislador, sino que se extiende como herramienta interpretativa del Derecho Penal. En este sentido, la Sala II del TS, en Sentencia 569/2006, de 19 de mayo, ha manifestado que “*ha de tenerse en cuenta asimismo que las exigencias de taxatividad de los tipos penales imponen una interpretación de los elementos del tipo objetivo que no amplíe desmesuradamente el campo de la infracción, incluyendo en ella conductas inocuas o irrelevantes en realización con el fin de protección pretendido por la norma. Por ello, es preciso entender el tipo de forma de sanción penal que queda reservada para los ataques al bien jurídico protegido que sean realmente graves o que, al menos, revistan una cierta entidad, excluyendo aquellos otros casos que, aun cuando formalmente pudieran quedar comprendidos en la descripción legal según su sentido literal, vengan integrados por acciones irrelevantes desde el punto de vista de la integridad del bien jurídico*”.

³⁵ BUSTOS RAMÍREZ, J/HORMAZABAL/ MALARRÉE, H, *Lecciones de Derecho penal*, I, Ed Trotta, Madrid, 1997, pág 65-66.

³⁶ ACALE SANCHEZ, *El tipo de injusto de los delitos de mera actividad*, Ed Comares, Granada, 2000, pág 159.

³⁷ En este mismo sentido, como señalan MAURACH/ZIPF *Derecho penal. Parte General*. T ed. Traducido por Boffil, J/Aimo-Ne, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994, pág 34-35 “*lure est civiliter utendum*”, en la selección de los medios estatales de poder, el derecho penal debería ser una verdadera ultima ratio, encontrarse en último lugar y adquirir actualidad sólo cuando ello fuere indispensable para la conservación de la paz social. De ello se sigue que la naturaleza secundaria del derecho penal es una exigencia político-jurídica dirigida al legislador. La norma penal constituye en cierto modo la ultima ratio en el instrumental del legislador. Según el principio de proporcionalidad, que rige todo el derecho público, incluido el derecho constitucional, aquél debe hacer un uso prudente y medido de este medio”.

³⁸ En similares términos, MAPELLI CAFFARENA, B, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed Thosom Reuters, 2015, “la proporcionalidad debe entenderse... más como un criterio rector con incidencia en el conjunto del sistema penal”.

³⁹ MARINUCCI, G/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale, Terza Edizione*, Ed. Giuffrè, Milano, 2003, pág 10 la exigencia que “*expone una lógica “coste-beneficio”, con una mayor incidencia en las exigencias que en las ventajas, para una sociedad en la que se espera una penalización sobre el dolor (prevención de hechos socialmente dañosos) en la que se encuentran idealmente equilibrados con el costo inherente a la previsión de aquella pena: costo*

equilibrar la grave intromisión en los derechos fundamentales que representa las penas y las medidas de seguridad⁴⁰ y, un límite, a la hora de la actividad punitiva, en tanto, “la palese desproporción del sacrificio de la libertad personal... produce ... una frustración de los fines reeducativos de la pena”⁴¹.

Sin olvidar que, el principio de *ultima ratio*, intervención mínima tiene una base de naturaleza política, pues, en definitiva, la decisión de intervenir constituye una determinación del legislador. De tal manera, que éste sirve de orientación para las medidas que dentro del sistema jurídico penal se adopte. En este sentido, cobran relevancia las palabras de DOLCINI⁴² "... el

social (también económico) e individual, en términos de sacrificios para los bienes de libertad personal, patrimonial, honor”.

Principio de proporcionalidad que, a su vez, hace aparecer en escena la necesidad de la pena, o, en palabras de DOLCINI, *Manuale de Diritto Penale*...op cit, pág 10: se convierta en el recurso de *ultima ratio*, de modo que “deben, por tanto, permanecer extraño a la esfera penalmente relevante, no solo las “bagatelas” sino, eventualmente, también aquellos hechos de notable gravedad, que aunque puedan ser merecedores de pena, quepa la disuasión mediante intervenciones de Política sociales o mediante la previsión de sanciones menos invasivas que la sanción penal”.

⁴⁰ En términos similares, MIR PUIG, S, “Límites del normativismo en el Derecho penal” *Dogmática y Criminología, dos visiones complementarias del fenómeno delictivo, Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Ed Legis, 2005. Recurso online, sin paginación. Considera el autor que a través de esta vía se asienta la legitimación de la función de prevención del derecho penal, en la medida que engloba un doble significado de protección de los intereses fundamentales de los seres humanos e, incluyendo, a su vez, “el único aspecto admisible de la idea de retribución: la necesidad de que exista proporcionalidad entre la pena y el delito”, protegiendo, con ello, tanto a los ciudadanos de los delitos, como a los delincuentes (también ciudadanos) de “una afectación excesiva de sus derechos por parte del Estado”. Al ubicar los intereses de los ciudadanos en el epicentro del Derecho penal, como función de prevención de ataques a bienes jurídicos-penales como medio de protección proporcionada al sacrificio de los derechos fundamentales del reo, se enfatiza la subordinación del poder punitivo del Estado al servicio de las personas.

Resultando conveniente, al hilo del pensamiento anterior, recuperar pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en los que la proporcionalidad se configura como un instrumento jurídico eficaz, tanto en los poderes discrecionales del Estado, en las medidas restrictivas o impeditivas de derechos fundamentales, como en un elemento en la ponderación de bienes y derechos constitucionalmente protegidos.

En las que el TC ha de valorar si el sacrificio de los derechos fundamentales es susceptible de alcanzar una justificación objetiva y razonable, según la formulación contenida en las sentencias SSTC 66/1995 y 55/1996. Baremo que se refleja en los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en *strictu sensu*.

⁴¹ Corte Costituzionale 28 luglio 1993, n 34, in *Giu. Cost.*, 1993, p 2268. El papel determinante del principio de proporcionalidad determina a algunos autores a posicionar la prevención general como legitimador de la actuación punitiva que el legislador lleva a cabo a la hora de proteger los bienes más esenciales de la comunidad. “En este sentido, el recurso a la pena por parte del legislador se legitima en nuestro ordenamiento mediante la prevención general, dentro de los límites impuestos por el principio de reeducación del condenado, de la tutela proporcional y subsidiaria de los bienes jurídicos contra las ofensas culpables” Las consecuencias del posicionamiento de la prevención general como legitimador de la actuación punitiva se traduce en la necesidad del “respeto al principio de tipicidad... porque la amenaza legislativa de la pena opera como instrumento de prevención general, ya, en primer lugar, de intimidación a los potenciales autores del delito en tanto la norma pena pueda orientar el comportamiento de sus destinatarios, para ello es necesario que sea formulada de modo preciso, al fin de permitir al ciudadano conocer las consecuencias que su comportamiento reportará”.

⁴² MARINUCCI, G/DOLCINI, E. *Manuale di Diritto pénale. Parte Générale. Terza Edizione*. Ed. Giuffrè, Milano, 2003, pág 9 fija como criterios guías para la selección de hechos relevantes: el principio de ofensividad...solo el comportamiento que implica un daño social...un comportamiento que daña o ponga en peligro las condiciones de existencia y desarrollo de la sociedad.

Se ha de tener presente, la SAP de Sevilla, nº 176/2012, de 22 de marzo, considerando la inexistencia del delito por aplicación del principio de intervención mínima. Para ello, con base en jurisprudencia del Tribunal Supremo, recuerda que “el principio de intervención mínima pese a configurar prioritariamente un mandato dirigido al Legislador,

recurso de la pena, por parte del legislador, se legitima en nuestro ordenamiento por la finalidad de prevención general y, dentro de los límites impuestos por el principio de la reeducación del condenado, la tutela proporcional y subsidiaria de bienes jurídicos respecto de ofensas causadas culpablemente".

No obstante, el principio de intervención mínima no se halla exento de valoraciones críticas, de un lado, por la potenciación que están experimentando los efectos simbólicos del derecho penal, y de otro lado, "la perplejidad que suscita la creencia de que cuando los demás subsistemas de control social no funcionan, o lo hacen insuficientemente, es, precisamente, cuando funciona el subsistema penal de control"⁴³.

Los anteriores principios, lesividad e intervención mínima, se conciben como instrumentos para baremar una intervención penal ajustada a los límites inherentes a la Política criminal⁴⁴, sin que ello suponga una identificación absoluta con las funciones de la Política social⁴⁵.

Sólo la Política social se haya legitimada para efectuar la transformación social que acerque la estructura y realidad social a los fines superiores (eventualmente constitucionalizados) que inspiran el consenso social, limitándose la Política criminal a llevar a cabo el control de la

subyace en el ordenamiento punitivo y constituye uno de los principios inspiradores, lleva a la protección únicamente de los bienes jurídicos más importantes para el orden social y frente a los ataques que deban tenerse como de mayor envergadura y trascendencia, de manera que las conductas que afrontan dichos bienes pericialmente protegidos deben ser suficientemente relevantes, que el Derecho penal solo despliega sus efectos cuando la protección de los aludidos bienes jurídicos sea imposible o inadecuada a través de otros medios menos lesivos" y con base en la Jurisprudencia del TC, recuerda asimismo, "la necesidad de atender en la interpretación de las figuras delictivas a los principios generales limitadores del ius punendi, que excluyen la existencia de los ilícitos penales meramente formales que penalicen el incumplimiento de un mandato administrativo; es necesario atender en todo caso al bien jurídico frente a conductas que revelen una especial potencialidad lesiva para el mismo. En virtud del carácter de última ratio, que constitucionalmente ha de atribuirse a la sanción penal, solo han de entenderse incluidas en el tipo las conductas más graves e intolerables, pues de lo contrario el recurso a la sanción penal resultaría innecesario y desproporcionado". Cómo es fácil de comprobar, estas afirmaciones se alejan de la línea jurisprudencial expresada en la Sentencia de la AP de Pontevedra, 313/12, de 30 de julio, que recuerdan que "no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos penales, cuáles deben ser los límites de la intervención del Derecho penal".

Ahora bien, reducir la intervención del derecho penal, como última ratio al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aún pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal. STS 10/10/9.

⁴³ DIEZ RIPOLLES, *Política criminal...* op cit, pág 20.

⁴⁴ VON LISZT, *Tratado de Derecho penal...* op cit, pág 45, "El Derecho penal es el límite de la Política criminal".

⁴⁵ ZIPF *Introducción a la política criminal*, Ed Edersa, Madrid, 1979 pág 158-168 Efectúa un profundo estudio de la relación política social/ política criminal.

desviación de los fines superiores⁴⁶.

DIEZ RIPOLLES, alude a un tercer principio, **el principio de neutralización de las víctimas**, como elemento fundamental de un Derecho Penal garantista, en el que se concibe el delito como agresión a la sociedad, superándose por medio de la acción pública la ley del Talión, al deslegitimizar la venganza privada, evitando de este modo, la socialización de los intereses de la víctima mediante legislación simbólica, tranquilizadora de las víctimas, pero poco efectivas⁴⁷.

IV.3. BIENES JURÍDICOS

IV.3.1 APROXIMACIÓN A LOS BIENES JURIDICOS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE POLITICA CRIMINAL

Resulta necesario resaltar la naturaleza interrelacionada existente entre el Derecho penal y los bienes jurídicos⁴⁸ o, mínimo irrenunciable dentro del consenso social. Como se expuso en

⁴⁶ DIEZ RIPOLLES, *Política criminal...* op cit, pág 21, considera que la utilización del Derecho Penal para modificar comportamiento socialmente integrados, pero apreciados por los poderes públicos como socialmente poco deseados dan lugar a soluciones autoritarias.

⁴⁷ DIEZ RIPOLLES, *Política criminal...* op cit, pág 21, pone de manifiesto este autor la profunda interrelación entre la sociedad y los principios o pautas valorativas que rigen en un determinado momento, hasta el punto de diseccionar el fenómeno sociológico en las siguientes fases: Una primera fase donde se aprecia un desajuste entre un segmento de la realidad socioeconómico y la situación jurídica, en la apariencia o realidad de pulsar un determinado cambio social. Una segunda fase caracterizada por cierto malestar ante la falta de adecuación. En la tercera fase el llamado cuarto poder, los medios de comunicación, entran en el “campo de juego”, consolidando las actitudes precedentes de la población, esto es, sustantivando y delimitando lo que hasta ahora no era más que un objeto de una vaga preocupación social. En una cuarta fase se asienta el protagonismo de los grupos sociales dentro de los cuales se van formulando propuestas revestidas de legitimación científico-social. Una última quinta fase de intervención parlamentaria, donde reclama una teoría de la legislación.

⁴⁸ Nos resulta conveniente efectuar un breve análisis de la evolución experimentado en el concepto y contenido de bienes jurídicos. Su origen se remonta al siglo XIX, donde BIRBAUM, parte de la visión de FEUBERBACH, quien fija la atención del centro del delito en derechos externos, y asciende un escalón al superar las limitaciones de la teoría de los derechos subjetivos (que en cada caso la ley protege concretamente), entendiendo que es objeto de protección los intereses o bienes tutelados por el Derecho, de forma que el bien jurídico se enmarcaba en la norma, dando sentido a esta, no concibiéndose, por ende, como una facultad del sujeto de exigir que ese interés sea respetado. El problema que aparece en esta concepción, al deslindar bien jurídico de derecho subjetivo, es el mayor alcance del Derecho penal, contrario a la idea de minimizar la intervención punitiva, pues se afirma que el bien jurídico surge para abarcar situaciones que no eran comprendidas por el derecho subjetivo, o desde la perspectiva formal de KARL BINDING, “el objeto jurídico del delito es una desobediencia al derecho subjetivo que el Estado tiene para exigir acatamiento a sus

capítulos anteriores, WEZEL defendía que "la misión del Derecho Penal es proteger los valores elementales de la vida en la comunidad y que lo hace protegiendo los bienes vitales de la comunidad". Pero, a la vez, los bienes jurídicos moldean la actuación del Derecho penal, limitando su intervención a la puesta en peligro o lesión de determinados bienes jurídicos ajenos. Formando, la prevención y la garantía, dos caras de la misma moneda; de modo que, se optimiza la intervención del Derecho penal al alcanzar la garantía de que el Estado no se inmiscuirá coercitivamente en la vida de los ciudadanos, mediante el trazado de la línea o frontera de intervención del *ius puniendi*. Convirtiendo, de un lado, al Derecho penal en una respuesta secundaria, subordinado a la ineficacia de otros medios menos lesivos o restrictivos, cómo exigencia de política-criminal. Mas, a su vez y, de otro lado, previene la lesión o puesta en peligro de los valores fundamentales de la sociedad. Se convierten, pues, los bienes jurídicos, en actores con funciones de Política-criminal, como "criterios de individualización y delimitación de la materia destinada a convertirse en objetos de la tutela penal"⁴⁹, conformando, con ello, las bases del puente entre los estratos jurídicos y sociales.

De forma que, la pena va unido a la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos. Pero,

disposiciones", el bien jurídico queda establecido dentro de la norma jurídica, de forma que a cada norma le corresponde un bien jurídico, sin que fuera posible fijar sus bases fuera del Derecho y del Estado, en definitiva, el bien jurídico era creado por el Derecho, correspondiendo al legislador la elección de los objetos merecedores de protección.

Autores citados por, VON LISTZ, *Tratado de Derecho penal*, traducido por JIMENEZ DE ASUA, Ed Reus, Madrid, 1999, centraron su atención en la idea de intereses de protección e intereses vitales al manifestar: "llamamos bienes jurídicos a los intereses protegidos por el Derecho. Bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, la vida lo crea; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico". De estas consideraciones, del interés vital, se extrae la idea de preexistencia al ordenamiento jurídico, el cual no los crea, sino que se limita a reconocerlos. MARIANO KIERSZENBAUM, *El bien jurídico en el Derecho Penal. Algunas nociones básicas*, 2009 documento online, sin paginación. Enlaza la idea de bienes jurídicos a sociedad determinada, entendiendo que el interés vital es fundamental en un determinado grupo social y en un determinado contexto histórico, lo que permite excluir la consideración de bienes universales y eternos en la medida que los intereses vitales de hace 100 años no ha de coincidir necesariamente con los intereses vitales de la actualidad. Este mismo autor descarta la posibilidad que el Derecho penal cree los bienes jurídicos.

Por otro lado, la relación ya innegable, ha sido confirmada, desde nuestro punto de vista, desde la positivación de los valores superiores, respecto a los que PECES BARBA, G, *Los valores superiores*, Ed Tecnos, Madrid, 1984, pág 36 y 39, consideró que los valores superiores tienen un "contenido conceptual que no se agota en la perspectiva normativa... hundiendo sus raíces en el campo de la moralidad... Es la llamada moral interna del Derecho, como criterio de interpretación para los operadores jurídicos". Al otorgarles el papel de guía orientativa, se eleva a la categoría esencial de cualidades esenciales (bienes jurídicos) para la existencia legítima del Derecho penal. Incluso podemos identificar las palabras de PECES BARBA, *Los valores superiores...* op cit, pág 44 (precisar que el autor argumenta sobre el sentido de los valores superiores del ordenamiento jurídico) "son el contenido y la razón de fondo, la expresión de la legitimidad del sistema penal y de la justicia del ordenamiento, en tanto en cuanto son cauce para la afirmación de la dignidad humana, y en ese sentido, de ellos se extraen las razones éticas para la obediencia del Derecho", como argumento de la esencialidad de los bienes jurídicos en su interrelación con el derecho penal, como fuente de armonía, legitimidad y justicia.

⁴⁹ DOLCINI, *Diritto penale...* op cit, pág "di principale criterio di individuazione e delimitazione delle materie destinate a divenire oggetto della tutela penale".

el reconocimiento de un bien jurídico no determina la existencia de un vínculo con una pena. En este sentido, BACIGALUPO, ha manifestado que “El Derecho penal moderno, a partir de BINDING, se ha desarrollado desde la idea de protección de los bienes jurídicos. De acuerdo con ella, el legislador amenaza con pena las acciones que vulneran (o ponen en peligro) determinados intereses de una sociedad determinada. La vida, la libertad, la propiedad..., son intereses o finalidades de la sociedad que el legislador quiere proteger amenazando a quienes los ataquen con la aplicación de una pena; de esta forma tales intereses se convierten, a través de su reconocimiento en el orden jurídico positivo, en bienes jurídicos. De la idea de protección de bienes jurídicos se deducen en la teoría, límites para el *ius puniendi*, es decir, para el derecho de dictar leyes penales”⁵⁰. De esta finalidad preventiva derivan límites, cómo ya hemos comentado, nítidos al *ius puniendi* manifestados en los principios de necesidad y proporcionalidad, que rechazan la pena no idónea para la tutela de un bien jurídico o lesiva de otros valores más relevantes, como son: el principio de igualdad que impone respuestas penales personalizadas a supuestos distintos (imputabilidad/inimputabilidad, evitabilidad del error) y, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, inhabilitando construcciones dogmáticas como la de la culpabilidad por la conducción de vida, en la medida que se responde por lo que se hace, no por lo que se es. En estricta sintonía con el concepto y naturaleza de los bienes jurídicos y como instrumentos de concreción de los contenidos penalmente protegibles o presupuestos esenciales para la convivencia social, estos límites han contribuido, en un origen, como elemento fundamental de la Política-criminal, a descriminalizar determinadas conductas o establecer limitaciones sobre ciertos tipos penales por parte del legislador penal que hubieran tenido su base en consideraciones cualitativas? acerca del bien jurídico protegido. Sin perjuicio, de la proyección actual de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos en la determinación de la pena, en consonancia con el efecto expansivo imperante en la presente conciencia penal.

Bienes jurídicos cuyo reconocimiento recalca en el ordenamiento jurídico ante el surgimiento de la antijuricidad material, y que conforma un delicado e intricado encaje de bolillos entre el sustrato material o realidad social y el abstracto, al desvincularlo de sus concretas manifestaciones. Para DIEZ RIPOLLES, el bien jurídico conlleva un componente ideal al configurarse como juicio de valor positivo sobre una situación o realidad social, pero a continuación estas situaciones o realidades sociales son objeto de un proceso de abstracción o generalización que lo desvincula de

⁵⁰ BACIGALUPO, “¿Es gobernable el poder judicial?” *Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno criminológico. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Ed Legis, Bogotá, 2005, pág 82.

sus concretas manifestaciones para detenerse finalmente en la producción del daño que se efectúa sobre las concretas manifestaciones del sustrato material⁵¹. Lo que nos determina a reconocer la relatividad social y política-jurídica del fenómeno “bien jurídico” y que nos lleva a la encrucijada de tener que optar entre vaguedad y selectividad⁵².

¿Pero cuáles son estas realidades sociales que se elevan a la categoría de abstracto? Teniendo presente, como ha señalado el Prof MUSCO, que se trata “del problema de la concretización de las directivas generales a decisiones de Política criminal más detallada. En realidad, el proceso de concretización de tales directivas no obedece a la lógica férrea de la deducción automática, sino que deja amplios márgenes a la discrecionalidad: lo que implica que la selección decisiva respecto al contenido y límites de la tutela penal permanece, en definitiva, a la discrecionalidad política”⁵³.

Íntimamente ligados, por tanto, a los principios de proporcionalidad, subsidiaridad, fragmentación y tipicidad.

Bajo el prisma del pensamiento anteriormente asentando, adicionado la íntima vinculación existente entre bienes jurídicos y tutela jurídico-penal al conformar una herramienta o mecanismo de precisión de los elementos esenciales para la vida en común, se nos avoca a reconocer el papel protagonista de la Constitución⁵⁴ como punto de origen del mecanismo de concreción, ya sea porque el propio texto Constitucional imponga expresamente los presupuestos esenciales o bien, se deduzca

⁵¹ DIEZ RIPOLLÉS, *Política criminal...* op cit, pág 29.

⁵² ROLAND HEFENDAHL “¿Debe ocuparse el Derecho penal de los bienes jurídicos?” *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2002, núm 4. O bien utilizamos una definición tan vaga que no enuncia claramente sus atributos y funciona como cláusula general, o bien usamos un concepto que incluye únicamente a una parte de los bienes jurídicos protegidos y consentidos por nuestros Códigos penales”.

⁵³ FIANDACA, G; MUSCO, E “Perdita di legittimazione del diritto penale?” *RIDPP*, 1994, Los autores hacen referencia al problema de la concretización de las directivas generales de decisión en materia de Política criminal, señalando que: “en realidad el proceso de concretización de tales directivas (aunque atienden a criterios de elaboración en el plano terrenal) no obedecen a la lógica férrea de la deducción automática, dejando un amplio espacio a la discrecionalidad valorativa: que implica que la elección decisiva respecto al contenido y límites penales de tutela, permanecen, en definitiva, en el campo de la discrecionalidad política”.

⁵⁴ Constituye una manifestación del papel de fundamento y referencia básica de la Constitución en la ley penal; al asegurar la unidad del ordenamiento sobre la base de un “orden de valores” y no sobre simples reglas de formales de producción de normas GARCIA DE ENTERRIA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, ED Civitas, Madrid, 1995, pág 23. Valores que vinculan al texto punitivo, debiendo reflejar el conjunto de postulados político-criminales que integran el marco normativo, en cuyo seno el legislador debe tomar decisiones y el Juez extraer sus criterios interpretativos y aplicativos; ARROYO ZAPATERO, “Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1987, núm 1, pág. 103.

de las características del modelo constitucional. Considerado, por tanto, como texto o catálogo cerrado de lo penalmente tutelable o como referencia abierta y dinámica a completar por el legislador ordinario en cada contexto, permitiendo con ello, la flexibilidad necesaria en función a la evolución de las necesidades de protección penal que la comunidad requiera⁵⁵.

A su vez, la interacción de los sustratos material y abstracto ha favorecido la aparición de los bienes jurídicos colectivos⁵⁶ en los que la intervención punitiva, para evitar su afectación, se efectúa a través de estructuras típicas de peligro. Conformando el resultado de la naturaleza flexible y dinámica del Derecho Penal sin que quepa propugnar su ajenidad a las transformaciones sociales, políticos o culturales inherentes a cualquier sociedad. Una sociedad que ha de hacer frente a un marco económico cada vez más complejo y un ágil desarrollo tecnológico sin precedentes en la historia, que ha marcado la aparición de riesgos cuyos sus efectos no son delimitables en el espacio-tiempo. En los que la extensión de los riesgos se da en un doble frente: individual y mundial. Desde la perspectiva individual, el sujeto vive inmerso en situaciones de riesgo para la salud y su vida ocasionadas por las decisiones de terceros; desde la perspectiva mundial, se halla inmerso en el riesgo de globalización y desaparición de las fronteras y los estados frente al enorme potencial destructor del riesgo⁵⁷. Es la denominada *sociedad de riesgo*. En la que correlativamente, hallamos un “Derecho penal de riesgo el cual puede, de otra parte, ser considerado un reflejo de la difusa inseguridad, de la correlativa ansiedad de la necesidad de seguridad, típica de la sociedad contemporánea”⁵⁸.

⁵⁵ En este mismo sentido, ROXIN considera también todo concepto de bien jurídico debe partir de los principios fundamentales basados en la Constitución a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado (.). Por ello, conceptúa a los bienes jurídicos como aquellas “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”.

⁵⁶ FIANDACA G, MUSCO, E “*Perdita la legittimazione del diritto penale?*” *RIDPP*, 1994. Los autores hablan de la existencia de un proceso de “volatilizzazione” o “spiritualizzazione” del bene giuri

⁵⁷ DE LA CUESTA AGUADO, “Sociedad tecnológica y Derecho Penal del riesgo”, *Revista de Derecho y Procesal penal*, nº 4, 2000 pág 162, 163, “...el único instrumentario que tiene la posibilidad de poner en relación valorándolas las ventajas y desventajas de correr riesgos, así como de conducirlos a cauces reguladores en el Derecho. De ahí que se invoque al Derecho penal cuando hay que asegurar mediante sanciones la observancia de los valores límites para los riesgos socialmente tolerados”.

Pues estos nuevos riesgos en atención a sus dimensiones son comparables a las catástrofes naturales, pero a diferencias de ellas son dependientes de decisiones y actuaciones humanas, por lo que en principio son dominables, lo que conlleva a presuponer su conducción a través del Derecho, concretamente al Derecho penal como medio idóneo para ofrecer o buscar respuestas ante ellos.

⁵⁸ FIANDACA G; MUSCO, E “*¿Perdita di legittimazione del diritto penale?*” *RIDPP*, 1994, pág 26. El derecho penal de riesgo, “puede ser considerado, de una parte, como un reflejo de la difusa incertidumbre, y de la angustiosa necesidad correlativa de seguridad típica en la sociedad contemporánea”; “en el que el espíritu del tiempo se dirige a la alarma difusa, con la creciente tentación de utilizar el Derecho penal como uno de los instrumentos disponibles para gestionar la crisis...en la que el Derecho penal, en esta época de representación de valores pluralísticamente fragmentados ha de

Sociedad de riesgo en la que los operadores jurídicos han recalado en un criterio cuantitativo, aparcando la naturaleza cualitativa al optar o decantarse por la no distributividad. El bien será colectivo cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible de dividir en partes y asignar una porción de éste a un individuo⁵⁹. Esto es, no puedan ser detentados individualmente. Se habla en la doctrina de “no rivalidad en el consumo” o de “no exclusión en el uso”. Todo bien jurídico colectivo se caracteriza por poder ser disfrutado por cada miembro de la sociedad, de tal manera que, nadie puede ser excluido en su uso, ni tampoco existe una rivalidad en el consumo, es decir el uso o disfrute de ese bien por un individuo no perjudica ni impediría que otro individuo efectúe lo mismo. Por ello, no es posible relacionarlo en todo o en parte a un único sector de la misma. Los bienes jurídicos colectivos poseen una titularidad compartida por el conjunto de la sociedad⁶⁰.

La profunda interrelación entre este instrumento vivo para evitar la afectación de los elementos esenciales de la misma, que acompaña y sirve en paralelo, a las fluctuaciones de los sentimientos y necesidades de la sociedad, ha generado cómo ya adelantamos, una influencia decisiva en el legislador a la hora de descriminalizar determinadas conductas o limitaciones del alcance de ciertos tipos penales. Esta influencia además, no ha recorrido solo el camino de la minoración, por el contrario, se ha visto reflejada en la expansión de la aparición de los bienes jurídicos colectivos⁶¹.

fijar directivas ética-sociales...dar prueba de una capacidad de acción política”.

⁵⁹ ALEXYS, "Individuelle Rechte und kollektive Güter" Citado por ROLAND HEFENDEHL “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de los bienes jurídicos?” *Revista electrónica del Ciencia Penal y Criminología*, 2002, núm 4, recurso online, sin paginación.

⁶⁰ SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes jurídicos en la sociedad moderna*, Ed Comares, Granada, 2003, pág 194.

⁶¹ ROLAND HEFENDEHL “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de los bienes jurídicos?” *Revista electrónica del Ciencia Penal y Criminología*, 2002, núm 4, recurso online, sin paginación. “Se plantea la pregunta de cómo hemos de hacerlo. No podemos decir meramente que aquél que no respeta los bienes jurídicos debe ser castigado. Debemos antes aclarar cuál es la conducta peligrosa que el sujeto debe realizar frente al bien jurídico protegido para que aquél sea sancionado penalmente. Este camino nos lleva a encontramos directamente con cuestiones referidas a la estructura del delito. Se distingue habitualmente entre tres tipos: delitos de lesión, delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto...”.

“El punto más álgido del problema que se suscita en esta reflexión se alcanza al querer comprobar cuál es la estructura delictiva adecuada en el caso de un bien jurídico colectivo. Puede pensarse de forma ingenua que puede hablarse aquí también de delitos de lesión, de peligro abstracto y de peligro concreto, pero no tardaríamos en darnos cuenta que esto realmente no funciona, no encaja: a través de una conducta determinada no puede afirmarse que un bien jurídico colectivo es lesionado o puesto en peligro de forma concreta...” el Derecho Penal debe quizá ocuparse realmente de riesgos futuros ... Encontrar normas para el futuro, actuar con miras a lo que puede acontecer, sería, según determinados pronósticos, más acertado que querer reaccionar a posteriori ante errores, omisiones o catástrofes del presente. Se debe tener en cuenta que la amenaza de la pena supone un medio de represión y desaprobación vinculada a un juicio de desvalor. En ese sentido nuestra tarea debe ser la de ponderar y seleccionar de entre las conductas sociales aquéllas que

IV.3.2. FACTORES EXTERNOS CONDICIONANTES

La sociedad actual se caracteriza por las posibilidades de información inmediata⁶², poniendo en relación a los seres humanos de todos los países del mundo en un instante, de forma que los eventos culturales y deportivos, programas de música y entretenimiento, ideas políticas y sociales, valores, costumbres, mensajes comerciales, pueden ser conocidos de inmediato en todo el planeta, sin importar la distancia. Es la “cultura de masas”⁶³, en la que los miembros de la sociedad no representan un papel pasivo o receptor de la información⁶⁴, por el contrario, los fenómenos sociales a través de las redes sociales están respondiendo a la necesidad del hombre de expresar y comunicar sus pensamientos, sentimientos y experiencia. En definitiva, los medios de comunicación se han convertido en parte esencial de los procesos de comunicación de las sociedades modernas; aportando interpretaciones de la realidad, que son internalizadas por sus públicos⁶⁵. MACLUHAN escribía sobre la prensa que es “una forma confesional colectiva que proporciona una participación comunal. Puede «pintar» los acontecimientos, utilizándolos o dejando de utilizarlos. Pero es la exposición comunal diaria de múltiples artículos en yuxtaposición la que confiere a la prensa su

contengan una mayor negatividad en el juicio de desvalor frente a los bienes jurídicos protegidos”. “Entendemos el delito de peligro abstracto como estructura delictiva que debería quedar reservada para tipificar aquellas conductas que supongan riesgos latentes contra bienes jurídicos de primer orden, por ejemplo, riesgos para la integridad corporal o la vida. Los delitos de peligro abstracto, deberían, además, ser aquéllos que protejan los bienes jurídicos cuya lesión esté, dentro de una sociedad de riesgo, sometida al dominio del azar. La intervención penal en el ámbito de la seguridad en los alimentos y la protección de los consumidores constituye un ejemplo de parcela predestinada a la aplicación de la figura del peligro abstracto”.

⁶² MACLUHAN, *Comprender los medios de comunicación: Las extensiones de ser humano*. Ed Paidós Iberica, Barcelona 2009, pág 32, recurso on-line, En la edad mecánica, ahora en recesión, podían llevarse a cabo muchas acciones sin demasiada preocupación. El movimiento lento aseguraba que las reacciones iban a demorarse durante largos períodos de tiempo. Hoy en día, la acción y la reacción ocurren casi al mismo tiempo. De hecho, vivimos mítica e íntegramente, por decirlo así, pero seguimos pensando con los antiguos y fragmentados esquemas de espacio y tiempo propios de la edad pre-eléctrica”.

⁶³ Ya MACLUHAN, *Comprender los medios...* op cit, pág 32 recurso on-line, declaraba que “hoy, tras más de un siglo de energía eléctrica, hemos extendido nuestro sistema nervioso central hasta abarcar todo el globo, aboliendo tiempo y espacio, al menos en cuanto a este planeta se refiriere. Nos estamos acercando rápidamente a la fase final de las extensiones del hombre: la simulación tecnología de la conciencia, por la cual los procesos creativos del conocimiento se extenderán, colectiva y corporativamente, al conjunto de la sociedad humana”.

⁶⁴ MACLUHAN, *Comprender los medios...* op cit, pág 33 recurso on-line, escribía que la “actual aspiración a la totalidad, empatía y profundidad de la conciencia es adjunto natural de la tecnología eléctrica”...”Ésta es la Edad de la Ansiedad, a causa de la implosión que empuja al compromiso y la participación, muy independientemente de cualquier punto de vista. En la edad eléctrica, ya no sirve el carácter parcial y especializado del punto de vista. A nivel de la información, se dio la misma perturbación con la sustitución de la imagen inclusiva por el punto de vista”.

⁶⁵ En el mismo sentido, DIEZ RIPOLLES, *Política criminal...* op cit, pág 46 habla de “la progresiva conformación de los medios de comunicación como uno de los más significativos agentes de control social” consolidándose una sociedad cada vez más consciente de sus posibilidades discursivas y comunicativas.

compleja dimensión de interés humano”⁶⁶. Convirtiéndose la información en “bien de consumo esencial”.

Este papel protagonista que se confiere a los medios de comunicación como actor dentro del proceso punitivo no se excluye del pensamiento doctrinal⁶⁷. No existiendo, sin embargo, uniformidad en la misma a la hora de atribuirle a este actor, en la escenificación del proceso punitivo, el papel protagonista o secundario de mero figurante⁶⁸.

Una vista al escenario de los últimos años provoca el pensamiento de desplazamiento de los medios de comunicación en la realidad delictiva: de papel espejo o mero reflejo de la realidad a indicador o guía, incluso orientación⁶⁹ de la reacción ciudadana ante aquella⁷⁰. Se coloca así en primera línea del interés de ésta un tema relevante en materia de Política-criminal, como epicentro del debate público, originando⁷¹ con ello, una fuerte presión a los poderes públicos a fin de lograr su actuación dentro de unos determinados cauces⁷². En este punto, deberíamos hablar de la

⁶⁶ MACLUHAN, *Comprender los medios de comunicación: Las extensiones de ser humano*. Ed Paidós Iberica, Barcelona, 2009, pág 40 recurso on-line.

⁶⁷ SILVA SANCHEZ, *Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales*. Ed. Edisofer, Madrid, 2011, pág 11, habla que resulta ineludible la puesta en relación de la sensación social de inseguridad frente al delito con el modo de proceder de los medios de comunicación. GARCÍA ARÁN/BOTELLA/REBOLLO/BAUCELLS/PERES-NETO, *Malas Noticias. Medios de Comunicación, Política Criminal y Garantías Penales en España*, Ed Tirant lo Blanch, Barcelona, 2010, pág 12, que ya en su presentación alude a que es “ya un lugar común entre los penalistas la influencia que los medios de comunicación ejercen sobre los poderes públicos y, especialmente, sobre el poder legislativo, mediante un determinado tratamiento de los temas penales

⁶⁸ En este mismo sentido, VARONA GÓMEZ, DANIEL, “Medios de comunicación y punitivismo”, recurso on-line, sin paginación, habla de falta de acuerdo a la hora de establecer una cuota de responsabilidad de los medios de comunicación.

⁶⁹ En este mismo sentido, BERNARD COHEN, citado por VARONA GÓMEZ, DANIEL “Medios de comunicación y punitivismo”, recurso on-line, sin paginación “quizás en la mayoría de ocasiones no tiene éxito a la hora de indicarle a la gente qué pensar, pero es sorprendentemente eficaz señalándose sobre qué pensar”.

⁷⁰ GARCÍA ARÁN, BOTELLA, REBOLLO, *Malas noticias. Medios de comunicación, Política Criminal y Garantías Penales en España*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág 63, “el proceso en que los medios, por la selección, presentación e incidencia de sus noticias, determinan los temas acerca de los cuales el público va a hablar. En rasgos macrosociológicos, los medios imponen los temas más discutidos en la sociedad.... Fijar la agenda es fijar el calendario de los hechos sociales. Seleccionar lo que es y lo que no es importante, implica una transferencia de relevancia de los temas presentados en la agenda de los medios hacia la agenda pública y la agenda política.

⁷¹ BOTELLA/PERES-NETO “La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España” en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2008, pág 43-65, se cuestionan la realidad de causalidad al suscitar la pregunta “¿La prensa se interesa por aquellos temas que más preocupan a los ciudadanos, o bien estos se preocupan por aquello que aparece en los diarios? Lo que es claro es que ambos elementos van de la mano”.

⁷² No se encuentra ausente el panorama doctrinal español de estudios que tienen por objeto la relación de causalidad entre el papel actual de los medios de comunicación y la creciente preocupación por la sensación de inseguridad ciudadana. En este marco GARCÍA ARÁN PERES-NETO, «Agenda de los medios y agenda política: Un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código Penal Español entre los años 2000-2003», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (1), 2009, pág 271. También BOTELLA/PERES-NETO “La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España”... op cit, pág 53, después de suscitar los parámetros de

retroalimentación en la simbiosis: medios de comunicación y Política-criminal, en tanto, los términos absolutos de la influencia de la prensa reflejarían una visión parcial de la plena realidad, mostrando una intrincada relación de hilos que se van tejiendo entre los dos factores, a los que los autores añaden un elemento más, la ciudadanía. Se apunta, de este modo, a la interacción dinámica en la que se encuentran los políticos, el público e importantes grupos de interés⁷³.

En este marco, la realidad se define mediante sectores heterogéneos y dinámicos interrelacionados entre sí, alejada de posturas simplistas y estáticas, dando paso a variables ideológicas, económicas que representan una sustantividad compleja⁷⁴.

Ahora bien, ¿cómo se encuentra interrelacionados estos sectores? A Napoleón se le atribuye la frase “Más temibles son tres periódicos hostiles que mil bayonetas”. MACLUHAN, declaró que “la aceptación dócil y subliminal del impacto de los medios de comunicación los ha convertido en cárceles sin muros para sus usuarios humanos”⁷⁵. Recalcando LIEBLING, que “un hombre no es libre si no puede ver adónde va, aunque disponga de un arma de fuego para llegar”⁷⁶. No obstante, no cabe obviar la corresponsabilidad de los otros sectores, pues como declaró SARNOFFIHZO, “somos demasiados propensos a convertir los instrumentos tecnológicos en chivos expiatorios de los pecados de quien los esgriman. Los productos de la ciencia moderna no son en sí buenos o malos; es la manera en que se emplean lo que determina su valor”⁷⁷, HALLINI Y MANCINI hablan del modelo mediterráneo o pluralista polarizado, en el que una de las características esenciales es la

la relación de causalidad, consideran que “en el periodo analizado (2000-2007) los discursos mediáticos sobre temas penales representaron en exceso el volumen de la realidad criminal, a la vez que han sido, en buena medida, uno de los factores que produjo una alteración en la percepción en la inseguridad ciudadana...”. Una rápida comprensión visual de esta interrelación nos la ofrece el estudio gráfico efectuado por VARONA GÓMEZ, DANIEL, “Medios de comunicación y punitivismo”, recurso on-line, sin paginación, que nos muestra una llamativa disparidad entre la realidad del delito y la atención mediática, representando grandes fluctuaciones en la preocupación de la sociedad por la seguridad correspondiendo a “oleadas informativas” sobre determinados hechos, frente a una realidad criminal más estable.

⁷³ ROBERTS/STALANS,INDERMAUR/HOUGH, *Populism and Public Opinion. Lessons from five Countries*, 2003, pág 86.

⁷⁴ En este sentido SILVA SANCHEZ, *La expansión del Derecho penal...* op cit pág 51, efectúa una crítica ante la diversidad informativa que dificulta hallar el árbol en el bosque. Las personas se hallan ante la dificultad de obtener una auténtica información fidedigna en una sociedad, la de la economía del conocimiento caracterizado por el alud de información”.

⁷⁵MACLUHAN, *Comprender los medios de comunicación, Comprender los medios de comunicación: Las extensiones de ser humano*. Ed Paidos Iberica, Barcelona 2009, pág 50, recurso on-line.

⁷⁶ LIEBLING, *The Press*, citado por *Comprender los medios de comunicación: Las extensiones de ser humano*. Ed Paidos Iberica, Barcelona 2009, pág 51, recurso on-line “Porque cualquier medio es además un arma poderosa con la que se puede destrozar a otros medios y grupos”.

⁷⁷ Citado por MACLUHAN, *Comprender los medios de comunicación, Comprender los medios de comunicación: Las extensiones de ser humano*. Ed Paidos Iberica, Barcelona 2009, pág 51, recurso on-line.

intensa vinculación entre la labor periodística y la política⁷⁸.

La ineludible interrelación que va a convivir en intensidad, no puede abocarse a ignorar el ejercicio de responsabilidad que conlleva cualquier poder, en el que idealmente, la educación es protección cívica contra los efectos secundarios de los medios. “No es ninguna exageración decir que el futuro de la sociedad moderna y la estabilidad de su vida interior dependen en gran parte del mantenimiento de un equilibrio entre el poder de las técnicas de comunicación y la capacidad de reacción del individuo”⁷⁹, en un clima donde en los “criterios de noticiabilidad impera lo negativo”, en el que “las malas noticias tienen reservado un lugar privilegiado en los medios de comunicación”⁸⁰.

No son inmunes a esta influencia los poderes públicos, conformando los bienes jurídicos colectivos un recurso frecuentemente utilizado en un intento de responder a la presión ejercida por la opinión pública activada por los medios de comunicación, no pasando inadvertido por los poderes públicos los efectos socializadores y sociopolíticos de su admisión⁸¹. Se puede decir que encarnan una posibilidad de participación de los individuos en el sistema social⁸², no obstante, se han de fijar unos límites infranqueables, pues “no se puede sin más inventar un bien jurídico colectivo cuando se considere necesario crear un nuevo tipo delictivo. La seguridad colectiva y la

⁷⁸ HALLINI, MANCINI, *Sistemas mediáticos comparados. Tres modelos de relación entre medios de comunicación y la política*, Ed Cambridge University Press 2009, recurso on-line, sin paginación. Los medios de comunicación en los países mediterráneos están considerablemente politizados, y el nivel de paralelismo político es alto. El estilo periodístico tiende a poner un importante énfasis en el comentario. Los periódicos suelen representar distintas tendencias políticas que se reflejan en las diferentes actitudes políticas de sus lectores.

⁷⁹ PIO XII, citado por MACLUHAN, *Comprender los medios... op cit*, pág 51, recurso on-line,

⁸⁰ RODRIGO ALASINA, “El conocimiento del sistema penal: Alarma social y medios de comunicación” en LARRAURI PIJOAN (dir.), *Política criminal. Cuadernos de Derecho Judicial*, 1999, pág 7.

El periódico EL PAÍS, publicaba el 27/06/ 2010 un artículo de Milagros PÉREZ OLIVA, «Atracción por lo negativo»: “Hay una regla no escrita en periodismo según la cual la noticia negativa tiene más posibilidades de ser publicada que la positiva... pero una cosa es ejercer la labor de fiscalizadores que la democracia otorga a la prensa, y otra exagerar los aspectos negativos o distorsionar los datos de tal modo que se altere la percepción sobre la realidad.

Véase con detalle sobre los criterios de noticias que afectan el fenómeno criminal JEWKES, *Media and Crime*, 2004, pág. 40 y ss.

⁸¹ DIEZ RIPOLLES, *Política criminal... op cit* pág 47; BOBBIO, N., *Il contratto sociale, oggi*. Guida Editore, Napole, 1980, pág 26, 27 y 30 llama la atención el autor sobre el fenómeno de la privatización del Derecho público. Convirtiéndose, para el autor, el Estado en un “mediador y garante de los contratos entre las grandes organizaciones, partidos, sindicatos, empresas, grupos de presión” ...”quien observe lo que sucede en un estado contemporáneo, cuya vida está caracterizada por un continuo brote de conflictos entre las grandes organizaciones que lo constituyen, debe reconocer que muchos de estos conflictos se resuelven a través de acuerdos, y que la ley interviene, cuando interviene, solo en un segundo momento para alcanzar al acuerdo alcanzado”. Si extrapolamos esta idea del “nuovo contratto sociale” no deja indiferente la fuerza social de los distintos grupos que alcanza al Estado a la hora de fijar las nuevas Políticas-criminales.

⁸² MIR PUIG siguiendo a CALIESS, en *Introducción a las bases del Derecho Penal: Concepto y método*, Ed IB de F, Montevideo, 2003, pág. 140.

protección del crédito son precisamente construcciones doctrinales dudosas. Por otro lado, puede entenderse rápidamente que nuestro Estado actual no puede concebirse sin bienes jurídicos colectivos”⁸³.

Entra en el lienzo de la composición pictórica un renovado viejo elemento que se centra en la necesidad de transmitir a la sociedad mensajes a fin de alcanzar las conciencias mediante representaciones mentales. Por tanto, no resulta ajeno al Derecho Penal la utilización de efectos simbólicos de los que se han servido para la obtención de sus fines con plena conciencia de legitimidad⁸⁴. Sin que quepa alinearlos a la finalidad de proteger los bienes jurídicos, reservándose a los efectos instrumentales y la capacidad para modificar la realidad social por la vía de la prevención de comportamientos indeseados⁸⁵, convirtiéndose en el factor o papel legitimador en el fundamento de la pena. Ahora bien, esta legitimación o control social no es, o no debe ser, de una naturaleza absolutista que permita desdibujar o diluir las cláusulas que han condicionado la aceptación propia de la reciprocidad del contrato social⁸⁶.

Es conveniente, en este punto, hacer hincapié en la relación armónica⁸⁷ que ha de guiar la interacción Teoría del Delito y dimensión Política-criminal⁸⁸, en tanto la “determinación del grado de responsabilidad penal por la acción típica y antijurídica del autor imputable suscita el reconocimiento de una dimensión Política-criminal del elemento del concepto jurídico del delito integrado por la culpabilidad”⁸⁹. En este marco, el principio de culpabilidad cede la unilateralidad del testigo, acompañándose por exigencias políticas criminales de prevención general y prevención

⁸³ ROLAND HEFENDAHL, “¿Debe ocuparse el Derecho penal de los bienes jurídicos?” *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2002, núm 4.

⁸⁴ En el mismo sentido DIEZ RIPOLLÉS, *Política criminal...* op cit, pág 47; SILVA SANCHEZ *Aproximación...* op cit pág 304-306 TERRADILLOS BASOCO “Función simbólica y objeto de protección del derecho penal”, en *Pena y Estado*, 1991, pág 52-55; MELOSSI, “Ideología y derecho penal, el garantismo jurídico y la criminología crítica”, en *Pena y Estado*, 1991, pág 57-62.

⁸⁵ DIEZ RIPOLLES, *Política criminal...* op cit, pág 48.

⁸⁶ En el mismo sentido DIEZ RIPOLLES, *Política criminal...* op cit, pág 51 señala que dentro de los subsistemas de control social se opta por la modalidad más enérgica, tal es el control social jurídico-penal, lo que conlleva el recurso de la pena. Ello se legitima acumulativamente por la irrenunciabilidad del objetivo perseguido y el carácter subsidiario frente a otras modalidades de política y control social. Debiendo ajustarse estrictamente a los límites de afectación pues un ejercicio de intervención socio-jurídico que ignorara los contenidos de contraprestación o de respeto mínimo que ha determinado la aceptación del control social se deslegitimaría por superar los límites del poder acordados socialmente.

⁸⁷ Convirtiéndose la Política Criminal en un límite material y dinámico del Derecho penal.

⁸⁸ POLAINO NAVARRETE, *Criminalidad actual y Derecho Penal*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, 1988, pág 19, habla de la naturaleza incompleta de las exigencias dogmáticas de la Teoría del delito si junto a la exigencias propias de la culpabilidad del autor por la realización del injusto típico no se diese acogida al tratamiento de la *peligrosidad criminal* del sujeto, en virtud de un pronóstico desfavorable de posterior comportamiento previsible sobre la base del reconocimiento de la precedente realización de un injusto típico.

⁸⁹ POLAINO NAVARRETE, *Criminalidad...* op cit, pág 19.

especial que la norma ha de cumplir⁹⁰. De forma que, y sin perder de vista el hecho de que “las valoraciones jurídicas son valoraciones de actos humanos, en el ámbito de comportamientos del hombre que están fuera de unos términos científicamente exactos de verificación absoluta”⁹¹, la fundamentación punitiva precisa que un comportamiento no pueda ser incriminado como delito sin la concurrencia de la realización de un acto típicamente injusto y culpable. Entendiendo, desde una perspectiva normativa de la finalidad de la pena, que sólo pueden ser legítimamente incriminados conforme a las exigencias jurídicos-constitucionales, la realización de aquellos injustos típicos y culpables que sean merecedores y necesitados de sanción penal, tanto desde el punto de vista de la prevención general como la prevención especial⁹². ZIPF, en este sentido, habla del “triángulo mágico” de la medición de la pena a la hora de relacionar culpabilidad, prevención general y prevención especial. Efectuando un intento de equilibrio entre intereses estatales y la protección individual del ciudadano que ha incidido en la delincuencia⁹³, en el que penar, desde el punto de vista de la culpabilidad, implica congruencia con la conciencia jurídica de la comunidad (conciencia ajena a toda consideración estática que representa un proceso dinámico de configuración).

El Derecho penal interviene en garantía de los bienes o valores consustanciales a la convivencia humana en la sociedad, en la medida en que se describe las modalidades típicas de conducta de lesión o de peligro que inciden sobre los mismos, representando una reducción del poder punitivo dentro de los parámetros de lo “estrictamente necesario” en la defensa de los derechos de los ciudadanos. No obstante, en la realidad diaria, se aprecia un entusiasmo por parte del legislador a la hora de utilizar los recursos simbólicos, alzándose voces doctrinales a fin de alertar de la ampliación o “expansión del Derecho penal”⁹⁴. Esto provoca un abandono del núcleo

⁹⁰ En este sentido, POLAINO NAVARRETE, *Criminalidad...* op cit, pág 20, manifiesta que la culpabilidad alcanza la condición ciertamente necesaria pero no suficiente de la sanción penal. Este autor citando a JAKOBS, considera que “se ha llegado a entender que la sanción penal ha de encontrar su genuina satisfacción fuera del ámbito del juicio de reproche penal subjetivo que la culpabilidad representa, respecto del autor que ha realizado el injusto típico sin justificación legal alguna. Y, en consecuencia, que el fundamento último y genuino de la sanción penal, no sólo no proviene del juicio de reproche de la culpabilidad, sino que es determinado por las exigencias políticos criminales de la prevención general y de la prevención especial que la norma penal que ha de cumplir.

⁹¹ POLAINO NAVARRETE, *Criminalidad...* op cit, pág 22, ”La valoración jurídica penal ha de responder siempre, como criterio axiológico de ponderación, a una exigencia de evaluación media de naturaleza objetiva-subjetiva, en que sobre la base de unos postulados objetivos predeterminados se dé acceso al conjunto de los presupuestos y momentos característicos de la personalidad del autor, así como del complejo de circunstancias concurrentes en el caso concreto de la realización de la conducta típica del mismo”.

⁹² POLAINO NAVARRETE, *Criminalidad...* op cit, pág 30.

⁹³ ZIPF *Introducción a la Política criminal*, Ed Revista de Derecho Privado, 1979, pág 23.

⁹⁴ Término utilizado por SILVA SANCHEZ, en su obra “La Expansión del Derecho penal... op cit, pág 76, expansión que tiene su origen en la necesidad de incrementar la protección de la sociedad frente a los nuevos riesgos. FIANDACA G, MUSCO, ENZO, “Perdita di legittimazione del Diritto penale?” *RIDPP*, 1994, hablan, reseñando a CARNEUTTI, “el carácter moderno de la expansión se refleja en el campo penalístico, dando lugar a la progresiva

del Derecho penal mínimo y una ruptura con los principios de mínima intervención y última ratio, hecho que se ha convertido en una característica predominante del Derecho penal contemporáneo. Se piensa, de este modo, que la irrupción de los bienes jurídicos-penales colectivos está haciendo temblar los cimientos garantistas que caracterizaban al Derecho penal liberal⁹⁵.

Este entusiasmo ante los recursos simbólicos encuentra su base en “las deficiencias estructurales del Derecho penal liberal o clásico para hacer frente a la evolución social”⁹⁶, en la necesidad de responder a las nuevas demandas de protección. Acompañándose y retroalimentándose éstas por un salto cualitativo en el endurecimiento de la política penal, apareciendo en escena el Derecho penal del enemigo⁹⁷, en un principio como respuesta a una guerra penal iniciada por acontecimientos políticos, extendida rápidamente a otros sectores económicos y de riesgos laborales.

Nos encontramos, pues, ante la dicotomía⁹⁸ de las tesis que defienden un Derecho penal nuclear, centrado en la intervención mínima del Derecho Penal y un Derecho penal accesorio⁹⁹ que

afirmación de modelo de Estado Social intervencionista, al mismo tiempo que se extiende a las nuevas exigencias de tutela como consecuencia del desarrollo industrial y tecnológico”.

⁹⁵ FIANDACA/MUSCO, “Perdita di legittimazione del Diritto penale?” *RIDPP*, 1994. “Pero el legislador de emergencia privilegia una concepción acentuada de la instrumentalización del Derecho penal: el objetivo al cual debe tender es la función práctica u “orientación a la consecuencia”; en frente la presencia utilitarista de usar el Derecho penal como medio eficaz o simbólico de la lucha contra el crimen de la sociedad, queda en segunda instancia la justicia y equidad en el tratamiento punitivo del caso concreto”... en el que “el delito no es un hecho criminal singular y circunstancial, que agrede intereses o bienes individuales, sino un trauma, un síntoma del fenómeno criminal de amplias proporciones, una plaga que la sociedad debe contener”.

⁹⁶ CUESTA AGUADO, “Sociedad tecnológica y Derecho penal del riesgo” *Revista Derecho y Proceso penal*, n°4, 2000, pág 137, “Las instituciones fundamentales de la teoría del delito de corte garantista resultan ineficaces o no soportan la crítica que pone de manifiesto sus funciones ideológicas al servicio de los “viejos intereses”. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, *Responsabilidad penal en actividades arriesgadas: el caso de la construcción*, Ed. Leynfor SXXI Madrid, 2000, pág 20, “la causalidad, la determinación individualizada de la autoría en una persona física concreta, son conceptos que pudieron servir a la sociedad tradicional, pero que ya en la actualidad son difíciles de compaginar con las visiones sociales. En la sociedad de inicios del siglo XXI no es posible funcionar con un Derecho penal anclado en el Estado liberal y la sociedad industrial”. En sentido similar, “El moderno Derecho Penal para una sociedad de riesgos” en *Revista del Poder Judicial*, núm 48, 1997, pág 293.

⁹⁷ JAKOBS, *Derecho Penal del enemigo*, traducido CANCIO Ed Civitas, Madrid, 2003, pág 124. Resulta importante hacer mención de la distinción aludida por MENDOZA BUERGO BLANCA “Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho Penal”, *ACPCD*, 1999, pág 307 y ss al afirmar que la expansión del Derecho penal se manifiesta, por un lado, por la prevención de “nuevos riesgos”, dimanantes, principalmente, de las nuevas tecnologías, y, por otro, la prevención de “viejos riesgos” mediante el adelantamiento de las barreras de protección penal a través de los denominados “Derecho penal de urgencia” y “Derecho penal del enemigo”.

⁹⁸ MIRENTXU CORCOY BISADOLO, *Política-criminal en Europa*, MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs), GOMEZ MARTIN (coord) Ed Atelier Penal, Barcelona, 2004, pág 45.

⁹⁹ Diferenciación criticada por SCHÜNEMANN, Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana citado por GOMEZ MARTIN, VICTOR, “Libertad, seguridad y sociedad de riesgo” en *Política-criminal en Europa*, MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs), GOMEZ MARTIN (coord), Ed Atelier, Barcelona, 2004, pág 115, supone la reducción del Derecho penal liberal basado en la protección del individuo al absurdo, pues el libre

se aleja del modelo de protección exclusiva de bienes altamente personales (la vida, integridad física, la libertad) para ampliar la intervención en la esfera del ciudadano. Se reconoce la legitimidad de la intervención penal en nuevos aspectos de la actividad social, sectores supraindividuales o colectivos¹⁰⁰. Suscitándose, a raíz de ello, cuestiones cómo si es cierto que

desarrollo de la personalidad no depende sólo de la protección de ciertos intereses supraindividuales tales como el medio ambiente. Entendiendo el autor que, los comportamientos que atentan contra el medio ambiente que solo lesionen las condiciones de vida de las generaciones venideras no deben ser constitutivos de delito porque cada generación tiene derecho a una parte relativamente igual de los recursos naturales, así como a ser protegida teniendo en cuenta el estado de la tecnología y de los avances científicos de cada momento o época.

¹⁰⁰ La Política-criminal responde a estas nuevas exigencias ampliando el Derecho penal preventivo, con un acentuado adelantamiento de la protección penal, mediante la formulación más laxa de bienes jurídicos universales, frecuentemente, a través de la técnica de los delitos de peligro (generalmente de peligro abstracto) caracterizado por un adelantamiento en el camino de la protección del bien jurídico, anticipando la intervención del Derecho penal a un estado anterior o previo a la lesión del bien jurídico, se amplía con ello los límites o parámetros del Derecho penal. Se, alude, asimismo, a otro efecto de la ampliación de los límites del Derecho Penal, como síntoma que pone de manifiesto su intención preventiva: la flexibilización de ciertos presupuestos de imputación tanto objetivos como subjetivos y flexibilización de las garantías política-criminales materiales y procesales (principio de legalidad, el principio de taxatividad en la elaboración de los tipos penales, principio de irretroactividad de las disposiciones perjudiciales para el reo o principio de culpabilidad). En este sentido HASSEMER, “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno” en *ADPCP*, 1993, pág 77; SILVA SANCHEZ, *La Expansión del Derecho penal...* op cit, pág 78 adicionado al uso de ciertas técnicas de tipificación compone una estampa que provoca o suscita posibles dudas de su afectación de principios garantistas limitadores de Derecho penal.

HASSEMER, “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno”, traducido por ELENA LARRAURI, *ADPCP*, 1992, pág 235 y ss, no admite la convivencia. Para este autor, el Derecho penal, se ha convertido en un medio de resolución de conflictos ordinario, sin que se perciba diferencias con otros medios (fundamentalmente respecto a su peligrosidad o aptitud). Esta manifestación de aumento de las conductas penalmente tipificadas con el fin de proteger bienes jurídicos colectivos, como objetos ficticios de tutela, en tanto carecen de materialización, adquieren la condición de intereses de vaga configuración, excesivamente amplios e indeterminados. Reconoce, no obstante, la imposibilidad de obviar la realidad de los bienes jurídicos colectivos, pero, relegándolos a un segundo papel y siempre en referencia a los bienes jurídicos individuales, como medio de evitar la representación de la inseguridad global de una sociedad de riesgo.

Los defensores de esta postura entienden que la imprecisión genera la necesidad para su protección penal, de determinar específicamente su injusto, frente el empleo excesivo de la técnica de los delitos de peligro, especialmente de peligro abstracto. Así el Derecho penal moderno concreta su tendencia expansiva en la ampliación del Derecho penal preventivo con un acentuado adelantamiento de la protección penal, entendido este adelantamiento como un «modo de actuación penal ilegítimo porque no respeta los límites impuestos por el principio de *ofensividad*: se prevé una intervención penal contra conductas que no representan un ataque con suficiente entidad objetiva al bien jurídico tutelado».

SILVA SANCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política-criminal en las sociedades postindustriales*, Ed IBdF, Argentina, 2011, pág 80 Para estos autores la necesidad de seguridad impregna la ordenación de la vida social de modo dominante, esta necesidad cuasi-absoluta responde más a una sensación y la consiguiente exigencia que a una realidad práctica o magnitud de riesgos reales reflejo de la presión social visible en la actualidad. Los términos exclusivistas en los que son planteados la seguridad conllevan un desbordamiento de la “línea natural” del Derecho penal como respuesta a las demandas de seguridad, avocando al Derecho penal a un forzado proceso de expansión continuo, “asumiendo un papel que no le pertenece ni en exclusiva ni tampoco de modo prioritario” encaminado, todo ello, a un final intervencionista, un Estado de seguridad. Alejado del concepto de que el “Estado es una institución derivada de los ciudadanos y se debe funcionalizar su poder en aras de los derechos de los ciudadanos. El contrato social no tolera ningún poder que no sea derivado y ninguna usurpación. Precisamente por ello, el poder del Estado debe ser en el Derecho penal, donde más claramente se muestra limitado y vinculado a los derechos del individuo” HASEEMER, “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno”, traducido por E LARRAURI, en *ADPCP*, 1992 pág 238. De esta forma, para esta corriente doctrinal, las garantías político-criminales del Derecho penal clásico no conforman meras formalidades, ni obstáculos del Derecho penal moderno, pues el Derecho penal ha de ser eficaz y legítimo sometido a unos límites. En el que los criterios dogmáticos de imputación de responsabilidad penal, así como las garantías político-criminales han de ser concebidas como instrumentos al servicio de la función limitadora del *ius puniendi*. En definitiva, estos autores abogan por la fidelización, en cualquier caso, a las garantías individuales del Derecho penal liberal, imposibilitando, con ello, toda ampliación o extensión de prevención de los nuevos riesgos.

Para la corriente doctrinal de signo opuesto, la libertad del individuo solo puede ser asegurada mediante la prevención

cuanto más se expande el Derecho penal para tratar de garantizar la seguridad de la sociedad, más se están limitando también las libertades individuales. O la posición contraria, que mantiene que el aumento de la seguridad incrementa la libertad individual. Pese a esta dicotomía doctrinal, no cabe negar la convivencia de bienes jurídicos altamente personales y aquellos cuyo nacimiento se encuentra en la complejidad de la sociedad actual¹⁰¹, en la que son crecientes la tecnificación e industrialización que han desembocado correlativamente en un incremento de las relaciones interpersonales anónimas, sustituyendo los contextos de acción individual en colectivo. Esta convivencia no es ignorada por la sociedad occidental, provocando como ha señalado CORCOY, la asunción de la necesidad de intervención penal a fin de prevenir los nuevos riesgos originados en la compleja estructura de la sociedad.

penal de los nuevos riesgos. CORCOY BIDASOLO, M, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*. Ed, Tirant lo Blanch, Barcelona, 1999, pág 45, entiende la autora que la nueva sociedad, la sociedad de riesgo genera nuevos peligros en correlación con los nuevos beneficios que proporciona a la colectividad. Siendo la propia sociedad la que debe ponderar si compensa esta ponderación corriendo los nuevos riesgos, entrando en la categoría de riesgos “permitidos” o “socialmente adecuados” aquellos que la sociedad decide asumir. No obstante, la asunción del riesgo precisa como contrapartida la seguridad o confianza que la materialización del riesgo no tendrá un efecto superior o incrementado a la hipótesis del riesgo. En este punto, el papel del Derecho penal moderno se concibe, dentro del Estado de bienestar, como impulso de la confianza del ciudadano en el funcionamiento del Derecho penal. Posibilitando, por tanto, el derecho penal garantista, la protección de los bienes jurídicos individuales, a través de la tipificación de los delitos de peligro (generalmente abstracto). De modo que a la hora de la bifurcación del camino entre una tesis maximalista, caracterizada por la relajación del rigor dogmático y las garantías político-criminales, o un Derecho penal mínimo que dificulta la explicación de la materialización del libre desarrollo de la personalidad, en cuanto, sólo es posible ejercer plenamente la libertad como libre desarrollo de la personalidad en un ambiente de seguridad y confianza, no amparando, esta tesis, la debida dedicación a la libertad de la víctima, centrándose en la esfera de libertad del autor. Existe un camino intermedio en el que el Derecho penal responda a la necesidad de prevenir nuevos riesgos mas respetando escrupulosamente las garantías del Derecho penal liberal.

Dentro de la corriente favorable a la flexibilización, destacar una rama francamente abierta a la concepción de un Derecho penal de visión amplia, como instrumento necesario de respuesta para la prevención de los nuevos riesgos de la sociedad moderna, aunque ello determine suavizar los criterios de imputación y las garantías políticos-criminales de los ciudadanos, dentro de este sector se encuentra GRACIA MARTIN, “¿Qué es la modernización del Derecho penal?” En AAVV, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al Prof DR D José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pág 395 y ss; LOPEZ BARJA DE QUIROGA, “El moderno Derecho penal para una sociedad de riesgo” en *Revista del PJ*, núm 48, 1997, pág 302 y ss.

¹⁰¹ Es la denomina sociedad de riesgo, término empleado por BECK, para englobar la situación actual de las sociedades en las que la producción social de la riqueza va acompañada sistemáticamente por una creciente producción social de riesgos. En las que una proporción bastante elevada relaciona directamente tecnología y sistemas productivos, globalización y nuevos sistemas o procesos de transformación económica, manifestados, entre otros, por contaminación química, modificación genética de organismos, los efectos de los cambios climáticos... con los nuevos riesgos, fácilmente detectables por los sentidos humanos. UHMANN considera que no existe ninguna conducta exenta de riesgos, y, por ello, como señala LOPEZ BARJA DE QUIROGA, “El modelo del Derecho penal en la sociedad de riesgo”, en *Rev del Poder Judicial*. Nº 48, 1997, pág 302, correlativamente, se ha de asumir la inexistencia de decisiones exentas de riesgo. Surgiendo, en consonancia, la sociedad de riesgo, cuando se rebasan los límites de protección, esto es, cuando las decisiones sobrepasan la seguridad que prometen las normas. Para SCHÜNEMANN, “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales*, 1996, núm 49, págs 187-218, la sociedad de riesgo se materializa, de un lado, por la multiplicación de la relaciones o interconexiones causales que no pueden ser completamente explicitadas o aclaradas por los actuales métodos científicos; de otro lado, la sustitución de contextos de acción individuales por contextos de acción colectiva, lo que, a su vez, genera, la sustitución del contacto personal por el contacto estandarizado anónimo.

Estamos pues, en presencia de la transformación del Derecho penal¹⁰², un derecho alejado de posiciones inamovibles que responde a la evolución de la sociedad como manifestación de su íntima conexión con los fundamentos más esenciales o intrínsecos de los seres humanos. Este cambio se materializa en el nuevo sistema de valores, en la que ya nadie se plantea “la individualidad del objeto o de la persona como independiente”¹⁰³, en plena conexión con la afirmación de GUSTAV RADBRUCH de que “cada época está llamada a reescribir su propia ciencia del derecho, se encuentra en mayor medida justificada en el Derecho penal, donde la tensión entre los valores del derecho hace que en determinados periodos se anteponga como paradigma la seguridad jurídica, lo que supone en sus manifestaciones radicales la vinculación unilateral al derecho positivo, mientras que en otras fases opere éste más flexiblemente como marco, reclamado por el principio *nullum crimen sine lege*, dentro del cual los conceptos se deciden en sentido teleológico o ulteriormente valorativo”¹⁰⁴. En la que el aislamiento del ser humano acontece como anecdótico, como manifestación de la vinculación en nuestra actividad diaria con las nuevas tecnologías y, que refuerza la naturaleza despersonalizada de las mismas. Encajando, todo ello, a la hora de avalar los riesgos¹⁰⁵ de la nueva sociedad industrial y tecnológica (informático, nuclear, genético); canalizándose a través de ampliaciones cuantitativas y cualitativas del Derecho penal la “demandada específicamente normativa de seguridad”¹⁰⁶.

Nos hallamos pues ante la reinención de un Derecho penal visualizado desde la óptica de los últimos años, como un Derecho penal mínimo, al que ya FERRAJOLI calificó como “un modelo límite, solo tendencial y nunca perfectamente satisfiable”¹⁰⁷. Encontramos en él un

¹⁰² En este sentido, CORCOY BISADOLO. *Delitos de peligro...* op cit pág 38, habla de “un nuevo derecho penal”; MARANUCCI, G/DOLCINI, E., *Manuale de Diritto penale. Parte Generale*. Terza Edizione, Ed. Giuffrè, Milano, 2003, pág 155. “Delinear un alcance más amplio y articulado de hipótesis criminal es señal de la progresiva superación del estadio primitivo del Derecho penal, bajo la señal de una más marcada certeza del Derecho penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), así como de una mejor adherencia de la norma penal a la variedad de los fenómenos socialmente dañosos”.

¹⁰³ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, “El modelo del Derecho penal en la sociedad de riesgo”, en *Rev. del Poder Judicial*, núm 48, 1997, pág 304. Reconoce, igualmente, la necesidad de concurrencia de la tecnología en nuestra sociedad.

¹⁰⁴ Citado por TORÍO LÓPEZ, “Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, 1989, pág 490; En el mismo sentido, MIR PUIG, *Derecho Penal, parte General*, Ed Reppertor, Barcelona, 2015, pág 88, considera que el derecho penal positivo constituye el punto de partida, pero conforma solamente un marco prefijado por el sentido literal de los preceptos que la elaboración dogmática no puede desbordar, pero dentro del que existen un margen de libertad doctrinal de acuerdo con las premisas valorativas de cada momento histórico”.

¹⁰⁵ Riesgos sociales de diversa índole, flora y fauna, ordenación racional del territorio o medio ambiente, entre otros.

¹⁰⁶ MENDOZA BUERGO, *Limites dogmáticos y políticos criminales en los delitos de peligro abstracto*, Ed Comares, Granada, 2011, pág 301.

¹⁰⁷ FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducido por ADRÉS IBAÑEZ, TERRADILLOS BASOCO, entre otros), Ed. Trotta, Madrid, 2009, pág 80.

“tradicional Derecho Penal de la lesión de los bienes jurídicos inspirado en el criterio fragmentario y de proporcionalidad retributiva”¹⁰⁸; ante un Derecho penal que no es, ni puede ser, ciego a las nuevas necesidades sobre las que pivota la realidad de proyección en su extensión como brazo de la realidad misma y afirmación de la íntima conexión existente con ella¹⁰⁹. Pero, la movilidad del Derecho penal que venimos defendiendo no puede caer en el absoluto o en la incertidumbre, en tanto ha de ir revestido de formalidad en la construcción del sistema y de la interpretación de la norma¹¹⁰. Centrándose la cuestión en “la selección de las características respectivamente asignables al derecho penal tradicional y derecho penal nuevo”¹¹¹. Existiendo un nexo entre la crisis de los fundamentos jurídicos tradicionales y la tendencia renovadora que influye en la transformación del Derecho penal, en la que es indudable la presencia global de factores empíricos teóricos, así como de connotaciones sociales¹¹².

Concluamos, por tanto, que lo que resulta innegable, ya sea generado o fortalecido por los medios de comunicación (se trató el tema anteriormente), es la situación de dispersión a la que estamos asistiendo en materia de seguridad colectiva, redundando en la sensible opinión pública, fundamentalmente en las circunstancias de eficacia y eficiencia de la intervención penal.

¹⁰⁸ FIANDACA/ MUSCO “Perdita di legittimazione del Diritto penale?” en *RIDPP*, 1994, pág 34.

¹⁰⁹ SILVA SANCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política-criminal en las sociedades postindustriales*, Ed IbdF, Argentina, 2011, pág 65, habla de causas que hundan sus raíces en el modelo social que se ha ido configurando durante los últimos años, con el consiguiente cambio de papel del Derecho penal en la representación que del mismo tienen amplias capas sociales. En el que, como han señalado autores como FIANDACA, G; MUSCO, E, “¿Perdita de legittimazione del diritto penale?”, en *RIDPP*, 1994, nos hallamos ante “un nuevo Derecho Penal del peligro, puesto que la tutela no se limita a bienes singulares, extendiéndose a bienes de compleja condiciones comprensivas de seguridad de la colectividad; tendente a asumir el nuevo rol, ya sea como solitario observador o como instrumento de gobierno o de dirección de la sociedad, mediante el recurso y estrategias punitivas orientadas a su consecución”.

¹¹⁰ En el mismo sentido MOCCIA SERGIO, *Il Diritto penale tra essere e valore, la funzione della pena e sistematica teleológica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Padova, 1992, pág 45. “El derecho penal se caracteriza...por la tendencia formalista, la cual inspira la construcción del sistema y la interpretación de la norma. Esta característica tiene su evidente razón en el hecho que el Derecho penal es el instrumento de intervención estatal que mayormente incide sobre la libertad individual”.

¹¹¹ FIANDACA/MUSCO, “Perdita di legittimazione del diritto penale?”, en *RIDPP*, 1994, En la selección de connotaciones asignables al Derecho penal tradicional y al Derecho penal nuevo...parece bastante claro que la búsqueda de nuevos caracteres del Derecho penal debe realizarse con referencias al Derecho penal moderno...cuestionándose si se trata de una diferencia cualitativa o solo cuantitativa. Y, sobre todo: si debe reflejar las características objetivas de la praxis, o por el contrario, reflejar construcciones idealísticas viciadas de opciones de teoría político criminal preconcebidas”.

¹¹² En el mismo sentido, FIANDACA, G, MUSCO, E, “Perdita di legittimazione del diritto penale”, en *RIDPP*, 1994, “El problema de la legitimación se ha de poner en relación desde la doble perspectiva interna y externa: la primera comprende el discurso de la legitimación efectuada desde la doctrina en sede de reflexión teórica; la segunda asume connotaciones sociológicas, políticas, en cuanto se refieren a percepciones sociales del papel del Derecho penal y de las razones que pueden hacerlo aparecer como hecho justificado a los ojos de la misma opinión pública”.

IV. 4 LA INCESANTE BÚSQUEDA DE SEGURIDAD: DERECHO PENAL SIMBÓLICO

Las revoluciones políticas se encuentran siempre al término de un proceso histórico. Llegan cuando los cambios económicos y sociales han sido tan notables que los viejos criterios y las viejas formas gubernamentales vienen a resultar perfectamente inútiles. Entonces surgen nuevas filosofías, no al comienzo del desarrollo sino al término¹¹³.

Pocas realidades están tan extendidas a lo largo del espacio y el tiempo como la criminalidad y las distintas formas de reacción social frente a ella; es una amarga realidad que cualquiera puede experimentar en cualquier parte del mundo, ya como autor o víctima, y no simplemente como espectador. La experiencia histórica hasta ahora demuestra que la solución del conflicto, sobre todo en los originados por las formas de comportamiento que más gravemente cuestionan las bases de la convivencia, son los conflictos criminales que se llevan a cabo a través de represión o sacrificio de los intereses de una de las partes, en beneficio o salvaguarda de la otra. Sería ideal que los conflictos pudieran resolverse mediante discursos, pactos, pero se convierte en una utopía difícil de alcanzar. No obstante, la admisión de soluciones represivas no ha de identificarse con solución arbitraria o producto de la ley del más fuerte.

Desde el principio de los tiempos, el cosmos, la naturaleza, eran enigmas simbolizados por seres amenazantes con los que era imposible luchar, que desencadenaban las fuerzas de la naturaleza. Aclarar los acertijos equivalía a enfrentarse sin miedo a los misterios del mundo y del ser humano a través del pensamiento. A medida que la sociedad avanza se buscan las razones que explican los hechos intentado resolver los enigmas del mundo, volviéndose digno de estudio. Es la búsqueda de la razón que ordena y nos permita conocer el todo.

La sociedad actual se caracteriza por el vértigo del relativismo, manifestada por la aceleración técnica y en la vida, de nuevas realidades económicas, a la que se han unido importantes cambios éticos sociales. Han ido dando lugar a una inestabilidad económica-familiar que produce

¹¹³ CROSSAM, *Biografía del Estado Moderno*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1996, pág 25.

un riesgo adicional en el ámbito de las relaciones humanas. Nos hallamos en un contexto de aceleración, de incertidumbre y de confusión¹¹⁴.

A su vez, nos encontramos ante una creciente interdependencia de los individuos en la vida social que da lugar, por otro lado, a que cada vez en mayor medida, la indemnidad de los bienes jurídicos de un sujeto dependa de la realización de conductas positivas (de control de riesgos) por parte de terceros. Se percibe una resistencia psicológica de la aceptación del caso fortuito frente a la admisión de la posibilidad de producción de daños al azar. La mayor parte de los riesgos no se conciben sin algún tipo de intervención/intermediación de decisión humana, de naturaleza comisiva u omisiva¹¹⁵.

Ante esta sensación social de inseguridad, la seguridad se convierte en una pretensión social a la que se supone que el Estado¹¹⁶ y, en particular el Derecho penal, deben responder. Esta búsqueda de la solución de la inseguridad en el Derecho penal, afecta directamente a las garantías esenciales, provocando una flexibilización de las mismas mediante su modificación o supresión.

“Todo el mundo puede extraer del Código penal contra qué abusos le protege el Estado con los medios del Derecho penal. Esta función del Derecho penal no debería ser infravalorada. Contribuye de modo esencial a un sentimiento de seguridad vital y a la renuncia del ciudadano a

¹¹⁴ SILVA, *La Expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política-criminal en las sociedades postindustriales*, Ed IbdF, Argentina, 2011, pág 61.

¹¹⁵ SILVA, *Expansión del Derecho penal...* op cit, pág 62, una vez producido el resultado lesivo, tendemos a rechazar que éste pueda no tener un origen en un comportamiento descuidado de alguien. A este hecho se suma la transformación de la víctima que no asume la posibilidad de culpa suya, o que, simplemente, responda al azar.

¹¹⁶ Nos hallamos ante “sujetos del bienestar” GONZALO SEARA en diario ABC, 12/9/1997 “donde el hombre moderno no solo vive en el Estado sino también del Estado. La pérdida del espacio vital dominado y de las reservas existenciales que vienen dadas con él le exponen al Estado y le traslada a éste la necesidad de seguridad y garantía de su existencia, que ya no se encuentran satisfechas en su esfera individual” HERZOG, citado por SILVA SANCHEZ, op cit, pág 64.

RIVERO ORTEGA *El Estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Ed Tecnos, Madrid, 2000, pág 25 y 26 “en el umbral del siglo XXI la función inspectora del Estado y su poder de vigilancia se potencian, debido al crecimiento del Estado que estimulan los avances tecnológicos y los cada vez mayores niveles de riesgo y complejidad del sistema social”... ”en una sociedad donde el conocimiento es el verdadero poder, un Estado computarizado no puede funcionar sin datos, por lo que debe volverse indiscreto, vigilando a los ciudadanos y a las organizaciones”.

Esta “sociedad del riesgo” o “de la inseguridad” conduce, inexorablemente al “Estado vigilante” o “estado de prevención” SILVA SANCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política-criminal en las sociedades postindustriales*, Ed IbdF, Argentina, 2011; RIVERO ORTEGA *El Estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Ed Tecnos, Madrid, 2000, pág 28 “ la intensidad de la función inspectora está en función del reparto de responsabilidades entre el poder público y los sujetos privados: si el poder público asume la prestación directa de numerosos servicios a los ciudadanos, es él mismo el responsable de su correcta ejecución, mientras que si es la sociedad, o la economía privada, la encargada de la realización de los servicios básicos para la comunidad, la necesidad de servicios administrativos de inspección es mayor”.

autodefenderse y a armarse en todas las direcciones. Garantiza un espacio de paz mínima, que queda libre de la atmósfera de *homo homini lupus* (del hombre). Este efecto de Derecho penal estatal no debería ser minusvalorado en su significado de psicología social. Con él no se concilia el enunciado -tranquilizador desde la perspectiva del Estado de Derecho- del mero favorecimiento del autor. Quien propaga soluciones favorecedoras del autor, propaga en el mismo instante soluciones que lastran a la víctima. Con ello, propaga fricciones en una estructura que sólo se aprehendiere de modo suficiente con el doble sentido de la imagen de Magna Carta. Esto o no se ve o se ve en silencio, pero no debería pasar desapercibido en una época que ha asumido como tarea el descubrimiento de la víctima”¹¹⁷.

El ansia de seguridad y satisfacción de una colectividad que se identifica ante todo con la víctima conduce a la animadversión del Derecho penal clásico, concibiéndolo como obstáculo en si mismo, que se opone a una gestión eficiente de las cuestiones de seguridad¹¹⁸. Promoviéndose la instrumentalización del Derecho penal para garantizar las prestaciones a las que la sociedad, como expresión de la “identificación social de la mayoría con la víctima”¹¹⁹, tiene derecho. Proyectándose así, la imagen del Estado como titular de la patria potestad, cuya principal función se centra en la de proveedor y protector de sus hijos de todo daño.

Se infiere pues, un entusiasmo punitivo en las sociedades actuales, gráficamente retratado en una SAP Sevilla de 12 de julio de 1993, por el ponente VELASCO: “*La emergencia de nuevos bienes jurídicos de titularidad colectiva, la aparición de medios de ataque distintos a los tradicionales, e incluso la deseable fuerza adquirida por determinados movimientos sociales emancipatorios, provocan una especie de entusiasmo punitivo en determinados sectores de la opinión pública, y aun en conspícuos operadores jurídicos, que parecen propugnar, en vez del benemérito principio de intervención mínimo por otro de intervención máxima*”. Esta demanda constante de criminalización, conlleva una inversión de posiciones, en los que ya no está en primer

¹¹⁷ HILLENKAMP citado por SILVA SANCHEZ, *La expansión del Derecho penal...* op cit, pág 43 como oportunamente ha entendido SILVA, *La expansión del Derecho penal...* op cit, pág 44. El Derecho penal entendido como Carta Magna de la víctima favorece la inclusión de zonas grises de los términos legales, identificándose, con ello, con las características de la interpretación extensiva más allá del tenor literal como interpretación admisible (asumiendo la naturaleza de analogía).

¹¹⁸ SILVA SANCHEZ, *La expansión del derecho penal...* op cit, pág 44, demanda un Derecho penal público frente a las actuales tendencias de privatización como medio de alcanzar el límite de coacción estatal-formal mínimamente necesario para contener razonablemente la violencia social informal, esto es, al límite de su eficacia preventiva-integradora.

¹¹⁹ SILVA SANCHEZ, *La Expansión del Derecho penal...* op cit, pág 43.

plano la negativa a las estructuras de poder sino el incentivo a la intervención de ellas¹²⁰.

En esta identificación social con la víctima y, por tanto con la sociedad, la víctima se cuestiona en todo momento la responsabilidad del hecho o, concretamente, la atribución de responsabilidad. No obstante, no cabe hablar de responsabilidad sin capacidad de acción ni conocimiento, ni tampoco la mera concurrencia de capacidad de acción y conocimiento puede fundamentar la responsabilidad, pues entramos en el campo de la obligación moral y, por tanto, del deber. Todo ello genera que la “expansión de la imputación” pueda dar lugar a procesos despersonalizados. “Mientras la ideología (mito/razón) ha dado, durante mucho tiempo, carta de naturaleza a los fenómenos históricos, hoy se mueve a la inversa: dar una explicación humana a todas las catástrofes naturales. Todos los sufrimientos se remiten a algunos responsables que soportan su peso: ¿no estamos ante un mecanismo sacrificial?”¹²¹. Nos encontramos pues, ante sociedades que precisan frente a la producción de un daño del valor simbólico-comunicativo de la imputación¹²².

Frente a las transformaciones ocurridas, parece que el Derecho penal clásico no posee

¹²⁰ SILVA SANCHEZ, *La Expansión del Derecho penal...* op cit, pág 45

¹²¹ GARAPON *Juez y democracia. Una reflexión muy actual*, Ed Flor del viento, Barcelona, 1997, pág 104.

¹²² SILVA SANCHEZ, *La expansión del Derecho penal...* op cit, pág 45. No obstante, no puede dejarse aparte la necesidad de la sociedad de educar a través de instrumentos intensos y efectivos alejados del descrédito de otras instituciones de protección. En este sentido, ORTEGA Y GASSEST, “La rebelión de las masas, 1930”, en *Obras completas*, Ed Taurus, 2010, pág 198 y 199, “Europa se ha quedado sin moral... no se hallará entre todos los que representan la época actual uno sólo cuya actitud ante la vida no se reduzca a creer que tiene todos los derechos y ninguna obligación... su estado de ánimo consistirá decisivamente, en ignorar toda obligación y sentirse, sin que el mismo sospeche por qué, sujeto ilimitado de derechos” es el “individualismo en masa”.

SILVA SANCHEZ, *La expansión del Derecho penal...* op cit, pág 48 considera que no cabe aparcarse la importancia de un fuerte asentamiento de principios morales en la sociedad, pues es innegable que ocupan/desempeñan una función de orientación al permitir/favorecer, en cierta medida, una certidumbre/seguridad en la respuesta o conducta de los demás. Permitiendo, con ello, “la renuncia al permanente proceso de aseguramiento cognitivo”.

JEAN -CLAUDE GUILLEBAUD “Cuando una sociedad pierde sus puntos de referencia, cuando los valores compartidos y sobre todo una definición elemental del bien y del mal, se desvanecen, son reemplazados por el Código penal. Si usted habla con los magistrados, le dirán que se les está pidiendo una tarea imposible: no sólo aplicar el derecho, que es su función, sino también producir valores, para lo cual no se sienten cualificados. Corresponde a la sociedad trazar la frontera entre el bien y el mal, entre lo que está permitido y lo que no lo está. En una palabra, le corresponde plantear la cuestión de lo prohibido, a lo que ha renunciado desde hace treinta años” citado por SILVA SANCHEZ, *La expansión del Derecho penal...* op cit, pág 50.

DIEZ RIPOLLES, *Política-criminal y Derecho Penal, Estudios*, Ed. Tirant lo blanch, Barcelona, 2013, pág 63, lo expresa de esta manera “el fracaso en la consolidación de una moral social civil y autónoma ha conducido a que las opiniones sociales, de modo muy extendido, equiparen los contenidos de Derecho penal con los de esa moral social poco definida, y que en consecuencia exijan a la Política-criminal que se pronuncie sobre aspectos conflictivos éticos que no son propiamente de su competencia”. Estamos pues ante la visión de un Derecho penal como único instrumento eficaz de pedagogía político-social, como mecanismo de socialización, de civilización. PALIERO “*La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: Il problema della committoria editale*” en *RDIPP*, 1994, pág 1228-1229.

elementos suficientes para el enfrentamiento de los problemas derivados de ellas. De acuerdo con MUÑOZ CONDE, ese Derecho penal "carece de información suficiente sobre el efecto preventivo de sus disposiciones, exige una imputación del injusto a personas físicas individuales y requiere una prueba precisa de la relación causal entre la acción y los daños"¹²³.

Esa presunta insuficiencia, del hasta hoy, intervención mínima, parte de la herencia del liberalismo, considerado como uno de los parámetros del legislador, para la elaboración y mantenimiento de un sistema penal justo y coherente con los fines del actual Estado social y democrático de Derecho. Provoca el surgimiento de un Derecho penal moderno, con características propias, actuando en sectores distintos que el Derecho penal clásico, con otros instrumentos y produciendo cambios en sus funciones. En paralelo, la actuación de ese Derecho penal moderno ha generado problemas de gran relevancia, en la que la primera impresión parece atentar directamente contra los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho.

Nos debemos plantear, en este momento, la utilidad social de la expansión de Derecho penal en aras a la evitación de los nuevos riesgos derivados de la sociedad de riesgo. Una primera respuesta avoca a que el Derecho penal no pueda concebirse como instrumento garantizador de la seguridad colectiva. En el caso contrario, surge la pregunta de si estamos dispuestos a asumir los costes que dicha intervención penal supone en términos de libertad y garantías del individuo.

En el Derecho penal los efectos simbólicos se manifiestan en mayor profundidad en relación a los efectos instrumentales. Las distintas doctrinas se centran en un doble enfoque: para unos se centran en la necesidad de mantener la intervención penal a pesar de reconocer la imposibilidad de alcanzar los efectos instrumentales mientras pervive la ficción jurídica de los efectos simbólicos de determinados fines frente a los alcanzados realmente¹²⁴; para otros, en cambio, como ejemplo el criterio de SILVA SANCHEZ¹²⁵, se afirma la visión negativa de la sobredimensión de los efectos simbólicos que llegan a desnaturalizar el derecho penal. Posteriormente el autor, va mitigando esta postura encaminándose a la prevención "simbólica-comunicativa"¹²⁶.

¹²³ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, parte general*, Ed Tirant lo Blanch, Barcelona, 2015, pág 305.

¹²⁴ HASSEMER, "Rasgos y crisis del derecho penal moderno", en *ADPCP*, 1992, pág 235 y ss, del mismo autor, "Derecho Penal simbólico", págs 28-30, 35.

¹²⁵ SILVA SANCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Ed B de F, Buenos Aires, 2011, págs 305-307.

¹²⁶ SILVA SANCHEZ *La expansión del Derecho penal...* op cit, págs 57-61, 124, 127.

Para DIEZ RIPOLLÉS, deberíamos centrarnos más en el efecto conseguido para legitimar o no el efecto simbólico, sin necesidad de caer en la idea absoluta de desnaturalización o deslegitimación del Derecho Penal.

El Derecho Penal simbólico tiene lugar porque, a través de la pena, se obtienen efectos socio-personales expresivos integradores que carecen de legitimidad, no por su naturaleza, sino porque no se acomodan a las decisiones políticas-criminales que fundamentan la pena. Conformando un rebasamiento de los límites utilitarios que el principio teleológico de la sanción penal marca a la intervención penal¹²⁷, al satisfacer objetivos ajenos al orden social básico¹²⁸.

A pesar de la ampliación del ámbito del Derecho Penal subsidiario y mínimo que caracteriza al mismo, no cabe duda de la necesidad de responder frente a las nuevas exigencias que comportan la sociedad actual¹²⁹, una sociedad de masas en la que los mecanismos de comunicación se han convertido en una pieza clave dentro del tablero de juego. Todo ello, no implica una renuncia al

¹²⁷ DIEZ RIPOLLÉS *Política criminal y Derecho Penal, Estudios*, Ed. Tirant lo blanch, Barcelona, 2013, pág 62.

¹²⁸ En este sentido, HASSEMER “Derecho Penal simbólico y protección de los bienes jurídicos” en *Pena y Estado*, 1991, pág 23-26 habla de un concepto gradual en el que la intervención penal experimenta un desplazamiento hacia efectos no decisivos para la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos o extraños a las necesidades de control social pero que no dejan de recalar en otros aspectos significativos.

DIEZ RIPOLLÉS, *Política criminal...* op cit, pág 62, efectúa una interesante clasificación de los efectos simbólicos experimentados en el Derecho Penal, en atención al objetivo satisfecho. Se decanta por la ausencia de prevención de comportamientos delictivos centrándose en la agilidad de respuesta ante la aparición de nuevos problemas (artículo 161 CP); la prohibición de determinadas conductas (clonación de seres humanos) en el que la ciencia se halla aún en fase experimental; la identificación del legislador con las preocupaciones de los ciudadanos (acoso sexual); aquellos que declaran de forma rotunda cuales son los valores correctos respecto a una determinada realidad social, renunciando a despenalizar determinadas conductas, cuya necesidad de prevención jurídico-penal ya no existe o es muy discutible (cooperación necesaria a la eutanasia); aquellas cuyo papel principal es mostrar el grado de compromiso alcanzado (art 78 CP) admitiendo la neutralización de la decisión inicial de computar íntegramente las penas a efecto de beneficios penitenciarios. Se centra el autor, asimismo, en intervenciones penales cuyo efecto no van más allá de la fase de la conminación penal (no obvia la capacidad de prevenir determinados comportamientos delictivos) dentro de las que encuadra aquellas cuya formulación técnicamente defectuosa las hace intransitables a condiciones de operatividad a fin de alcanzar una eventual sanción penal (art 510 CP, provocación al odio contra determinados grupos sociales, estructurados sobre elementos subjetivos); en las aprobadas sin los recursos materiales o personales que dificultan su efectiva aplicación en caso de infracción (obligaciones o deberes con los que se puede condicionar la suspensión de la pena 83 CP); adiciona el autor aquellas que no prevén sanciones o su aplicación es técnicamente imposible (art 18.2 CP sólo es punible si constituye una provocación). Incorporando por último las que ignoran el principio de subsidiariedad, entre las que incluyen aquellas que suscitan en la sociedad la confianza de que se está haciendo lago frente a problemas no resueltos (art 227 CP impágo de pensiones familiares); aquellas que generan un clima de confianza ante reacciones emocionales favorecidas por determinados sucesos (art384 CP, frente a los accidentes ocasionados por los llamados conductores suicidas).

¹²⁹ En este mismo sentido GOMEZ MARTIN, VICTOR, “Libertad, seguridad, y sociedad del riesgo”, en *Política criminal en Europa*, MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs), GOMEZ MARTIN (coord), Ed Atelier, Barcelona, 2004, pág 205, considera que el Derecho penal clásico liberal hasta ahora vigente en los países de nuestro entorno cultural no fue concebido, en los nuevos riesgos de la sociedad del riesgo del siglo XXI, sino en los riesgos propios de la sociedad industrial del siglo XIX y parte del siglo XX.

Derecho Penal mínimo¹³⁰ sino una necesaria revisión de los parámetros dentro de la dinámica propia de cualquier ordenamiento jurídico¹³¹.

IV. 5 LA INTERRELACIÓN ENTRE BIEN JURÍDICO, POLÍTICA CRIMINAL Y LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

El estudio de los bienes jurídicos no es ajeno al desarrollo de la Política criminal, al contrario, si recorremos las distintas reformas experimentadas por el Código penal de 1995, comprobamos una relación simbiótica entre ellas.

La selección de bienes jurídicos dignos de protección por el ordenamiento jurídico penal, así como el medio de protección, se ha convertido en un factor determinante del plus de gravedad de la pena en el panorama actual.

En este sentido, se ha mantenido que la pena, mediante su determinación o individualización se halla indisolublemente asociada a la protección del bien jurídico que cada ilícito en particular se encuentra destinada a tutelar. De modo que el “plus de la pena” supone una mayor protección del bien jurídico de que se trate, pues conlleva una mayor prevención de su afectación por medio de la amenaza de la pena. Así, la mayoría de los tipos cualificados supone un mayor desvalor asociado a una mayor afección del bien jurídico protegido¹³².

Si analizamos las reformas experimentadas por el Código penal, comprobamos la incidencia que la dirección de Política criminal ha tenido en el sistema punitivo, modificando los marcos

¹³⁰ DIEZ RIPOLLÉS, *Política criminal...* op cit, pág 70, sintetiza los principios esenciales del Derecho Penal mínimo en la atribución de una eficacia mínima a los instrumentos por excelencia de intervención penal (la norma y sanción penal). Consciente reducción de su campo de actuación en la tutela en los presupuestos esenciales para la convivencia. Profunda desconfianza hacia un equilibrado ejercicio del poder sancionador de los poderes públicos como herencia del liberalismo político. Y, por último, la existencia de unos límites infranqueables en la utilización de las sanciones penales, tales son, la humanidad de las penas, la proporcionalidad, y, sin que quepa descartar la resocialización.

¹³¹ JAKOBS, CANCIO, *Derecho penal del enemigo*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003, págs 59, 60. Por el contrario, GARCÍA PABLOS MOLINA, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág 429 y ss, no percibe la emergencia de otro modelo que no sea el de la justicia reparadora.

¹³² BESIO, *Criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 289.

penales de ilícitos tipos de forma cuantitativa (agravándose en la mayoría de los casos), y cualitativamente en algunos supuestos: I) Mermando el arbitrio judicial al desaparecer la pena alternativa o, agravando las opciones para llevar a cabo la alternatividad, así como sustituyendo, de forma agravada, la naturaleza de la sanción penal (como la sustitución de la pena de multa por la pena privativa de libertad). II) Se incrementan, así mismo, los subtipos agravados y la penalidad inherente a los mismos. III) Se aprecia un abuso de la técnica del desbordamiento de las aristas del marco, elevándose las limitaciones por el desplazamiento del marco abstracto absoluto. IV) Aparecen nuevas penas, concretamente, la pena de prisión permanente revisable.

Así pues, el Derecho penal se ha de entrelazar con el contexto histórico en el que se aplica. Partiendo de esta idea, el fenómeno actual de especial sensibilización de la opinión pública ante el ataque o puesta en peligro de los bienes jurídicos no ha pasado indiferente en el proceso de morfología de la pena. En este sentido, cabe comprobar como las medidas adoptadas en los últimos años han ido encaminadas a crear marcos abstractos absolutos nuevos que el órgano jurisdiccional ha de tener en cuenta a la hora de individualizar la pena, marcos que en ocasiones han perfilado conductas más abstractas o generales o, que han provocado la aparición de nuevos tipos delictivos en el panorama punitivo. En otras ocasiones, la afectación radica en un estadio más evolucionado del *percorso*, el marco pseudo accidental, con una pérdida de la simplificación que caracterizó al CP de 1995, en aras de la seguridad jurídica ante determinados bienes jurídicos. Acompañadas estas manifestaciones con una pérdida del sentido individual de la *Armonía*, al hacer especial hincapié en reformas de naturaleza preventiva general.

En definitiva, se comprueba como la preocupación de la sociedad por bienes jurídicos, como la libertad sexual e indemnidad sexual, integridad moral de la víctima (en los supuestos de violencia de género), seguridad, medio ambiente o el patrimonio de la Hacienda Pública han ocasionado una profunda definición y ampliación de los cauces que enmarcan la determinación de la pena, así como de las herramientas utilizadas por el Juez para la determinación e individualización armonizadora de la pena, con incrementos de los marcos punitivos básicos, aparición de subtipos agravados y el florecimiento del recurso a la pena inferior en grado y superior en grado, con el consiguiente desbordamiento del marco.

IV.6. PANORAMA DELICTIVO: LA POSICIÓN DE LA VÍCTIMA

El panorama delictivo oscila en torno a dos bases, la delincuencia clásica, manifestada en la afectación de intereses individuales (vida, integridad, propiedad, y libertad), y la denominada criminalidad de los poderosos (o llevada a cabo por sectores socialmente privilegiados)¹³³, como manifestaciones de aquel. La interacción entre aquellas no siempre ha guardado la misma sintonía, desplazándose el protagonismo entre ellas, para destacar en el momento actual, los rasgos de la delincuencia clásica que encuentra su campo de cultivo en el sentimiento generalizado de inquietud social o inseguridad ciudadana¹³⁴.

Así, el centro del debate doctrinal actual no se encuentra en la criminalidad de los desposeídos, sino en la criminalidad organizada, la criminalidad de las empresas, la corrupción política-administrativa, el abuso del poder, la violencia conyugal, la denominada criminalidad de los poderosos; lo cual, como advierte SILVA, nos desvirtúa la perspectiva de la realidad criminal, donde el 80% se manifiesta en criminalidad de los marginados.

No estamos asistiendo a la configuración de una representación social escindida del Derecho penal, que diferencie entre poderosos y marginados, recurriendo a un doble baremo, sino a una transformación global en la representación de la criminalidad de signo inequívocamente defensora, coincidente con un progresivo aumento de la responsabilidad individual¹³⁵. Ahora bien, el razonamiento anterior no implica una modificación de las “reglas del juego”¹³⁶, como acreditación

¹³³ FIANDACA G, MUSCO, E, “¿Perdita la legittimazione del diritto penale?”, en *RIDPP*, 1994, estos autores distinguen entre “el derecho penal clásico y el constituido por el amparo de la normativa de emergencia: inaugurada por la legislación antiterrorista y sucesivamente alimentada de la copiosa e insana organización criminal”.

¹³⁴ En este sentido, DIEZ RIPOLLES, *Política-criminal...* op cit, págs 75/76 considera necesario efectuar una doble distinción: la política criminal orientada a la seguridad ciudadana cuando hablamos de delincuencia clásica, de la política criminal centrada en la modernización del Derecho Penal cuando nos hallamos ante manifestaciones de la delincuencia de los poderosos, cuyo centro gravitatorio se manifestó durante los últimos años del siglo XXI. Por el contrario, SILVA SANCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Ed. Civitas, Madrid, 2011, pág 101, manifiesta cierta ambivalencia a la hora de estudiar los efectos de una y otra exposición de la criminalidad; MEDINA ARIZA, “Inseguridad ciudadana, miedo al delito y policía en España” *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm 5, 2003, recurso online, sin paginación.

¹³⁵ SILVA SANCHEZ, *La expansión del Derecho penal...* op cit, pág 101. Por otro lado, KUNZ critica que “Los incrementos claros de la eficiencia en el control social sólo se pueden alcanzar mediante el enérgico Derecho penal especial de la puesta en peligro, que corre el riesgo de desbordarse por los ámbitos de la criminalidad tradicional y generar un cambio esencial de modelo, desde el Derecho penal del ciudadano al Derecho penal del enemigo” citado por SILVA SANCHEZ, *La expansión del Derecho penal...* op cit, pág 100. “las desigualdades frente a las eventuales desigualdades en el trato con la criminalidad no pasan pues, por la eliminación de las garantías en la represión de la delincuencia de los poderosos, sino, por el contrario, por lograr que los marginados disfruten realmente-y no sólo teóricamente- de las mismas garantías que aquéllos” SILVA SANCHEZ, *La expansión del Derecho Penal...* op cit, pág 103.

¹³⁶ SILVA SANCHEZ, *La expansión del Derecho Penal...* op cit, pág 103.

de la limitada capacidad del Derecho penal clásico de base liberal (con los principios de taxitividad, imputación individual, presunción de inocencia...), para combatir fenómenos de criminalidad, pues como ha señalado KUNZ: “solo los cínicos pueden aceptar que la legislación penal contra la macrocriminalidad ha traspasado ya el rubicón de la vinculación por los principios tradicionales y puede en adelante proseguir “la lucha” contra las percibidas mega-amenazas de modo consecuente y sin atención a los lastres de los formalismos del Estado de Derecho”¹³⁷.

Una manifestación de la extensión de la preocupación de la sociedad por la delincuencia, la hallamos en la preeminencia de los espacios dedicados a la crónica criminal en los más diversos medios de comunicación, generando una relación directa, no única, con el eco que tales publicaciones provocan en amplias capas de la población¹³⁸. Este creciente interés de la sociedad por los efectos de la criminalidad unido al incremento del protagonismo de la individualidad, ha colocado en el tablero de juego la sustantividad de los intereses de las víctimas, los cuales se mantienen subsumidos en los intereses públicos condicionando el interés de la sociedad¹³⁹. En consonancia, la percepción de la realidad y de los conflictos sociales por la opinión pública creada, mantenida o redirigida por los medios de comunicación, las víctimas o grupos de víctimas, alejados de los operadores jurídicos habituales cuya credibilidad o fiabilidad se ha visto empañada, conforma un peso relevante a la hora de inclinar la balanza en la configuración de las leyes penales¹⁴⁰, cimentando el descrédito de los expertos¹⁴¹. Manifestado todo ello, ejemplificativamente, en el distanciamiento y posterior elección de políticas criminales encaminadas a privarles del margen de discrecionalidad del que gozaban. Así como la necesidad de inmediatez en la respuesta con efectos

¹³⁷ KUNZ, “... mediante intervención profiláctica que no espera a la producción de la lesión de los derechos, mediante responsabilidad colectiva, que renuncia a la imputación individual; mediante inversión de la carga de la prueba y delitos de sospecha, que desprecian la presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo, mediante la dotación de instituciones de persecución penal con competencias análogas a la de los servicios secretos, que sólo pueden ser controlados judicialmente de modo limitado” Citado por SILVA SANCHEZ, *La expansión del Derecho Penal...* op cit, pág 105.

¹³⁸ DIEZ RIPOLLÉS, *Política criminal...* op cit, pág 77.

¹³⁹ En este sentido, DIEZ RIPOLLÉS, *Política criminal...* op cit, pág 77 considera que el principio de neutralización de las víctimas por el que su capacidad de intervención ha de ser suficientemente limitada como para no condicionar los intereses públicos que en ella se están sustancialmente dilucidando, ha modificado su curso, encomendando la tarea de asegurar que argumentaciones complejas y matizadas de los poderes públicos que pretendan abarcar intereses sociales contrapuestos, sean mantenidas lo suficientemente alejadas como que no interfieran en la adecuada satisfacción de los intereses de los directamente afectados por el delito.

¹⁴⁰ En este sentido, DIEZ RIPOLLÉS, *Política criminal...* op cit, pág 79, 80, denuncia el abuso de la democracia directa; GONZALEZ CUSSAC, “La contrarreforma penal de 2003. Nueva y vieja política criminal”, *Revista xuridica galega*, núm 38, 2003, págs 19-21, 32. Un uso populista y politizada de los medios de comunicación ha sido criticada por diferentes autores; SCHEERER “El rechazo de los medios de poder cede ante la voluntad de servirse de ellos en el propio interés”, citado por GONZALEZ CUSSAC, op cit, pág 33.

¹⁴¹ MAQUEDA ABREU, “Crítica de la reforma penal anunciada”, en *Jueces para la democracia*, núm 47, 2003, pág 9.

a corto plazo, restando en calidad en la respuesta y optando por criterios cuantitativos exarcebados¹⁴², exteriorizado y justificado, así mismo, por la revalorización del componente afflictivo de la pena como parámetro adecuado para satisfacer las demandas retribucionistas o talionistas de la víctima y, de alguna manera, extrapolándolo, a las demandas de la sociedad. Concretamente, en este marco se dignifica el regreso de la opción de la pena de privativa de libertad¹⁴³, como medio para garantizar el acomodo de los intereses de las víctimas a un primer plano del escenario, respondiendo a las exigencias retributivas de la sociedad, que concibe al delincuente como ser humano con conciencia de la decisión tomada sin que se encuentre condicionado por factores externos o sociales, convirtiéndolos en desviados por elección propia, frente a los que la comunidad social elude hacer frente debido a los costos económicos y sociales vinculados al control de la desviación para alcanzar la transformación social.

Pero, como acertadamente ha mantenido HASSEMER, “en ningún caso la solución del conflicto criminal se deja en manos de sus propios protagonistas, e, incluso, en los casos que se permita (estado de necesidad, legítima defensa) los protagonistas que quieren invocar la solución jurídicamente correcta tienen que regirse en su comportamiento, directa o indirectamente, por el aprendizaje jurídico que hayan tenido en los procesos de socialización, que posteriormente han de ser confrontados con la decisión de los Tribunales de Justicia”.

En los casos donde el protagonismo del conflicto es asumido por el rol de delincuentes y/o víctimas, las teorías criminológicas tradicionalmente han centrado su estudio o atención en el delincuente, en la criminalidad como problema y objeto de preocupación, en sus causas y posibles soluciones o, un segundo grupo, en el por qué unas conductas y unas personas, con independencia del daño social objetivo de sus acciones, son estigmatizadas con la etiqueta de delincuentes.

Adjudicándose, entonces, a la víctima un papel secundario en la escenificación de la obra. El procedimiento, queda incluso “neutralizado”¹⁴⁴, impidiéndose la justicia por su mano, una venganza

¹⁴² En este sentido, DIEZ RIPOLLÉS, *Política Criminal...* op cit, pág 80, critica la necesidad de los partidos en satisfacer las más superficiales demandas populares en una “atolondrada carrera por demostrar que son los más duros ante el crimen”.

¹⁴³ GARLAND GARLAND “The culture of control” *The University of Chicago, Press*, 2001, pág 8-9, 175-179, 148-150, 154-165, SILVA SANCHEZ, *La expansión del Derecho Penal...* op cit, pág 141 y ss.

¹⁴⁴ HASSEMER, “Rasgos y crisis del derecho penal moderno”, en *ADPCP*, 1992, pág 236 y ss hasta el punto que solo puede actuar como testigo o de forma coadyuvante con el Ministerio Fiscal, en su caso, ejerciendo la acusación particular.

personal, en tanto, el castigo no puede depender de la voluntad de la víctima. Lo contrario, implicaría condicionar arbitrariamente la aplicación del Derecho penal en función de sus intereses. No cabe pivotar el eje en torno al que gira la actuación de los órganos de la Administración de Justicia penal, hacia la víctima, sin perjuicio de aumentar su interés.

Dado que el Estado se presenta aquí frente al individuo en la plenitud de poder, no basta el mero aseguramiento jurídico estatal de este poder, pues ha de añadirse la concesión de una asistencia social allí donde el individuo la necesite. En la praxis de la Política criminal se halla, en primer plano, el ámbito de la persecución penal (sobre la función pública de indemnización de las víctimas del delito como expresión del principio del Estado social) y de la realización de la pena. Sólo la superación del tenso equilibrio entre Estado de Derecho y Estado Social permite hallar pleno contenido al marco jurídico que no se ve destruido o anulado por la idea social¹⁴⁵. Algunos autores consideran que el fenómeno de identificación de la víctima conduce a entender la propia institución de la pena como mecanismo de ayuda para la superación, por parte de la víctima, del trauma generado por el delito, desde el argumento que si la sociedad no ha sido capaz de evitarle a la víctima del trauma originado por el delito, tiene una cuota de responsabilidad o de deuda, al menos en principio, frente a la víctima, que se manifiesta en la obligación de conseguir el castigo del autor. “Manifestando la pena la solidaridad del grupo con la víctima. La pena deja fuera al autor y, con ello, reintegra a la víctima”. No obstante, no puede dejarse al margen que, la víctima no deja de ser víctima por el cumplimiento exacerbado, vertiginoso de la retribución o por la satisfacción en grado máximo de estos sentimientos retribucionistas. Una retribución proporcional a la culpabilidad, como manifestación de la contrapartida de la cesión que se efectúa a la adhesión del contrato social, es el primer paso para la adquisición del equilibrio, el restablecimiento de la confianza en la sociedad como representación del contrato social. De modo que, el hecho criminal y la pena combinan desde el “plano de los significados o sentidos”¹⁴⁶.

Pero este primer paso ha de ir seguido de otros pasos individuales realizados por la propia víctima como manifestación o señal indicativa de pérdida de la condición y/o sentimiento de aquella, incluyendo nuestras respuestas emocionales y de comportamientos ante todas las

¹⁴⁵ ZIPFH, *Introducción a la Política-criminal*,... op cit, pág 45.

¹⁴⁶ JAKOBS GÜNTER, “La pena como reparación del daño” en *Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Escandía*, Ed Legis, pág 396 HEGEL citado por el autor criticó la contradicción de la comprensión de la pena “solo como un mal en sí” cuando se trata de “eliminar el delito” concibiendo el delito como “la lesión del derecho en cuando derecho”, no debiéndonos centrar en la comprensión de la secuencia irracional de dos males (delito y pena) sino la secuencia de injusto y justicia.

situaciones de la vida, en tanto, “la existencia no admite representantes”¹⁴⁷, sin que quepa la consideración de *pater familia* del Estado.

IV.7 LIBERTAD/SEGURIDAD. INTERACCIÓN Y CONSECUENCIAS DE LA SITUACIÓN ACTUAL.

Hoy día, es obvia la tensión latente entre libertad y seguridad. En el contexto de globalización política y económica, el Derecho se ha de compaginar con la realidad rica, cambiante y compleja que ha cristalizado en los últimos años. No cabe negar o, cerrar los ojos, al surgimiento de nuevos bienes jurídicos altamente cualitativos para la sociedad¹⁴⁸. Mas, ello no implica una aceptación inagotable o ilimitada en la inclusión de bienes jurídicos jurídicamente protegibles, pues como ha señalado DOLCINI: “en un Estado laico... el legislador no puede convertir la pena en un recurso para llevar a cabo fines éticos; la pena no puede ser un instrumento de retribución; no puede afirmar como una idea superior de justicia, la retribución del mal del delito con un mal equivalente consiguientemente la pena no puede reprimir un comportamiento solo porque sea contrario a un código ético”¹⁴⁹.

Frente a ellos, el hombre individual padece de “ceguera” ante el peligro/la lesión, pues no cabe la identificación (social) en la línea de comunicación directa que se proporciona en los delitos

¹⁴⁷ BUCAY, JORGE, recurso on-line, el autor ha manifestado que “nadie puede saber por ti, nadie puede crecer por ti, nadie puede buscar por ti, nadie puede hacer por ti, lo que tú mismo has de hacer, la existencia no admite representante”.

¹⁴⁸ En este mismo sentido HASSEMER, “Rasgos y crisis del derecho penal moderno”, en *ADPCP*, 1992, pág 235 y ss, ha declarado que: “El delito no es un concepto puramente formal sino que trasciende al ámbito material. La conducta delictiva se traduce por la conducta socialmente nociva, lesiva o, al menos, peligrosa para los bienes jurídicos más importantes para el individuo y/o para la sociedad.... a veces lo que cambia es la actitud social ante determinadas realidades que tradicionalmente se han considerado al margen del Derecho penal o ante las que había un margen de flexibilidad o tolerancia/ permisividad”.

¹⁴⁹ DOLCINI E, MARINUCCI, G *Manuale di Diritto penale, Parte Generale*, Terza Edizione, Ed Guiffirè, Milano, 2003, pág 66.

tradicionales (robo, hurto, agresión sexual). Su conocimiento es abstracto; su realización, en altos porcentajes, proveniente no ya de hechos originados en la fuerza de la naturaleza (si partimos del medio ambiente, como bien jurídico colectivo por antonomasia), sino de la mano del propio hombre con una capacidad destructiva que iguala a de la naturaleza. Con un plus, desde el momento en que se produce su destrucción o lesión conlleva consecuencias catastróficas para la propia vida de la sociedad. Es el contexto de modelo de sociedad orientado a una restricción progresiva de las esferas de actuación arriesgada.

Es necesario encontrar una fórmula de compromiso en el binomio libertad-seguridad, sin que el ejercicio de una suponga la desaparición de la otra. No podemos caer en el recurso al Derecho penal como instrumento fácil al que acudir por parte de los poderes públicos a la hora de enfrentar problemas sociales de hondo calado “que no puedan o no quieran resolverse de otra manera”¹⁵⁰. No cabe que le atribuyamos la naturaleza de dulce al que es goloso acudir o difícil resistir. Pues, en principio, el Derecho penal goza de una naturaleza neutra, pudiéndose extender la manifestación de la misma hacia una mayor restricción o, por el contrario, una mayor extensión¹⁵¹.

En este marco, la Política criminal como conjunto de directrices y decisiones que, a través de los conocimientos y concepciones vigentes en la sociedad en un contexto histórico se ha dado sobre la criminalidad y su control, determina la creación de instrumentos jurídicos para controlarla, prevenirla, reprimirla y no puede utilizarse como moneda de cambio. A la hora de trazar el esbozo del dibujo, aunque formalmente es competencia del poder legislativo y, a pesar de que no puede negarse la influencia de los distintos grupos sociales, no debe primar la rentabilidad inmediata al propio beneficio en la interacción seguridad-libertad. En tanto, se convertiría en una manifestación más de unos de los grandes males o lacras de este siglo, materializada en las decisiones a corto plazo, sin proyección real de futuro¹⁵².

No se ha seguido en España la misma vía que en el Derecho comparado de aplicación

¹⁵⁰ SILVA SANCHEZ, *La expansión del Derecho penal...* op cit, pág 141.

¹⁵¹ SILVA SANCHEZ, *La expansión del Derecho penal...* op cit, pág 144; HASSEMER, “Rasgos y crisis del derecho penal moderno”, en *ADPCP*, 1992, pág 237 y ss, ha mantenido que Derecho se ha de compaginar o ha de ir acompañado del saber empírico ofrecido por la Sociología, economía, psicología... no es idílica, sino que se plantean punto de fricción... no pueda resolverse mediante un divorcio entre la realidad empíricamente demostrada de ineficacia de unas medidas puramente represivas y una regulación penal que cada vez tiende más al aumento de la dureza y a la intervención represiva sin que ello suponga una reducción del problema que trata de resolver.

¹⁵² En este sentido, HASSEMER, “Rasgos y crisis del derecho penal moderno”, en *ADPCP*, 1992, pág 238, habla de “Política criminal electoralista”, que con el fin de satisfacer las demandas del electorado, se promete soluciones a los problemas de criminalidad y su control que no son factibles o incluso puedan ser contraproducentes.

material y ejecución de las penas orientadas a la resocialización, surgiendo diversas voces que alertaban de la limitada aplicación de las penas alternativas a la prisión¹⁵³. Si el clima jurídico, en el año de aprobación de la LO, que dio entrada en nuestro ordenamiento jurídico del CP actual era favorable a la reinserción, en el momento actual presenciamos un cambio de rumbo u orientación, aproximándose a la necesidad de responder, de manera efectiva, a una percepción inmediata de la realidad. Se incrementa el sentimiento de impotencia ante la criminalidad, diluyendo o dificultando el cuidadoso equilibrio entre la debida consideración del interés social, en la protección de los bienes esenciales para la convivencia, y la coherente preocupación por impedir que ello conlleve un fortalecimiento en la intromisión excesiva de los poderes públicos dentro de los derechos y libertades de los ciudadanos¹⁵⁴.

Un claro reflejo de esta transformación afecta directamente a la parte más dinámica que caracterizaba o alentaba el sistema punitivo liberal, conformado por la fase judicial y la fase ejecutiva, que mediante el sistema de la alternatividad, así como la valoración del abanico de factores dimanantes del principio de legalidad permitía la individualización más plena, atendiendo a criterios de prevención especial/resocialización¹⁵⁵. En este sentido, BECCARIA sostiene que para que “una pena obtenga su efecto, basta que el mal de la pena exceda del bien que nace del delito... todo lo más resulta superfluo y, por tanto, tiránico”¹⁵⁶, completando PADOVANI que “la necesidad de un más...debe ser verificada en concreto”¹⁵⁷. Y, sin perder de vista, los peligros que puede

¹⁵³ CID/LAURRI, “*los Jueces penales y las penas en España*” (*aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo Penal*) Ed Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pág 67.

¹⁵⁴ En el mismo sentido, DIEZ RIPOLLÉS, *Política-criminal y Derecho Penal, Estudios*, Ed. Tirant lo blanch, Barcelona, 2013, pág 80, alude a la falta de recelo actual de la sociedad hacia el uso del instrumental punitivo, favoreciendo la generalización de la idea de que hay que renunciar a la cautelas existentes cuyo objeto es la prevención de los abusos de los poderes públicos contra los derechos individuales, para obtener como reverso de la moneda, una mayor efectividad en la persecución de los delitos. Se transforma, por ende, los parámetros de la respuesta, del estímulo y desarrollo de iniciativas dirigidas a eliminar la exclusión social (apoyo familiar, laboral, asistencial a los delincuentes o personas que se encuentra en situación de caer en ello), anticipándose a la intervención de los órganos formales de control social, y continua con un escalón manifestado en la colaboración con los mencionados órganos para la prevención del delito e identificación y detención de los responsables, derivando, incluso, en el fomento por parte de los órganos públicos del desempeño por la propia comunidad de las funciones propias de los órganos de control social, asumiendo la sociedad civil control social penal (seguridad privada).

¹⁵⁵ En contra, como una de la causas de la crisis y no como un efecto, PADOVANI, “*La disintegrazione attuale del sistema sanzionario e le prospettive di riforma: Il problema della committoria edittale*”, RIDPP, 1994, “En la fase judicial se asiste a una amplia dilatación del poder discrecional...frente a la aspereza sancionatoria edital del Código Rocco, el poder discrecional constituye el sustituto de una intervención orgánica normativa”...”la disciplina introducida comporta una sustancial redefinición del sistema de la comminación, atribuyendo al Juez, a través de la generalización de un mecanismo prácticamente arbitrario, la elección misma del marco de la pena”...” si el Juez no razona válidamente y significativamente...el poder del Juez deviene en abuso”...”hoy el Juez es llamado a combatir, a obtener, a crear” reclamando el autor Jueces, servidores de la Justicia que no hayan de combatir, ni obtener, ni crear.

¹⁵⁶ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Ed Milano Medibanco, Milano, 1984. pág 60, “para que una pena obtenga su efecto, basta que el mal de la pena exceda del bien que nace del delito...todo lo demás se convierte en superfluo y, por tanto en tiránico”.

¹⁵⁷ FIANDACA, MUSCO *La legitimación...* op cit, RIDPP, 1994, pág 120, “La necesidad de un plus, debe ser,

entrañar el riesgo de discrecionalidad, ¿no sería un punto de partida interesante revitalizar los criterios racionales de individualización, alejados de la pena en masa o generalista que atiende a prevención general, mediante el reforzamiento del criterio discrecional de Jueces y Tribunales? Pues unidad, no significa uniformidad en el tratamiento y sin que ello suponga perder de vista los nuevos retos planeados por las necesidades de la sociedad actual.

En este contexto, podemos preguntarnos sobre las bondades de la aplicación, en todo su rigor, de tipos delictivos como el previsto en el artículo 153.2 del CP, en los que la antijuricidad material plasmada en el tipo recorre un amplio espectro, desde la permisibilidad social (corregir razonada y moderadamente a los hijos) hasta el rechazo más absoluto por el acto de agresión hacia un menor de edad. La alternatividad en la pena prevista en la ley (prisión o trabajos en beneficio de la comunidad), favorece el acercamiento a la realidad de la conducta delictiva, frente a la “institucionalización de las expectativas de comportamiento, producida por el Derecho”¹⁵⁸.

Es comprensible la fascinación de la certeza absoluta, anhelo propio de toda búsqueda humanística de conocimiento, mas ello, supondría desvirtuar la diversidad intrínseca propia de la naturaleza humana que establece como punto de partida ineludible la libertad. Libertad que conlleva un sinnúmero de variables difícilmente agrupables en un procedimiento penal matemático y puro. Ya autores, como PADOVANI, reconocían la fuerza de la voz de la individualización judicial de la pena, al declarar que: “verdad, certeza, rapidez e inflexibilidad de la pena son los valores indistinguibles del proceso de medición de la pena; en este sentido, el instrumento condiciona la realización de los fines de la pena... y debe reconocerse que el proceso penal no puede servirse en silencio al derecho sustantivo”¹⁵⁹.

No estamos defendiendo la despenalización pues, como ha señalado PADOVANI, conllevaría la pérdida efectiva del control de determinados sectores de la sociedad, pero “además, la

eventualmente, verificada en concreto” alertando el autor que “una necesidad aleatoria, difícil de justificar, unida al riesgo, deviene en tiránica, sobre todo en términos comparativos, en tanto, el Juez no es un instrumento de verificación proporcional de la entidad de la pena que se prepara y se inflige”...convirtiéndose “en factores subrepticio de deslegitimación, siendo evidente que la disparidad de tratamiento mina el significado de la sanción”.

¹⁵⁸ BARATTA, “Integración y prevención: Una nueva fundamentación de la pena dentro de la Teoría sistemática” en la *Revista de Doctrina penal*, 1985, págs 3,4, recurso on-line, adquiriendo la función de garantizar la confianza que es posible en las sociedades complejas... en la que la abstracción de la validez formal del derecho respecto de los contenidos valorativos y los preceptos en la norma particular (que es un precepto del positivismo jurídico en la teoría de la sistematización) es llevada al extremo.

¹⁵⁹ PADOVANI *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: Il problema della committoria editale*, RIDPP, 1994, pág 10, “asegurando las pretensiones con puntualidad...a la fase del servicio mutuo y dentro de aquello que el servicio enloquece”.

despenalización puede significar, ni más ni menos, la pérdida completa del control coercitivo sobre determinados sectores de la vida social, cuando la administración destinada a asumir la competencia represiva no es eficiente o sensible a las exigencias de control social”¹⁶⁰. Pero tampoco se puede defender o acatar que “la fase de posición de los valores políticamente cualificados se cierra con la norma general y abstracta, a partir de la cual el ciclo de producción jurídica actúa mecánicamente”¹⁶¹. Es el momento de transformar y defender un papel más participativo en el equilibrio entre el derecho penal sustantivo y la aplicación del mismo, convirtiéndose en un “socio paritario”¹⁶². “Es el momento conceptual a partir del cual el Derecho penal se concibe como Derecho en un momento histórico determinado, en cuyo proceso se activa sus propios mecanismos y dinámica, de modo que el Derecho penal se presenta como “instrumento” del proceso penal, en cuyo ámbito se fija el objeto y se determina la consecuencia sancionatoria”¹⁶³.

Se ha de tener en cuenta que, en la pena prescrita por la ley conviven dos planos no fácilmente integradores entre sí: de un lado, la expresión cuantitativa y cualitativa de una elección de valores en relación al significado atribuido a la ofensa; de otro lado, se traduce esta elección “en un estudio proporcionado diferenciado para cada uno respecto a otros que componen el sistema, se asume un carácter técnico legislativo evaluable en términos de correspondencia y congruencia”. Que conlleva la delineación estricta, prescindiendo bien del contenido de los valores, bien de las reflexiones que nos acercan la política-criminal sobre las ofensas sufridas¹⁶⁴.

Pero este cambio de roles no está huérfano ideológicamente sino que se acompaña de una transformación del pensamiento criminológico, pues si en los años sesenta, setenta, ochenta se enfatizaban los instrumentos de integración social y las medidas resocializadoras de los delincuentes, concebidos como producto de la marginación y privación social. En la actualidad, la ausencia de un control social adecuado se halla en directa relación de causalidad (causa-efecto) con la existencia de la delincuencia¹⁶⁵. Se concibe al delincuente como el oportunista que aprovecha las

¹⁶⁰ PADOVANI, *La disintegrazione attuale...* op cit, pág 11.

¹⁶¹ PADOVANI *La disintegrazione attuale...* op cit, pág 11.

¹⁶² PADOVANI, *La disintegrazione attuale...* op cit, pág 11, “el ciclo de la producción jurídica se incorpora establemente dentro del interno del proceso: el siervo se transforma y se convierte en socio paritario”.

¹⁶³ PADOVANI, *La disintegrazione attuale...* op cit, pág 12.

¹⁶⁴ PADOVANI, *La disintegrazione ...* op cit, pág 12, “pero la interpenetración de los dos aspectos es a menudo tan estrecho como para hacer difícil una estimación de las amenazas de “en si misma”, independientemente del contenido de los valores que lo sustentan, es decir, de reflexiones de político-criminal sobre la constitucionalidad de los delitos, razón por la cual, el control de la legitimidad constitucional sea sobre la pena edital”.

¹⁶⁵ En este sentido, LARRAURI PIJOAN, *La herencia de la criminología crítica. Ed Siglo XXI*, Madrid, 1991, pág 43 y ss; GARRIDO, STAGELAND, REDONDO, *Principios de criminología*, 2º Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs 384-390.

facilidades para delinquir, frente al que se debe responder reforzando el sentido intimidatorio y punitivo de las normas, reduciendo las oportunidades de delinquir. Se reconduce esta teoría a la necesaria concepción del delincuente como ser racional, bien integrado en la sociedad, que incorporará rápidamente a su proceso motivacional las consecuencias de su posible comportamiento delictivo, desistiendo del mismo¹⁶⁶.

IV.8 INTERACCIÓN DE LOS FINES Y LAS PENAS DESDE LA PERSPECTIVA DE POLÍTICA CRIMINAL

Buena parte de la dimensión preventiva del Derecho penal radica en su significado comunicativo, en este sentido GARAPON, considera que, “la finalidad de la justicia es reparar una perturbación profunda “de la conciencia colectiva” e interrumpir el ciclo de la venganza mediante el espectáculo catártico de una violencia deliberada y legítima”¹⁶⁷.

La privatización, la desformalización, la renuncia a la dimensión de igualdad y generosidad, el abandono de la distancia e imparcialidad en favor de soluciones “de emergencia”, devuelven las reacciones contra el delito al ámbito de la cotidianeidad. Privándole con ello de la sacralización tradicionalmente propia de lo público, de su contenido simbólico; las deslegitiman y conducen a una disminución de eficacia preventiva, que puede requerir, como compensación, un incremento de la sanción en su sentido fáctico. Desde esta perspectiva, se argumenta negativamente sobre la injerencia de los medios de comunicación en las cuestiones de aplicación a la justicia: “los medios descalifican las mediaciones institucionales de dos maneras en apariencia opuestas: con una desconfianza sistemática o, por el contrario, manteniendo con ellas una peligrosa proximidad. Estos dos mecanismos proceden en realidad de una misma disfunción. Se trata de la sospecha o de la fusión, lo que se plantea en cada caso en una perturbación de la distancia”¹⁶⁸.

¹⁶⁶ No faltan las tendencias que han acentuado la necesidad de la sociedad patriarcal.

¹⁶⁷ GARAPON, *Juez y democracia, una reflexión muy actual*, Ed Flor del Viento, Barcelona, 1997, pág 80.

¹⁶⁸ GARAPON, *Juez y democracia...* op cit, pág 83.

La globalización exige al Derecho penal demandas fundamentalmente prácticas, en el sentido de abordaje más eficaz de la criminalidad, respondiendo a las exigencias del poder político o de las instancias de aplicación judicial del Derecho. Estas preocupaciones son incompatibles con la preocupación sistemática y, en particular, con el manejo de un sistema (como el de la teoría del delito) al que la vocación distintiva y garantista ha hecho significativamente complejo. Se produce, pues, una falta de conexión entre el sistema garantista y la necesidad de respuesta inmediata y de la correlativa flexibilidad para ello. La realidad práctica se representa con soluciones a corto plazo sin proyectar los resultados a medio o largo plazo, provocando una situación disfuncional, exigiendo reformas constantes, no tanto por la evolución, como por la ausencia de proyección de las decisiones efímeras. Convirtiendo, con ello, al Derecho penal en un producto político-social¹⁶⁹.

El problema del garantismo ha sido, como señalan algunos autores, su inmovilismo. La defensa de ciertos principios considerados intocables ha erigido un muro a la hora de responder a las nuevas necesidades de la sociedad que exigían abordarlas desde una nueva perspectiva dentro del control social¹⁷⁰.

A la preocupación por el correcto avance del Derecho penal a la hora de responder a las nuevas exigencias se une el temor de la discrecionalidad del juez. En el que la politización de la judicatura se encuentra vinculada a los métodos interpretativos del Derecho, que han de efectuarse cuando el texto legal no es claro o preciso, sin que se pueda negar la realidad, en tanto que: "las prohibiciones de interpretación eran la expresión de una ingenuidad legalista que sólo mantuvo la ilusión de los legisladores poco tiempo". En este sentido se reconoce su presencia constante en la ciencia política europea¹⁷¹, materializándose en la obra de MONTESQUIEU, de las que se extraen palabras tan gráficas como "el poder de juzgar... deviene, por así decirlo, invisible y nulo"¹⁷².

La cultura jurídica europea ha creado un aparato conceptual a fin de garantizar la división de

¹⁶⁹ PECES BARBAS, G *Los valores superiores*, Ed Tecnos, Madrid, 1984, pág 13, para el autor el artículo 1 de la CE, formula correctamente la relación Poder- Derecho, positivando los contenidos éticos o de justicia que el Poder pretende realizar a través del Derecho y que son esos valores superiores.

¹⁷⁰ En este sentido, para DIEZ RIPOLLÉS, *Política-criminal y Derecho Penal, Estudios*, Ed. Tirant lo Blanch, Barcelona, 2013, pág 89, el aseguramiento de una aplicación judicial del derecho acorde con los principios garantistas, salvaguardada en último término por el Tribunal Constitucional, es el vehículo adecuado para completar las aspiraciones del derecho penal mínimo. Critica este autor la necesidad de centrarse en la correcta aplicación de la ley.

¹⁷¹ BACIGALUPO ZAPATER, "¿Es gobernable el poder judicial?, en *Dogmática y Criminología, Dos visiones complementarias del fenómeno criminológico. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Ed Legis, Bogotá, 2005 pág 215.

¹⁷² MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, 1748, L, XI, Chap. VI. Recurso on-line.

poderes en la aplicación del derecho, acotando la función de los jueces en “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”¹⁷³. Convirtiéndose en una de las metas fundamentales de este aparato conceptual, la definición, con precisión, del límite entre lo jurídico y lo político. Una cuestión que ha sido tratada desde “la perspectiva del significado de la vinculación del Juez a la ley”¹⁷⁴.

Curiosamente la problemática en países de derecho latino no difiere de las cuestiones planteadas en EEUU o Reino Unido. RONALD DWORKING ha entendido, en relación a aquellos casos en los que “ninguna ley explícitamente formulada permite decidir en un sentido o en otro” como sucede en las legislaciones anglosajonas. Legislaciones éstas en las que hayamos dos opciones: de una lado, la teoría del texto, que “recuerda con insistencia que el poder del Estado no se debería ejercer jamás contra un individuo, sino a condición de hacerlo conforme a las leyes expuestas explícitamente en textos a la libre disposición de todos”, que pone el acento en responder a la cuestión de cuál es el verdadero sentido del texto de la ley, “aunque sea al precio de numerosas discordias, antes de interrogarse, en el marco de una reflexión política cargada de discordias, sobre lo que el Parlamento hubiera debido hacer”. De otro lado, la concepción de la autoridad de la ley “fundada en derechos”, de una naturaleza más compleja que la anterior (o la del texto). Parte del reconocimiento en favor de los ciudadanos de unos derechos y deberes morales que han de respetarse recíprocamente entre ellos y, a su vez, unos derechos políticos que el Estado les debe reconocer en su conjunto, de modo que, “la autoridad de la ley depende de la percepción que tenga la opinión pública de estos derechos”, donde “al menos existe una categoría de cuestiones políticas que los jueces se deben plantear cuando se vean confrontados con un caso difícil... si bien el modelo fundado sobre los derechos admite que los textos definan los derechos reconocidos en el ámbito de los tribunales, a la par que rechaza que los textos sean el único origen de estos derechos. Si se presenta un caso delicado y los textos permanecen mudos sobre la materia, o si los términos del texto se prestan a diversas interpretaciones, es preciso preguntarse, cuál de las dos decisiones resulta ser mejor para la configuración de los derechos de las partes”. En esta situación, el juez que se adhiera a este modelo debe formular un principio que sea aplicable al caso y que resulte compatible con el texto, tanto como con otros principios que justifiquen la aplicación de la ley¹⁷⁵.

Ya el Consejo de Europa manifestó su preocupación por el problema de las disparidades en el pronunciamiento judicial de las penas, entendiendo por disparidades las “diferencias o

¹⁷³ Art 117 de la CE.

¹⁷⁴ BACIGALUPO ZAPATER, “¿Es gobernable el poder judicial?” en *Dogmática y Criminología, Dos visiones complementarias del fenómeno criminológico. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Ed. Legis, Bogotá, 2005, pág 215.

¹⁷⁵ RONALD DWORKING, citado por BACIGALUPO, “¿Es gobernable el poder judicial?”... op cit pág 217.

desigualdades no deseadas que constituyen la falta de justicia formal”, en cuanto que “asuntos análogos no son tratados de la misma manera o asuntos diferentes no son tratados de manera diferente”. No siendo disparidades, las diferencias que pueden explicarse por razón del hecho o de la persona del delincuente, pero sí, aquellas que hubieran de imputarse al azar, a la personalidad, opiniones personales o estado afectivo del Juez, a la opinión pública, a la propaganda difundida por los medios de comunicación o a los deseos de la víctima¹⁷⁶.

Las recomendaciones del Consejo de Europa se centran en la necesidad de que cada Estado debería establecer unos principios básicos sobre la determinación de la pena, lo que permitiría contrastar lo razonable o no de cada pena pronunciada. En cada caso concreto, las penas no deberían exceder el límite superior impuesto por el principio de proporcionalidad, lo que representa una ratificación de la compatibilidad entre la prevención general y la retribución o, si se prefiere, de la culpabilidad como límite de la pena. Los Estados deberían fijar reglas que permitan encuadrar el ejercicio del poder discrecional de los jueces en materia de determinación de la pena, permitiéndole tener en cuenta las circunstancias particulares¹⁷⁷.

La comparación entre la creación del derecho (política) y la aplicación del derecho (justicia) aborda límites conceptuales imprecisos. Con una barrera infranqueable, en tanto que los jueces no pueden libremente rellenar las lagunas del sistema normativo ni dar un contenido a los conceptos jurídicos indeterminados, hallándose vinculados al principio de legalidad¹⁷⁸. Pues, como ha manifestado BACIGALUPO, el método teleológico de la interpretación de las leyes, no legitima cualquier finalidad de la norma que el intérprete desee introducir. En primer lugar, porque el texto legal constituye un límite de toda interpretación, en segundo lugar, porque la finalidad de la norma se debe deducir del propio texto de la norma legal. No se trata de reemplazar la norma por una finalidad que el intérprete personalmente considere justa, sino de interpretar la norma de tal manera que su finalidad no resulte frustrada. La decisión sobre la norma general es siempre del legislador, no puede ser la función del juez¹⁷⁹.

¹⁷⁶ DOC PC-R-SN (89)5 de 15 de noviembre 1989 (letra pequeña VII Coloquio Criminológico celebrado en Estrasburgo en 1987 abordó las “disparidades en el pronunciamiento de las penas: causas y soluciones” los participantes se decantaron por soluciones diversas, desde aquellos que ponen el acento en el respeto absoluto al principio de individualización de la pena e individualización judicial hasta la necesidad de evitar disparidades no pertinentes mediante una política penal coherente).

¹⁷⁷ BUENO AURUS, “Determinación judicial de la pena y Consejo de Europa” en *Actualidad penal* núm 15 1992.

¹⁷⁸ BACIGALUPO, “¿Es gobernable el poder judicial?”... op cit, pág 85.

¹⁷⁹ BACIGALUPO, “¿Es gobernable el poder judicial?”... op cit, pág 85.

En definitiva, la teoría moderna, reconoce “que la inclusión de consideraciones valorativas del aplicador del derecho genera siempre cierta reserva escéptica respecto a la apertura de la posibilidad de que cada intérprete afirme sus propias ideas como aparentes racionalizaciones y formalizaciones de concepciones políticos-jurídicas. Pero, la transparencia, y, a partir de ella, la crítica abierta de tales actos valorativos es, sin embargo, mayor cuando tales ideas son verbalizadas”¹⁸⁰.

Disponiendo en la realidad de un ejemplo de una mayor discrecionalidad, en relación a la normativa escandinava, caracterizado por la posibilidad de sanciones penales alternativas en la elección de una determinada interpretación: “puede ser controlado hasta cierto grado y no es correcto afirmar que la elección realizada en la teoría jurídica sería arbitraria o que se trata de un mero efecto social. El control tiene un carácter diverso del que, por ejemplo, corresponde a las ciencias naturales o el de las ciencias sociales empíricas”¹⁸¹.

En consonancia, con la línea argumentativa anterior y, haciéndonos eco del pensamiento de DOLCINI, la fórmula de la prevención especial puede asumir contenidos heterogéneos y traducirse en líneas político criminal divergentes, de forma que la elección del juez en sede de individualización de la pena refleje un resultado diverso, por cuanto la necesidad de la pena de los sujetos difícilmente resulta idéntica según se dirija la mirada hacia la intimidación del condenado o, por el contrario, a la resocialización.

Así, no podemos pasar por alto la interacción existente entre los fines de la pena y la Política criminal, pues en este marco, se concibe la sanción penal como consecuencia inevitable de la convivencia en una comunidad jurídica que, en otro caso, no obtendría estabilidad¹⁸², cumpliendo de este modo el Estado, la misión de garantizar la convivencia de las personas, necesariamente dentro de un área restringida y con medios limitados. Ello nos lleva a otro escalón más en el estudio de la interacción, en tanto que la elección de la consideración de la pena (en si misma propia de las teorías absolutistas en las que se considera el fenómeno de la pena primariamente desde el punto de vista individual del interesado), desatiende forzosamente el aspecto social y estatal de la pena¹⁸³, conduciendo a la inamovilidad de la Política criminal. Por otro lado, las teorías relativas de la pena conciben a ésta primariamente a partir de la comunidad jurídica, convirtiéndose la pena en un

¹⁸⁰ JOSEEF ESSER, citado por BACIGALUPO, “¿Es gobernable el poder judicial?”... op cit, pág 85.

¹⁸¹ AULIS ARNIO, citado por BACIGALUPO, “¿Es gobernable el poder judicial?”... op cit, pág 85.

¹⁸² ZIPF, *Introducción a la Política criminal...* op cit pág 34.

¹⁸³ ZIPF, *Introducción a la Política criminal...* op cit, pág 35

instrumento de poder del Estado determinando, a su vez, una función limitadora jurídico estatal de las intervenciones penales¹⁸⁴. Enfocándose el derecho, desde la perspectiva preventiva de integración o positiva, como instrumento de estabilización social de orientaciones de acciones y de institucionalización de las expectativas¹⁸⁵.

Sin olvidar las teorías unificadoras de la pena en las que la combinación entre elementos de la teoría absoluta y teorías preventivas es la nota característica. Para ZIPF, no obstante, no cabe una aplicación combinada dentro de la Política criminal en una fase previa, reclamando la necesidad de “quitarse la máscara” y reconocer la incredibilidad de un compromiso, debiendo elegir entre un fundamento absolutista o un fundamento relativo para la constitución de la justicia criminal¹⁸⁶.

Para facilitar, no obstante, la valoración conjunta de las distintas teorías, sin necesidad de “quitarse la máscara”, el principio de proporcionalidad nos posibilita un vehículo de transición entre todas ellas, al jugar como límite para las necesidades preventivas, tanto especial como general, manteniendo al margen la retribución. No cabe cerrar los ojos a la esencia retributiva de la pena, sin adquirir o absorber el papel de “objetivo específico”¹⁸⁷ a alcanzar por la propia actividad del principio de proporcionalidad, al garantizar la no legitimación del Derecho penal por la compensación del delito. Se adiciona, así mismo, la función limitante del principio de proporcionalidad en el ámbito de la prevención general y especial. Manteniendo, con ello, unos márgenes equidistantes que se condicionan entre sí, a fin de evitar, la distorsión de una pena como melodía no proporcionada¹⁸⁸, en el juego de equilibrio sociedad-individuo-víctima¹⁸⁹ al responder a

¹⁸⁴ ZIPF, *Introducción a la Política criminal...* op cit, pág 35

¹⁸⁵ LUHMANN citado por BARATTA, “Integración-Prevención: Una nueva fundamentación de la pena dentro de la Teoría sistemática”. Traducido por GARCÍA MENDEZ, E, en *Revista de Doctrina penal*, 1985, pág 5, Recurso on-line, de modo que la institucionalización de las expectativas de comportamiento, producidas por el derecho, tiene, de esta manera, la función de garantizar la confianza que solo es posible en los sistemas sociales complejos. En el sentido que, la violación de una norma es disfuncional, pero no por la lesión de un bien jurídico determinado sino porque es discutida la norma misma como orientación de la acción, afectando, en consecuencia, a la confianza constitucional. En el que la reacción punitiva tiene como función principal, restablecer la confianza y reparar o prevenir los efectos negativos que la violación de la norma hubiera podido provocar en la estabilidad del sistema y la integración social. En el mismo sentido JAKOBS, citado por BARATTA, habla de “ejercitarse”, a través de la pena, en el reconocimiento de la norma y fidelidad al derecho por parte los miembros de la sociedad, pues el delito constituye la expresión simbólica de la falta de fidelidad.

En cambio, desde el rótulo de prevención negativa, se busca la disuasión mediante la pena, mediante la retribución del mal con otro mal, o, desde la prevención especial se pretende u orienta a la reeducación. Nos hallamos ante la disuasión, la reeducación o la prevención-integración como criterios rectores posibles en materia de Política-criminal.

¹⁸⁶ ZIPF, *Introducción a la Política Criminal...* op cit, pág 33.

¹⁸⁷ GARCIA ARÁN, M., *Fundamentos y Aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*. Ed Aranzadi, Pamplona, 1997, pág 33.

¹⁸⁸ En defensa de la proporcionalidad como limitante de las funciones de las teorías de la pena Vid GARCIA ARÁN,

las distintas necesidades de cada uno de los vértices del triángulo: prevención general¹⁹⁰-especial¹⁹¹-retribución¹⁹², donde la proporcionalidad tiene un papel fundamental¹⁹³.

Cabe señalar que se refleja un cambio en las creencias y formas de vida en la sociedad moderna que ha favorecido la transformación de la Política criminal. En los años Setenta se impone en la sociedad española, en consonancia con el devenir de determinados países europeos (escandinavos, Italia, Francia, anglosajón) la necesidad de adaptar el esquema penal a un modelo resocializador, buscándose la reintegración en la sociedad del delincuente como objetivo máximo que ha de condicionar cualquier otra actuación, debiendo tener presente las condiciones personales y sociales en el momento de delinquir a la hora de fijar la responsabilidad penal, favoreciendo para ello las penas indeterminadas frente a la pena de prisión¹⁹⁴. Pronto surgen a la luz de las carencias

M., *Fundamentos y Aplicación...* op cit, págs 32 y 33.

¹⁸⁹ HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, (Trad MUÑOZ CONDE/ARROYO ZAPATERO), Barcelona, 1984, pág 398, una retribución justa es el presupuesto de la prevención general positiva; GARCIA ARÁN, *Fundamentos y Aplicación...* op cit, pág 35 Reconduce la relación entre los fines de la pena enmarcándolos dentro del ordenamiento constitucional, con incidencia del modelo político, estableciendo su epicentro en “qué y cómo se previene y cómo y hasta donde se reeduca”. GRACIA MARTIN/ BOLDIVA PASAMAR, M.A., ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito: el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág 63, propone la armonización de derechos y principios constitucionales para resolver coherentemente los conflictos que podrían originarse por una concepción unilateral de la pena.

¹⁹⁰ Su manifestación es correctamente expresada por JAKOBS, citado por GARCIA ARÁN, *Fundamentos y Aplicación...* op cit pág 40 “La conservación de la confianza en la norma general” y “la puesta en práctica de su reconocimiento” mediante la aplicación de la pena.

¹⁹¹ Orientado hacia la reeducación y reinserción social a fin de alcanzar una conducta futura respetuosa con la Ley y los derechos de los demás.

¹⁹² GARCIA ARÁN, *Fundamentos y Aplicación...* op cit, pág 43, la autora habla del lastre retribucionista, de cómo la búsqueda de la compensación del delito mediante la segregación social del responsable, en suma, el sentimiento de venganza, siguen arraigados en la sociedad actual.

¹⁹³ El principio de proporcionalidad ha sido una constante en la Jurisprudencia Constitucional, reflejando la policromía del principio en atención a su relación con los fines de la pena como orientadores del ordenamiento jurídico penal. En este sentido SANCHEZ GARCÍA, efectuó un amplio estudio de las referencias de la jurisprudencia al principio de proporcionalidad: “El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho penal”, *La Ley*, 1994-4, pág 1114 y ss. Referencias a la relación del principio de proporcionalidad y las finalidades preventivas (especial y general) las hallamos en STC 4 de julio de 1991 (RTC 191/150): “la finalidad preventivo especial no es la única del Derecho penal y puede convivir con otras orientaciones” ... ”así mismo la orientación de las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción, es una orientación de política penal y penitenciaria, que no puede concebirse como un derecho subjetivo” STC 21 de enero de 1987 (RTC 187,2). Con un implícito reconocimiento de la prevención general: “a partir de la función de la tutela de los intereses propios del Derecho penal, la pena debe ser proporcionada a la necesidad de tutela, restringiendo la libertad -valor superior del ordenamiento- en lo estrictamente imprescindible para ello” STC 15 de octubre de 1982 (RTC, 1982,62). Recalcándose por el autor la idea que la proporcionalidad de la pena no se vincula a la idea de merecimiento ni a la necesidad de retribuir, sino a la necesidad de la pena para la tutela de la sociedad; GRACIA MARTIN, “Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española”, en *AP*, núm 37, 1993 pág 555; en sentido contrario, BACIGALUPO, “¿Tiene rango constitucional las consecuencias del principio de la culpabilidad?” *La Ley*, 1982-2, pág 936.

¹⁹⁴ DIEZ RIPOLLÉS, *Política criminal...* op cit, pág 72, considera que la pena de prisión ha sido objeto de tratamiento ambivalente, por un lado, se concibe como el marco adecuado para facilitar el acercamiento del tratamiento reeducador al delincuente. Por el otro lado, se resalta la dificultad de eludir las consecuencias negativas inherentes a todo internamiento.

FIANDACA, G, MUSCO, “Perdita la legittimazione del diritto penale?” en *RIDPP*, 1994, que se caracteriza por la

del modelo resocializador; así, autores como FIANDACA, MUSCO, lo conciben como “una estación de entusiasmo o de ilusión reformística”¹⁹⁵. Ante la ausencia de efectividad de las técnicas de tratamiento y la inactividad real de la responsabilidad de la sociedad, se cuestiona la legitimación de la injerencia que conlleva la resocialización al aspirar a modificar la personalidad del delincuente¹⁹⁶. Se adiciona la fuerte preocupación por el incremento de la criminalidad (¿fiel reflejo de la realidad o apariencia de la realidad?) que ha generado una incesante inversión de tendencia represiva-prevención general. Esta naturaleza oscilante ha provocado que algunos autores, como es el caso de PADOVANI, hablen de “la desintegración actual del sistema sancionatorio” balanceándose finalmente, el péndulo hacia “recetas más experimentadas”, esto es, la prisión y, reduciendo, en correlación, la posibilidad de respuesta sancionatoria¹⁹⁷.

En el caso español, las palabras del autor SÁEZ VALCAREL¹⁹⁸ reflejan una realidad cada vez más asentada en nuestro ordenamiento jurídico: “Cuando uno se enfrenta al código penal desde la perspectiva de los materiales legislativos previos, al proyecto de Gobierno, las enmiendas elaboradas por los grupos parlamentarios y a las intervenciones de sus portavoces en la Comisión de Justicia, se sorprende ante la imposibilidad de identificar un discurso que permita calificarse, al menos, como liberal. La nota que distinguía las opciones en liza, no era que unas defendieran la intervención punitiva y otras se mostraran más propicias a su restricción, sino la diversa naturaleza de los comportamientos que pretendían castigar. Aquellos incidieron en los valores tradicionales, ya representados con exceso en el Código penal. Pero su espacio de debate era el mismo. Ninguna de esas opciones puso en cuestión la prisión ni la inflación del Derecho penal”.

En los años 90, el Consejo Europeo expresó sus recomendaciones al legislador sobre los principios básicos de determinación de la pena. El propio Comité no ofreció preferencia por ninguna de las posibles orientaciones en sede doctrinal (disuasión, reinserción social, individualización, inocuidad, castigo, proporcionalidad) limitándose a sugerir que los principios

emanación de una nueva ley...inspirada en la idea de la resocialización y por la introducción de nuevas sanciones alternativas a la cárcel”.

¹⁹⁵ FIANDACA, G, MUSCO, E, “¿Perdita la legittimazione del diritto penale?” en *RIDPP*, 1994; Comité nacional sueco para la Prevención del delito “Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979.

¹⁹⁶ GARLAND “The culture of control” *The University of Chicago, Press*, 2001, pág 6-20; SILVA SANCHEZ, La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Ed Civites, Madrid, 2001, pág 134.

¹⁹⁷ PALIGIERO, “Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionario”, en *RIDPP*, 1992, pág 510, “el sistema tiende hoy a reducir las situaciones de inseguridad disminuyendo la ventaja en la posible respuesta sancionatoria...y de otro lado, de forma opuesta, una de fuga de la pena detentiva mediante concesiones en clave de indulgencia desde la medida de alternatividad”

¹⁹⁸ SAEZ VALCAREL, *El nuevo Código: maximalismo penal* JD, 26 julio 1996.

fueran coherentes y evitaran irregularidades. Estableciendo como premisa ineludible la necesidad de respetar los límites superiores impuestos por el principio de proporcionalidad entre el delito y la pena. Es, en esencia, una exigencia de justicia, fin último del Derecho y necesidad para la opinión pública “la cual no puede concebir ni sentir como justa una sanción al margen de la culpabilidad por los hechos realizados”, lo que no impide que también se conciba como criterio principal en este ámbito, compatible con el anterior, “la eficacia probable de la pena en orden a la reinserción social del delincuente”.

Sin obviar que, los principios básicos de determinación de la pena deben ser revisados “de tiempo en tiempo” y, teniendo en cuenta los conocimientos criminológicos y los principios morales y sociales, para acomodarlos a la política criminal vigente, evitando penas excesivamente severas o los sufrimientos inútiles¹⁹⁹.

Por eso, en caso de principios que respondan a orientaciones diversas (prevención general, especial, proporcionalidad, y tratamiento), las normas jurídicas deben evitar contradicciones y establecer prioridades. La propia Norma Fundamental establece en el artículo 25 de la CE la orientación privilegiada de la reeducación y reinserción social²⁰⁰. Hasta hace unos años las tendencias fundamentales de la Política criminal se encaminaban a responder a la discriminalización (mediación, indemnización de las víctimas), siendo el recurso a la pena de prisión solo el último término. La resocialización, como fin a alcanzar, constituyó el objeto por excelencia en los años sesenta en materia de Política criminal, era la representación de la aspiración del Estado a un tratamiento individualizado del recluso, abogando, por ende, por la humanización de la ejecución²⁰¹.

La norma penal, tal y como ha manifestado MUÑOZ CONDE, contiene una serie de expectativas, de conductas legalmente determinadas, cuya frustración abre el camino, bajo requisitos legales, de la aplicación de la pena. Acotando como fin de la ejecución de la pena el restablecimiento por parte del delincuente del respeto a estas normas básicas, acomodando su

¹⁹⁹ BUENO AURUS, “Determinación judicial de la pena y Consejo de Europa” en *Actualidad penal*, núm 15, 1992, pág 4, recurso on-line.

²⁰⁰ En el mismo sentido, BUENO ARUS, “Determinación judicial de la pena y Consejo de Europa” en *Actualidad penal*, núm 15, 1992, pág 4, recurso on-line.

MUÑOZ CONDE, “La resocialización del delincuente, análisis y realidad de un mito”, *Revista de Ciencias Sociales*, nº3, 1979, pág 81, Recurso on-line, recalca el acierto del legislador constitucional al omitir la expresión “resocialización” decantándose por la orientación hacia “reeducación y reinserción social”.

²⁰¹ MARINO BARBERO, *Marginación social y derecho represivo*, Ed Bosch, Barcelona, 1980, pág 21.

comportamiento futuro a las expectativas en ellas contenidas, evitando con ello, la comisión de nuevos delitos, esto es, la reincidencia²⁰². La adecuación para revestirlo de legitimidad ha de ir directamente proporcional a la línea de la culpabilidad, como garantía de la persona, frente a la potestad sancionadora del Estado, derivado del reconocimiento constitucional de la dignidad humana²⁰³. Pues, el ser, la naturaleza humana, se materializa en la libertad de pensamiento y elección, si bien es cierto que la naturaleza retributiva de la reacción frente a un hecho típico es una consecuencia de la cesión de soberanía que efectuamos ante el contrato social. Esta cesión se lleva a cabo respetando la dignidad del ser humano, no cabe que la reacción penal los convierta en muñecos o títeres de la voluntad de la colectividad al exigir un convencimiento interno con el valor y desvalor de la conducta. En definitiva, “la reeducación debe asumir la oferta de ayuda, no la transformación coactiva de la personalidad”²⁰⁴.

Esta expectativa orientadora no debe caer en el olvido, sino constituir, como ha manifestado MAPELLI CAFFARENA, “un principio rector del sistema de penas”²⁰⁵. No obstante, la

²⁰² MUÑOZ CONDE, “La resocialización del delincuente, análisis y realidad de un mito”, *Revista de Ciencias Sociales*, n°3, 1979, pág 81, Recurso on-line. Es la cara mínima de la meta resocializadora, que encuentra en nuestra doctrina partidarios como ZUGALDÍA, “*Consideraciones sobre las tendencias del desarrollo de la ciencia del Derecho penal*”, en *Revista mexicana de Derecho penal*, núm 3, 1978, pág 74 y ss, al afirmar “que la expresión resocializadora debe reservarse para fines más modestos de los que hasta ahora se han venido asignando. Debe reservarse, en definitiva, para hacer referencia a la prevención especial: dentro del principio de mínima intervención (carácter subsidiario del Derecho Penal) en el marco de una sociedad democrática y pluralista, y con absoluto respeto a la dignidad de la persona. Al Derecho penal sólo le cabe como fin primordial, la modesta y difícil tarea, de evitar el delito y, sobre todo, la reincidencia”. Se ha cuestionado estos márgenes mínimos en los que se desplaza la resocialización cuando se limita a la conformidad externa, con ausencia de la interiorización del sistema de valores, pues, autores como ESER, A, citado por GARCIA-PABLOS, *La supuesta función resocializadora del Derecho penal, utopía, mito, o eufemismo*, Dialnet, 2012, pág 2, recurso on-line, afirman que el conformismo y el temor al castigo sin convicción interna respecto al valor y desvalor de la conducta subsisten mientras permanezca los controles coactivos sobre el sujeto. No obstante creemos que la libertad de pensamiento y de elección del individuo se halla por encima del peligro al no respeto de la ley cuando cese la coacción pues, como ha señalado MUÑOZ CONDE, “La resocialización... op cit, pág 82 la resocialización supone un proceso recíproco en el que interactúan el individuo-sociedad y la sociedad-individuo, de manera que los modelos de conducta no pueden imponerse unilateralmente por uno u otro, no siendo lícito propugnar la resocialización del individuo sin la posibilidad eficaz de cuestionar y modificar las propias estructuras sociales. En el que el modelo resocializador máximo no se adecua correctamente a una sociedad democrática y pluralista, en la que la coexistencia de una pluralidad de conjuntos normativos es uno de sus puntos esenciales, resultando inevitables los conflictos, en el que no cabe ofrecer un modelo de referencia hacia el cual el individuo se identifique (en los modelos máximos), sino, por el contrario, el caos de concepciones y opciones valorativas fracturan la imagen de unidad.

²⁰³ MIR PUIG, S, *Derecho penal, Parte General*, Ed Reppertor, Barcelona, 2015, pág 132.

²⁰⁴ MARANUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penal. Parte Generale. Terza Edizione*, Ed. Giuffrè, Milano, 2003, pág 13, justifican este límite a la resocialización como condotta coactiva, “porque se ha salvado ya la dignidad d de la persona y porque la pena resulta respetuosa con el principio de humanidad”; En términos similares GARCIA ARÁN, *Fundamentos y Aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*. Ed Aranzadi, Pamplona, 1997, pág 37 y 41. “la evitación de un nuevo delito es lo máximo que permiten los derechos inherentes a la dignidad humana como contenido de reeducación y reinserción social” ...“la mejor política de reinserción social es la que evita la desocialización del condenado, sobre la que se asienta la pretensión de evitar la cárcel en los casos en los que se pueda prescindir de ella”.

²⁰⁵ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed Thosom Reuters, 2011, 5ª ed. Incidiendo de forma desigual en las distintas fases del sistema penal. Manifestándose en el compromiso del legislador, así como de las diversas instancias de la Administración de justicia en favorecer la reinserción pacífica y libre del condenado en la

resocialización no deja de ser una pieza más en la ausencia de unanimidad en la doctrina, pues como ha señalado MUÑOZ CONDE, la resocialización, supone la culminación del proceso de reacción penal que comienza con la amenaza de la pena en los tipos penales contenidos en las leyes, motivando a la ciudadanía para que se abstenga de la comisión del delito (prevención general). Se continúa con la aplicación efectiva y real de esta pena por los Jueces y Tribunales, dentro del marco de la prevención general y retribución, para finalizar con la ejecución y cumplimiento por parte del responsable criminal de la pena impuesta “que, sobre todo, cuando es privativa de libertad” ha de tener una finalidad o meta resocializadora del delincuente y, en el resto de supuestos, su intimidación o aseguramiento (prevención especial)²⁰⁶.

En un primer momento, la resocialización se acogió por la doctrina, por el legislador e incluso por la sociedad, como la panacea o elixir frente a todo mal que representa la delincuencia, con la fugacidad propia de las opciones que se toman sin tener en cuenta los costos²⁰⁷. Y, no obstante, toda decisión conlleva una opción, una conjunción de beneficios y costos. En el supuesto de la resocialización exigía un proceso de interacción entre el individuo y la sociedad con una doble manifestación. Por un lado, “la identidad entre los que crean las normas y los destinatarios de las mismas”, pues, la resocialización sólo es posible cuando el individuo a resocializar y el encargado de llevar a cabo tienen o aceptan el mismo fundamento moral que la norma social de referencia²⁰⁸. De otro lado, la realidad práctica, el proceso de aprendizaje e interiorización de valores que se

sociedad, y, en los supuestos que ello sea incompatible con la pena impuesta, alcanzar los medios a través los cuales se pueda neutralizar los efectos negativos de las penas.

²⁰⁶ MUÑOZ CONDE, “La resocialización... op cit, pág 79, Recurso on-line.

Tal y como hemos avanzado, no existe unanimidad en la doctrina a la hora de posicionar la resocialización en el camino de la reacción al delito. Para unos conforma el fundamento a toda función penal, otros, en cambio, acotan su papel al campo de la ejecución, como criterio orientador de la misma. Se ha objetado que la pena, como institución, no surge para resocializar al delincuente y porque está lejos de toda duda que la pena, en todo caso, no sería el medio más idóneo para resocializar, desde el momento en que no es el mismo delito, sino el cumplimiento de la pena que, de hecho, suele estigmatizar a los ojos de la sociedad. Y, en cuanto a las teorías que se conforman con un cometido más modesto para la idea de la resocialización: se ha objetado igualmente que incluso tal cometido resultara contradictorio si se parte de una concepción retribucionista de la pena y de un concepto material de culpabilidad. Si la pena es un mal que se aplica para retribución de otro mal precedente culpable, carece de sentido plantear su función resocializadora; BACIGALUPO “Significación y perspectiva de la oposición al Derecho penal y Política criminal”, en *Revue Internationale de Droit Penal*, 1977, pág 16.

²⁰⁷ En este mismo sentido, MUÑOZ CONDE, “La resocialización...op cit, pág 77, recurso on-line, habla del optimismo acrítico con el que fue acogido la idea de resocialización, criticando que “nadie se ha ocupado todavía de rellenar esta hermosa palabra de un contenido concreto y definitivo”.

²⁰⁸ MUÑOZ CONDE, “La resocialización... op cit, pág 77, recurso online. Una resocialización sin esta coincidencia básica significa un sometimiento, un dominio de unos sobre otros y lesiona gravemente la libre autonomía de la voluntad individual. Una resocialización que sólo se dirija al mantenimiento del respeto a la legalidad penal supone un recortamiento de la meta resocializadora y, a la larga, la renuncia a una duradera estabilización del comportamiento del delincuente. “Si tras el buen comportamiento externo no existen positivas convecciones morales, sino simple conformismo o miedo a la pena, la buena disposición externa desaparecerá apenas fallen sus condicionamientos coactivos.

perciben y aceptan como tales por la sociedad y el individuo²⁰⁹, un ejercicio de pedagogía²¹⁰ materializada a través de mecanismos de aprendizaje que precisaba la implicación de los distintos factores integrantes. No obstante, la realidad nos muestra la paradoja de la ceguera de la sociedad que levanta barreras en el proceso de reinserción social, estigmatizando a los que no ofrecen garantías, ni confianza a la sociedad²¹¹. Así como una autoridad gubernativa que ha complicado y aumentado la distorsión de la problemática, con declaraciones a las que no ha aportado completo contenido, ante el ejercicio de la autorresponsabilidad en la decisión tomada que exigía una fuerte inversión por parte de aquella para alcanzar la deseada resocialización. Inversión no sólo en términos económicos, sino también personal, una implicación que vaya más allá del espacio de las ideas y que supone un acto de generosidad, el perdón y aceptación, frente a una sociedad actual caracterizada por una identificación social con la víctima (la fuerza de esta expectativa se manifiesta por la incomodidad y reacciones que provocan los tímidos intentos de resocialización real).

²⁰⁹ KARL PETERS citado por distintos autores, MUÑOZ CONDE, "La resocialización... op cit, pág 79; MIR PUIG. *Introducción a las bases del Derecho penal*, Ed IBdF, Argentina, 2002. Este autor concibe la resocialización como una conjunción de un fundamento moral y valorativo (axiológico) y un componente práctico, un mecanismo de aprendizaje o pedagógico. Cuando una y otra fallan, la codiciada meta de la resocialización, posible y necesaria, deja de ser posible. El autor concibe la resocialización como una meta alternativa al retribucionismo, su fracaso o no reconocimiento lleva a retroceder al punto de partida, el retribucionismo.

De signo opuesto, teorías que conciben el delito como la otra cara de la conducta prevista en la norma, un fenómeno social de la norma, fuera de sentimientos de comportamientos aislables, anormales o patológicos, propios de minorías inadaptadas. Se ha argumentado que si la sociedad produce la delincuencia estamos ante una contradicción si exigimos resocializarse al delincuente, pues este comportamiento desviado cumple una importante función estructural y de equilibrio en el desarrollo de la sociedad.

²¹⁰ En este punto, resultaría conveniente destacar como autores españoles, MIR PUIG, S *Introducción a las bases del Derecho penal*, Ed IBdF, Argentina, 2002, o MUÑOZ CONDE, "La resocialización... op cit, pág 81 engarzan la resocialización a las teorías correccionalistas, como antecedente de la misma. DORADO MONTERO, *Estudios de Derecho penal preventivo*, Madrid, 1901, pág 56 y ss "... como el delincuente, por el hecho de serlo, ha demostrado no tener aptitud suficiente para regir por si solo su vida de un modo racional, es decir, ha demostrado encontrarse en una situación de inferioridad con respecto a los individuos no delinquentes, necesita que aquellos que dispongan de medios a propósito los empleen en su beneficio, tiene, pues derecho a estos medios... Al efecto, se hace preciso someterle a un tratamiento, tutelar conveniente, análogo, al que se emplea con otros individuos que se hallen en situaciones semejantes (niños, locos, enfermos) y el tratamiento tutelar que conviene a los delinquentes es la pena... De esta suerte, la pena resulta ser un bien verdadero, contra lo que generalmente se piensa y, no obstante, que el reo mismo la juzgue mal... el correccionalismo es un sistema penal preventivo, y no represivo, por cuanto en él no se atiende al delito como objetivo al cual hay que dirigirse para castigarlo, sino como señal del desarreglo que en el mundo moral del delincuente existe, y que debe ser curado para prevenirse como probables atentados futuros". En sentido opuesto, se ha criticado la teoría correccionalista por su naturaleza "maximalista" en el plano resocializador, al exigir la concordancia plena entre el comportamiento externo del sujeto y su actitud interna, invocando la función pedagógica de la pena, generando en la práctica la dificultad de alcanzar las metas sin la plena colaboración del individuo o de "someterle a un lavado de cerebro" gravemente atentatorio para la dignidad del sujeto BUENO ARUS, F, "Algunas consideraciones sobre la Política criminal en nuestro tiempo", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1977 pág 116, 117.

²¹¹ MAPELLI CAFFARENA, *Las penas accesorias o la accesoriedad punitiva*, Libro Homenaje BUENO ARUS, Revista de Estudios penitenciarios, Extra, 2006, Centra el estudio doctrinal en las penas accesorias resaltando la idea que detrás de las penas (accesorias) permanece la idea central que quien es condenado no ofrece garantías ni confianza a la sociedad para ejercer la función pública. Se trata de transmitir un mensaje eminentemente simbólico, ya que considerando el perfil social y profesional de la población penitenciaria, son muy pocos a los que puede afectar la imposición de la pena como la inhabilitación absoluta en otro plano que no sea el meramente simbólico... se levantan barreras que hacen aún más difícil el proceso de reinserción social".

Se deja la tarea educativa de reintegración a la sociedad (instructiva y formativa). Y, si sociedad, delincuente y autoridad son corresponsables²¹² en la realización de la meta de la resocialización²¹³, se ha de admitir por igual la corresponsabilidad en la aceptación de que cada uno contribuye a crear puntos de fricciones o tensiones que han impedido o disminuido la correcta viabilidad de esta meta.

Si deseamos frenar la idea de los centros penitenciarios como lugares de aparcamiento de delincuentes²¹⁴, donde el sujeto no aprende a vivir en sociedad sino a proseguir, incluso especializarse, en su carrera criminal a través del contacto y las relaciones con otros delincuentes, incapaces de cumplir con su fin de establecimiento educador, debemos reconocer el camino por separado que se ha efectuado hasta el momento, incluso el fomento de la ausencia de contactos, con el inevitable desconocimiento mutuo en niveles superficiales. Entendiendo que no cabe la perfección (la consecución de la meta de resocialización) sin acoplar las fases de encuentro superficial, encuentro más profundo, tensiones y crisis y, por último, la relación. Aunque se ha de reconocer que la armonía no se vislumbra, se enmascara una complejidad que ha desencadenado en la doctrina las ideas de “mito”, “utopía”, pues como ha señalado MARINO BARBERO: “No existe un camino real para la comprensión de los problemas de la delincuencia. Aquellos que esperan respuestas hechas, fórmulas sencillas o clichés, se ha escrito acertadamente, pueden prepararse para la desilusión”.

²¹² En esta circunstancia, la idea de la “corresponsabilidad” no tiene el mismo punto de partida que la teoría sociológica de la corresponsabilidad, SCHMIDHÄUSER, citado por GARCIA-PABLOS DE MOLINA, “La supuesta función resocializadora del Derecho penal, utopía, mito, o eufemismo”, Dialnet, 2012, pág 2, recurso on-line, para el autor alemán representante de la teorías sociológicas de la responsabilidad, la sociedad, como beneficiaria del esfuerzo de los ciudadanos, no puede desentenderse de los penados, ni dejar de asumir su cuota de responsabilidad o culpa, al concebir el delito como un déficit en los procesos de socialización que se traduce en el aislamiento y conflicto del ciudadano con las estructuras de valores imperantes en la sociedad, debiendo la sociedad compensar por esta déficit de socialización, de los procesos fallidos o incompletos de aprendizaje. Se ha criticado esta teoría por su explicación sectorial de la delincuencia, limitada a la delincuencia marginal, pero que carece de una explicación o teoría integradora de la sociedad, obviando a los delitos sin víctima, como los delitos contra la Administración, o aquellos en los que el delincuente integrado o con socialización normal no precisa de resocialización. MULLER DIETZ, citado por GARCIA PABLOS DE MOLINA, no consigue identificar la pena privativa de libertad con el medio resocializador efectivo para recuperar o compensar a los adultos por un defecto de socialización padecido en la niñez. Por el contrario, cuando hablamos de corresponsabilidad se hace referencia al ejercicio de una responsabilidad de la decisión tomada.

²¹³ En este sentido MARIO BARBERO, *Marginación social y derecho represivo*, Ed Bosch, Barcelona, 1980, pág 22 ha declarado que “no resulta innegable la incongruencia de que a través del tiempo de la privación de libertad se pretenda formar/remodelar al sujeto a fin que se conduzca socialmente una vez obtenida la libertad.... poniéndose entredicho que unos de los fines de la pena de prisión (la inocuización por antonomasia) sea la integración del delincuente en la “injusta sociedad presente”.

²¹⁴ En este sentido MARIO BARBERO *Marginación social y derecho represivo*, Ed Bosch, Barcelona, 1980, pág 23, considera que hay que denunciar como injusta una sociedad que margina hasta los extremos indicados, que en gran medida produce la delincuencia que dice repudiar, que ha creado, entre otras, las instituciones totalizadoras estigmatizantes de la prisión para custodiar prácticamente sólo a las personas marginadas.

Ya en los años 80 la realidad resocializadora entra en crisis potenciada por altos costos, la inseguridad que provoca en la colectividad el tratamiento benévolo de la criminalidad peligrosa y la influencia mediática sobre la creencia del aumento de la delincuencia²¹⁵. En el panorama actual se avista, ya desde hace unos años, un retorno a la inocuización²¹⁶, en sintonía con la evolución experimentada por la Política criminal, respondiendo al desencanto frente a las posibilidades reales o efectivas de resocialización ante la intervención institucional resocializadora del Estado sobre el delincuente²¹⁷. Responde también a la intensa sensibilidad hacia el riesgo y la preocupación constante por la seguridad manifestada por los distintos grupos sociales que hace girar la rueda en sentido inverso a la resocialización, propia de un Derecho penal de prestaciones, del bienestar, con el consiguiente incremento del riesgo socialmente asumido más allá de lo prescrito por el principio de culpabilidad²¹⁸. Esta vuelta a la palestra de la idea de la sanción penal como la necesaria reacción de la sociedad ante la trasgresión cometida, debe acomodarse a la gravedad del hecho.

En este ambiente marcadamente de tendencia retribucionista/prevención general, debemos abogar por los criterios que favorezcan la individualización, con argumentos clásicos por la no posibilidad de generalización del delincuente, pues no todo delincuente, por el hecho de ser

²¹⁵ MARINO BARBERO, *Marginación social...* op cit, pág 21.

²¹⁶ NAUCKE, citado por MUÑOZ CONDE, alinea a los partidarios de un Derecho penal entendido como un derecho asistencial social, propugnando una versión moderna y actualizada del retribucionismo y los antirretribucionistas. Concibiendo el Derecho penal no como un derecho del pasado, dirigido a las relaciones individuales víctima-autor sino a un instrumento de conformación de la futura sociedad. Las modernas orientaciones del antirretribucionismo dogmático ponen el acento en el ímpetu pedagógico, con toda la confianza posible en la educabilidad del hombre y de la sociedad, en el que la resocialización o supresión del Derecho penal se convierte en el único vehículo para dispensar a todos los ciudadanos mayores cuotas de igualdad real, de oportunidades sociales. La concepción asistencial del Derecho se centra en apartarse del Derecho penal del “hecho” o retributivo y concentrando sus fuerzas en las consecuencias de un “accidente social” asistiendo a la víctima y al autor, ofreciendo con ello una visión bastante pálida de la realidad. Por último, el neorretribucionismo, supone una versión actualizada de la retribución pues las funciones de la retribución se asumen por la adaptación coactiva a través de la resocialización. La desviación de estas posturas supone balancearse hacia orientaciones de signo opuesto de naturaleza retribucionista, por ello, ante la crisis de la resocialización se habla de retorno a la retribución.

²¹⁷ En este sentido DOLCINI, E, MARINUCCI, *Manuale de Diritto penale, Parte generale*, Terza edizione, Ed. Giuffrè, Milano, 2003, pág 45 ha manifestado la perdurabilidad de la prisión como pena: “por mucho tiempo aun la cárcel, con su carga de sufrimiento, promete conservar el papel central en nuestro sistema penal”.

²¹⁸ SILVA, *La Expansión del Derecho ...* op cit, el propio autor ejemplifica el retorno a la inocuización manifestándolo en la adopción de medidas de seguridad que se imponen una vez cumplidas la pena ajustada a la culpabilidad del sujeto, así como en la posibilidad de adoptar medidas predelictuales. “La expulsión de extranjeros sin necesidad que medie condena... se enmarca... en la gestión administrativa del delito como riesgo social”. Esta conjunción de la pena y media, se convierte en un ejemplo del derecho expansionista. DOHNA describe la situación con palabras del director de un centro penitenciario cuando debía someter al preso a la medida de seguridad, tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad: “Bien, en este momento, usted ya ha pagado y expiado. La condena ya ha terminado. Lo que suceda en adelante ya no será pena. Usted irá ahora al ala B del centro penitenciario. Allí no va usted a ser castigado, sino solamente estará sometido a una medida de seguridad, la cual no pretende infringirle un mal. Por lo demás nada cambiará en su modo de vida”. Esta ausencia en la práctica cualquier disparidad entre la pena y la medida, resalta fundamentalmente en las medidas de custodia citado por MARINO BARBERO, *Marginación social...* op cit, pág 27.

considerado tal, a través de los procesos selectivos de criminalización primaria y secundaria está necesitado de tratamiento. Existen delincuentes que por razones coyunturales han cometido el delito, que reconocen los valores infringidos y que, incluso no conciben volver a cometerlos. Así mismo, existe delincuencia que ni tan si quiera se plantea la desviación de los valores que ha lesionado.

Uno de los fenómenos criminológicos en materia de resocialización que no pueden obviarse es el sistema imperante en los países nórdicos, concretamente, Finlandia ha pasado de ser el país europeo de la mayor tasa de encarcelamiento de la Europa occidental a tener, actualmente, la tasa más baja de población penitenciaria, utilizando tanto penas alternativas a la prisión como otras novedosas, manifestando el fenómeno inverso que se viene experimentado en el resto de Europa con una tendencia marcada a la inocuización.

El descenso vertiginoso en la población carcelaria/penitenciaria de los países nórdicos, se centra en distintos factores, entre ellos, las distintas reformas legislativas encaminadas a promocionar las penas alternativas, como reacción a una Política criminal represiva posterior a la II Guerra Mundial²¹⁹. Materializada, en la aparición de nuevas penas, sin perjuicio de otras manifestaciones, como los trabajos en beneficio de la comunidad, cuya aparición en el panorama punitivo se adereza con un considerable arbitrio judicial (con la finalidad de no orientarse a la confusión con las penas alternativas), en tanto, el órgano jurisdiccional debe adoptar la decisión de imponer pena de prisión, sin consideración a la posibilidad de sustitución por los trabajos en beneficio de la comunidad. En un segundo momento, si el Juez enmarca la pena en el ámbito de la privación de libertad, se halla facultado para conmutar la pena de prisión por los trabajos en beneficio de la comunidad, siempre y cuando se cumplan los requisitos legales²²⁰. Así como en la potenciación del uso de penas alternativas tradicionales: la multa y la suspensión de la condena²²¹.

²¹⁹ LAPPI SEPPÄLA, “Política criminal y penas alternativas a la prisión en los países escandinavos”, traducción CEREZO DOMINGUEZ, recurso on-line, sin paginación. Respondiendo al movimiento de política criminal de naturaleza solidaria y asistencia propia de los años 60, bajo el slogan de “política criminal racional y humana”. Combinando reformas prácticas del sistema penal con las ideas de respeto de los derechos humanos. Siendo posible la materialización de estas orientaciones político-criminal por acompañarse en el camino de profesionales expertos, en todos los ámbitos: políticos, funcionarios, académicos, como ejemplo de consenso y consistencia. Adicionado el alejamiento de la ciudadanía del interés mediato de naturaleza populista.

²²⁰ LAPPI SEPPÄLA, “Política criminal y penas alternativas a la prisión en los países escandinavos”, traducción CEREZO DOMINGUEZ, recurso on-line sin paginación.

²²¹ Un amplio estudio de las incidencias de las penas alternativas en LAPPI SEPPÄLA, “Política criminal y penas alternativas a la prisión en los países escandinavos”, traducción CEREZO DOMINGUEZ, recurso on-line (sin paginación).

Como la disminución de pena supone una alteración de la medida de proporción entre delito y pena²²².

IV.9 TOMA DE POSTURA

A lo largo del capítulo dedicado a la Política criminal, se ha avanzado lejos de las teorías de Política criminal, sobre las que se han efectuado estudios por la Doctrina cualificada en esta materia, centrándonos en los factores sociales que giran alrededor de la realidad de la Política criminal actual, contribuyendo a la génesis de una política criminal con “tintes de ordenamiento a la carta”, en el que el sentir de la sociedad no se deja “reposar”.

El ordenamiento jurídico, es un aglutinado de normas que responden al espíritu de una época y, la nuestra es la de la sociedad de la inmediatez, de la comunicación global, de la oralidad. El ciudadano precisa de ver reflejado sus respuestas cognitivas ante la realidad que le rodea desde el punto de vista jurídico.

El momento actual se presenta elevándose a la categoría de lo penal, la protección de bienes jurídicos que representan un amplio espectro de antijuricidad material, recibiendo una respuesta punitiva intensa, en la que la institucionalización de los valores sociales ha relegado al olvido el compromiso, la satisfacción del acuerdo, y la generosidad de la conclusión pacífica entre los implicados, a lo largo de todo el abanico de antijuricidad material. Relegando a un segundo plano las exigencias existenciales del Derecho penal de presencia mínima.

Se exhibe la institucionalización del aparato del Estado como *pater familias* que ha de

²²² PADOVANI, “La disintegrazione attuale... op cit, *RIDPP*, 1994, “la atenuación de la pena determina que afecte en un grado considerable al sancionar carga y, en el caso de la solución (que puede terminar con una sanción sustitutiva y estar condicionado a la concesión de la suspensión medida). Pero el hecho es que la mitigación de la pena, altera la medida de la proporción entre el crimen y el castigo, y a pesar de ello se justifica en atención a todas las evaluaciones de pronóstico que, en términos de prevención especial, afectan a la cuantificación de la sanción y la determinación del tratamiento. Critica el autor "El proceso penal el cumplimiento de los requisitos de prevención general relacionados con los valores modales de la preparación y la rapidez de la pena, que actúan directamente sobre el fondo instituido (en la actualidad la pena y el tratamiento de penal), y que promete un" gobierno "para puramente de procedimiento. En la práctica, el proceso termina después de asegurar la efectividad de sí mismo, incluso a expensas de las necesidades postuladas por la ley penal, autolegitimándose como herramienta de control social que en sí tiene su propia justificación. Desde el escenario del socio igual se convierte en un socio tirano”.

intervenir para la solución de los conflictos, y se nos olvida la indisponibilidad de nuestra vida, no solo como integridad corporal, sino extendiéndose a cualquier plano en el que se desarrolle nuestra actuación. Pues, el ordenamiento jurídico no deja de ser una cesión de nuestra soberanía individual como consecuencia de un contrato social. A esta amnesia sobre la indisponibilidad de la vida del ser humano, el orden político contribuye penalizando la respuesta ante la conducta ilícita, sin facultar un sistema que ante menor desvalor de acción y/o desvalor de resultado se cumplan los parámetros de intervención mínima y se permita la disponibilidad de las partes de la resolución del conflicto sin el preceptivo ejercicio de autoridad.

Desbordando una nueva funcionalidad, la protección irrenunciable de los bienes jurídicos, más allá de la culpabilidad y proporcionalidad armónica de la respuesta al desvalor de la acción y desvalor del resultado.

No nos pasa por alto que el contenido de la Política criminal depende de las condiciones sociales, económicas y políticas. En este sentido, cobra vida las palabras de GARLAND, existe una estrecha relación entre seguridad económico-social y solidaridad, garantizada por un estado del bienestar, y el bajo nivel de represión penal. Esta conexión, incluso nos atreveríamos a decir, esta coexistencia de las condiciones políticas, económicas y sociales y, la Política criminal como vehículo de transformación social, ha favorecido caer en el “punitivismo populista”²²³. Donde se ha relegado a un segundo término, la cultura política consensuada y corporativista, necesitando altos niveles de confianza social y de legitimación política, extendiéndose hacia una “Política criminal politizada”²²⁴.

Como cierre del estudio es conveniente traer a colación el pensamiento de GALLEGO DIAZ, habrá que partir de criterios políticos criminales, particularmente de los fines concretos atribuidos a la pena, de su armonización y jerarquización y de su coordinación con la función fundamentadora o limitadora de la pena del principio de culpabilidad, así como de los resultados obtenidos de las ciencias criminológicas. Ni la fijación legal de los factores y criterios idóneos que

²²³ BOTTOMS, citado por LAPPI SEPPÄLA, “Política criminal y penas alternativas a la prisión en los países escandinavos”, traducción CEREZO DOMINGUEZ, recurso on-line (sin paginación).

²²⁴ Expresión acuñada por BOTTOMS, citado por LAPPI SEPPÄLA, “Política criminal y penas alternativas a la prisión en los países escandinavos”, traducción CEREZO DOMINGUEZ, recurso on-line, sin paginación, en este sentido, “Un sistema capaz de mantener el cumplimiento normativo a través de la confianza y legitimidad, más que por medio del temor y la disuasión, no necesita acudir al empleo de sanciones severas”.

hayan de influir en la determinación de la pena, ni tampoco la aplicación de los mismos por parte del Juez, podrán realizarse de modo satisfactorio y conveniente sin la debida consideración criminológica²²⁵.

²²⁵ GALLEGO DIAZ, *El sistema español de determinación legal de las penas*, Ed ICAE, Madrid, 1985, pág 182.

CAPITULO V. LA MORFOLOGÍA DE LA PENA. DETERMINACIÓN DE LA PENA E INDIVIDUALIZACION ARMONIZADORA.

V. 1. ASPECTOS GENERALES

“L'individuazione di un *numero chiuso* di *specifique figure di reato* rappresenta l'espressione di un *stadio evoluto del diritto penale*, sotto un duplice profilo. Da un lato, attraverso quel numero chiuso, si realizza, come notò il grande criminalista VON LIZST, <la prima autolimitazione della potestà punitiva statale>: si accorda al cittadino <una assicurazione scritta in base alla quale egli verrà punito soltanto ove ne ricorrano i presupposti i legale e soltanto entro i limiti stabiliti dalla legge. Dall'atro lato l'individuazione delle singole figure di reato è un processo in continuo svolgimento, che rispecchia una molteplicità di fenomeni: l'emersione di nuovi beni o di nuove forme di aggressione a beni già protetti...”¹.

Debemos excluir las consideraciones de juego de azar emitidas por algunos autores², conformando, por el contrario, la individualización judicial de la pena, el “más alto y fino arte del Juez”³. La creación de una melodía utilizando los instrumentos facilitados por el legislador en la adecuación de la abstracción al hecho, exteriorizándose a través de la motivación⁴, como medio de evitar la “consequenza di lasciare nell'ombra importanti corollari”⁵.

El Código penal de 1995 eliminó⁶ el sistema de escalas graduales⁷, como manifestación de

¹ MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*. Terza edizione. Milano, 2003, pág 155.

² BRUNS, citado por GALLEGO DÍAZ, *El sistema español de determinación de las penas. Estudio de las reglas de aplicación de las penas del Código penal*, Ed ICAI, Madrid, 1985, pág 2, argumentando esta consideración en la dependencia en última instancia en la determinación de la pena, de un sentimiento, de la rutina, de la intuición y, en todo caso, criterios oscilantes.

³ GALLEGO DÍAZ, *El sistema español...* op cit., pág 5, un arte difícil cuyo desempeño requiere “aparte del dominio de los conocimientos jurídicos-positivos, conocimientos diversos acerca del hombre, formación criminológica, intuición psicológica y acendrado sentido de la independencia y la justicia”.

⁴ Autores recalcan la importancia de la motivación y critican “la elusione dell'obbligo di <respondere>” AMODIO, E., “Motivazione della sentenza”, en *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, 1977, págs 182, 183, añadiendo “la reivindicación del derecho sobre la necesidad de controlar el motivo del fallo crece proporcionalmente al agravarse el desequilibrio entre el poder del Juez y el de las partes: como medio para sanar cualquier desequilibrio, como medio para conseguir adaptar la realidad judicial a la pureza de la dialectiva procesal”.

⁵ AMODIO, “Motivazione della sentenza”, en *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, 1977, pág 186.

⁶ La Exposición de Motivos de la LO de 23 de noviembre de 1995, por la que se aprueba el CP, establece como principales innovaciones del Texto punitivo: “una reforma total del actual sistema de penas, de modo que permita alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna. El sistema que se propone simplifica, de una parte, la regulación de las penas privativas de libertad, ampliando, a la vez, las posibilidades de sustituirlas por otras que afecten a bienes jurídicos menos básicos, y, de otra, introduce cambios en las penas

la imposición de la pena o de la relación cuantitativa o proporcional de los delitos⁸, de engranaje matemático⁹, acotando el cumplimiento de las previsiones legales a la simplificación de las operaciones de medición de la pena¹⁰.

Para determinar la penalidad aplicable a los diversos grados de desarrollo del delito y el grado de participación de los codefincuentes se establece, por medios de reglas generales, la rebaja de la pena en uno o dos grados, respondiendo a la idea de que la culpabilidad va experimentando una disminución en atención a distintas variantes del delito, de modo que, a esta graduación de la culpabilidad le corresponde paralelamente una graduación en la pena¹¹.

Como ya habremos dilucidado de la lectura de los anteriores párrafos, en la operación de individualización de la pena intervienen dos fases: una fase matemática, exacta, que otorga seguridad al sistema, que es la determinación del marco abstracto de la pena brindado por el legislador como manifestación del principio de legalidad (marco abstracto legal que no permanece invariable, sino que, en aplicación de la segunda manifestación del modelo aritmético, se crean nuevos marcos penales, sintomático de la incidencia del desvalor del injusto o de la culpabilidad); y

pecuniarias, adoptando el sistema de días-multa y añade los trabajos en beneficio de la comunidad”.

⁷ GALLEGO DÍAZ, *El sistema español...* op cit, pág 253, a través de las escalas graduales, el legislador organizaba las penas según su naturaleza, ordenándolas sin solución de continuidad desde la más grave a la más leve, haciendo de cada una de ellas un peldaño o escalón, de modo que la determinación de la pena inferior o superior pudiera efectuarse únicamente con recorrer la escala correspondiente.

SILVELA SANCHEZ, *EL Derecho penal: estudiado en principios y la legislación vigente en España*. Parte Segunda, Ed. Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fe, 1903, pág 282 “cada pena viene a constituir para el pensamiento del legislador en lo que pudiera llamarse un escalón, desde el cual se sube al inmediato superior o se desciende a los que estarían debajo. Los escalones no están colocados a una distancia arbitraria, sino, por el contrario, a distancias iguales o proporcionadas: suponiendo un valor determinado a cada uno de los sufrimientos o privaciones que constituye cada una de las penas comprendidas dentro de una escala. Existe tanta distancia o diferencia entre la que figura en la cabeza con el número primero y la que lleva el número segundo, como entre ésta y la del número tercero, y, así sucesivamente. De esta manera, si se quiere imponer, respondiendo al intento del legislador, una pena en uno o dos grados inferior a otra, no hay más que acudir a la escala y, seguir el orden que la disposición de la misma marca hasta de un modo material, por esto se dice que las escalas son graduales”... “se trata de un presupuesto indispensable” introducido con el Código penal de 1848, concebido por el autor cómo “reunión o conjunto ordenado”.

⁸ SILVELA SANCHEZ, *El Derecho penal; estudiado en principios...* op cit, pág 281.

⁹ PASTOR RODRIGUEZ, *Estudio teórico de las reglas de aplicación de las penas contenidas en el Código penal común y el artículo 175 del de justicia militar*, Imprenta de la viuda e hija de Gómez Fuentenebro, 1894, pág 60, concibe las escalas graduales como un mecanismo perfectamente detallado para que dichas operaciones alcancen una exactitud matemática.

¹⁰ BARREIRO, “Sistemas de sanciones en el Código penal de 1995”, en *La reforma de la justicia penal. Estudios homenajes al Prof. Klaus Tiedeman*, GOMEZ COLOMER/GONZALEZ CUSSAC. (coord) Publicacions de la Universitat Jaume I, Castello de la Plana, 1997, pág 77.

En términos similares, DIEZ RIPOLLÉS, “La evolución del sistema de penas en España 1975-2003” en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, núm 8, pág 6 “... de forma que ya no se puede pasar, en virtud de las reglas de determinación de la pena, de una sanción a otra de similar naturaleza y colocada en un continuo de una misma escala. El cumplimiento de las previsiones legales que obligan a subir o bajar en grado una pena se realizan dentro de la misma pena, incluso si ello supone entrar en una duración de pena propia de las faltas”.

¹¹ GALLEGO DÍAZ, *El sistema español...* op cit, pág 252.

una segunda fase, reflejo del principio de igualdad (o, concretamente, tratar desigualmente situaciones desiguales¹²), valorando la poliédrica gravedad del hecho y las circunstancias personales del autor. En la que, el órgano jurisdiccional va a desplegar toda su pericia como director de orquesta, utilizando los instrumentos predeterminados por la ley, combinándolos y obteniendo como resultado la melodía¹³.

La individualización judicial de la pena se convierte, de este modo, en un mosaico integrado por parcelas muy diversas¹⁴. La distribución de las notas musicales y la entrada de unos instrumentos u otros responden a factores muy diversos, pero sin olvidar su propia dinámica. Descubrir las claves del por qué de la belleza musical de la melodía, del impacto visual del mosaico, en definitiva, la morfología de la pena en su dinámica determinación de la pena e individualización armonizadora, es el reto de esta tesis.

¹² En este sentido, GIMBERNAT ORDEIG, “¿Tiene futuro la Dogmática jurídico-penal?” en *Estudios de Derecho penal*, Ed Civitas, 1981, pág 105 y ss, resalta el origen de la idea de ajustar la pena abstracta al supuesto concreto, se halla a mediados del siglo XIX, en el seno del movimiento filosófico que propugna al individuo, tan idéntico en si mismo, como diferente a los demás. Reforzando esta línea de pensamiento el prevencionismo de los años 60; ROXIN, *Iniciación al Derecho penal de hoy*, traducción MUÑOZ CONDE, Ed Secretariado de Publicaciones, 1981, pág 25.

¹³ El sistema de determinación de la pena establecido en el Código penal de 1995, reproduce en esencia las reglas punitivas que han venido guiando la codificación anterior: el proceso de concreción del marco penal abstracto señalado en la ley para el delito que se trate, hasta desembocar en la decisión judicial sobre la magnitud de la pena a la que se ha de condenar al delincuente. En este sentido SALINERO ALONSO, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y el artículo 66 del Código Penal*, Granada 2000, pág 51, entiende que “determinación” e individualización” no son términos sinónimos, reservando la primera expresión para la fijación, ya sea legal o judicial del marco penal abstracto, y la segunda, individualización, para la labor judicial dentro del marco penal concreto conjugando los elementos y factores reales del hecho y del autor. En el mismo sentido BACIGALUPO ZAPATER. *La individualización de la pena en la reforma penal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº3, pág 36 y DEMETRIO CRESPO, *Prevención General e individualización judicial de la pena*. Ediciones de la Universidad de Salamanca, 1999, pág 45.

SALINERO ALONSO, *Teoría general de las circunstancias...* op cit, pág 53, describe tres estadios en la determinación de la pena: a) El primero de ellos que denomina “marco penal genérico” en el que se aglutina la pena tipo para el autor del delito consumado, la forma imperfecta de ejecución, en su caso, así como supuestos de eximentes incompletas del artículo 68 o error de prohibición; b) Una segunda fase que consistiría en la elección por parte del Juez de la pena concreta dentro del marco ofrecido por el legislador y que puede desarrollarse en dos momentos distintos consistentes en una determinación *cualitativa* (en el que el juez opta por la clase de penas a imponer, esto es, en los supuestos de penas alternativas o potestativas), seguida de una determinación *cuantitativa*, momento en el que el juez deberá tener en cuenta las reglas del artículo 66; c) Un tercer estadio consistente en la ejecución de la pena impuesta. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte general*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pág 45, considera, en cambio, que la determinación cualitativa comprende, también, la elección del grado de la pena que tiene lugar siempre que la ley obliga a imponer penas superiores o inferiores en grado a la prevista para el delito, en tanto, recogen, en general, supuestos cualitativamente distintos del hecho básico descritos en cada tipo que, precisamente por ello, desbordan su marco penal. Frente a esto la determinación cuantitativa quedaría reservada para la elección de la extensión o cantidad concreta a cumplir dentro del marco interior creado por la pena superior o inferior en grado a la señala por la ley.

¹⁴ En este sentido, QUINTERO OLIVARES, “Determinación de la pena y política criminal” en *Cuadernos de Política Criminal*, núm 4, 1978, págs 54 y 55, “lo que sea esa pena justa es algo que no puede contestarse con simpleza. Lo justo no será lo que externamente se acomode al derecho positivo, pues la necesaria generalización impide la correcta individualización interna, problema aún más grave en nuestro derecho positivo... a causa de la obsesiva aritmética legal en la que se ve envuelto... el legislador”.

¿Cómo funciona la morfología en la determinación e individualización de la pena? El punto de partida lo hallamos en la imposibilidad del legislador de prever para cada delito las infinitas variables que se pueden producir atendiendo al tipo de persona, condiciones personales o al mismo hecho en sí¹⁵, transfiriendo al órgano jurisdiccional la materialización de la “precisión que en cada caso concreto resulte exigible para determinar la cantidad y calidad de los bienes jurídicos que sea posible privar al autor de un delito”¹⁶.

Los acordes dados por el legislador se corresponden al difícil equilibrio entre legalidad/seguridad e individualización/arbitrio¹⁷, desglosándose en: a) estructurales: Gravedad del injusto y culpabilidad como marcadores de delimitación o inicio del marco penal abstracto; b) Instrumentales: grado, la pena en su mitad inferior/superior, la pena superior e inferior en grado; c) Orientadores: la gravedad del hecho y circunstancias personales del autor¹⁸.

La sentencia condenatoria es el resultado de un recorrido que comienza con la búsqueda del marco penal abstracto mediante la medición o valoración de la gravedad del injusto y la culpabilidad. Esta culpabilidad se centra en la acción del sujeto activo en relación a la cantidad de bien jurídico afectado por la acción, la intensidad de la afectación o la puesta en peligro y las condiciones objetivas y personales concurrentes de la acción, esto es, el hecho efectivamente realizado por el autor en un momento determinado¹⁹. Ahora bien, GARCIA ARAN, ha manifestado que “el concepto dogmático de culpabilidad es insuficiente para referir a él la proporcionalidad de

¹⁵ En el mismo sentido, MARTINEZ ARRIETA, “La determinación de la pena en el Código Penal español” en *Política criminal y reforma penal, Homenaje en memoria del Prof. Dr. Juan del Rosal*, pág 819, hace referencia a la imposibilidad de prever la capacidad de reincidencia y reinserción social o la culpabilidad manifestada por el hecho.

¹⁶ ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal*, Ed Ediar, Buenos Aires, 1991, pág 698, el autor enfoca la determinación de la pena hacia la búsqueda de la resocialización.

¹⁷ Para JESCHECK, *Tratado de Derecho penal...* op cit, pág 1190 y ss, estamos ante “situaciones de crisis permanente”, abogando por la sujeción de la determinación judicial a “criterios que vinculen y sirvan de pauta al arbitrio judicial”. Entendiendo que el arbitrio judicial es una “discrecionalidad jurídicamente vinculada” que ha de actuar dentro del marco temporal impuesto por la culpabilidad, por el hecho que supondría el límite máximo de pena a imponer. Procurando una determinación de la pena alejada del “abuso del arbitrio judicial, tanto en un sentido rigorista extremo como en uno excesivamente indulgente y, que, a consecuencia de ello, no exista un criterio unitario en la praxis seguida por los Tribunales en la determinación de la pena”.

¹⁸ En este sentido, la STS, de 5 de julio de 1991, señala como factores de la individualización de la pena: “la gravedad de la ilicitud cometida, las circunstancias que permitan juzgar sobre la mayor exigibilidad del cumplimiento de la norma y el mayor o menor del desvalor ético-social de los motivos que impulsaron a su autor a la comisión del hecho. Sobre la base de estos elementos, el Tribunal deberá obtener una valoración de la gravedad de la culpabilidad por el hecho concreto, cuya traducción numérica dará lugar al máximo de la pena merecida por el autor, según la culpabilidad”.

¹⁹ En el mismo sentido, MARTINEZ ARRIETA, “La determinación de la pena en el Código Penal español” en *Política criminal y reforma penal, Homenaje en memoria del Prof. Dr. Juan del Rosal*, pág 822; CASTELLO NICAS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos Art 66.1 del CP*, Ed Comares, Granada, 2007, pág 37; GIMBERNAT ORDEIG “Tiene futuro la Dogmática jurídico-penal?” en *Estudios de Derecho penal*, Ed Civitas, Madrid, 1981, pág 110.

la pena, porque no supone una valoración global del hecho”²⁰, de forma que, si el marco genérico comprende la pena adecuada o proporcionada al hecho penalmente antijurídico y plenamente responsable o reprochable, la elección de la pena concreta “debe modular tanto la específica lesión del bien jurídico como la específica responsabilidad del autor”²¹, abriendo, con ello, la puerta a la siguiente parada del camino.

El próximo punto en el que el Juez ha de detenerse es la definición del marco intermedio mediante la determinación del grado de ejecución y participación llevada a cabo. La última parada es la fijación del marco concreto, mediante la subsunción de la conducta en las circunstancias modificativas de la responsabilidad. Entrelazándose en el proceso de individualización entidades cualitativas y cuantitativas.

Frente a la obsesión por controlar legalmente el proceso de determinación de la pena, limitando de este modo, el arbitrio judicial, el actual Texto penal se caracterizó en su origen por un proceso de simplificación, flexibilización y uniformidad²² en las pautas de individualización de la pena. Esta simplicidad y flexibilidad inicial va revisitiéndose y haciéndose eco de la preocupación por la seguridad y el sentido retribucionista de la sociedad, adquiriendo formas fijas, en la que la individualización queda reducida a un mero acorde dentro del proceso armonizador.

Ahora bien, la determinación de la pena no se halla huérfana de directrices ideológicas, así, MARTINEZ ARRIETA, no pone en duda que, en la determinación de la pena, junto a la culpabilidad, fundamento de la pena, deben entrar en consideración las finalidades preventivas que la conviertan “en útil a la sociedad y al individuo que la recibe”²³. Pues, la finalidad perseguida por el legislador no se anula por el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de determinación e

²⁰ GARCIA ARAN, *Fundamentos y aplicación de penas, medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Pamplona, 1997, pág 74.

²¹ GARCIA ARAN, *Fundamentos y aplicación...* op cit, pág 74.

²² GALLEGO DIAZ, *Procedimientos para la determinación de la pena superior e inferior en grado y la división de la pena en dos mitades. Un análisis sistemático del artículo 70 del CP*, en *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en Homenaje al Prof. Alfonso Serrano Gómez*, Valencia, 2004, pág 325; Por el contrario, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte general*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág frente a la simplificación que supuso el Código Penal de 1995 en materia de determinación de las penas, la reforma introducida por las LO 11/2003, de 29 de septiembre, y 15/2003, de 25 de noviembre supuso introducir niveles de complejidad y dosimetría penal similares a los del Código Penal de 1948, truncando un proceso histórico de simplificación que se había desarrollado a lo largo de ciento cincuenta años, expresando, con ello, un retribucionismo teóricamente superado con el que se dosifican las penas aritméticamente.

²³ MARTINEZ ARRIETA, “La determinación de la pena en el Código Penal español” en *Política criminal y reforma penal, Homenaje en memoria del Prof. Dr. Juan del Rosal*, Madrid, 1993, pág 813. Resalta también la importancia de los fines de la pena en el momento de la determinación de la pena, GARCIA ARAN, *Fundamentos y aplicación...* op cit, pág 62

individualización de la pena²⁴, sino que el margen de decisión propia de las facultades jurisdiccionales en la determinación de la pena toma como premisa preestablecida la ya impuesta en los preceptos penales de estas²⁵.

No existe, en cambio, unanimidad en la doctrina a la hora de analizar la interdependencia de la determinación de la pena y los fines de la misma, con dos posturas bien definidas: una relación directa o, por el contrario, un vínculo orientativo.

Cabe finalizar este punto con una idea que impregna todo el proceso de morfología de la pena: una pena injustificada supone una limitación de los derechos fundamentales del ciudadano y, por tanto, se enfrenta a principios constitucionales²⁶.

²⁴ En similares términos, GARCIA ARAN, *Fundamentos y aplicación ...* op cit, pág 62 se centra en la imposibilidad de excluir las finalidades perseguidas, por el ejercicio de las respectivas y propias funciones.

²⁵ CASTELLO NICAS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos Aet 66.1 del CP*, Ed Comares, Granada, 2007, pág 36

²⁶ SANZ DIEZ DE ULZURRUN LLUCH, "La sentencia del TEDH en el asunto Léger c Francia, de 11 de abril de 2006. Sobre compatibilidad de las penas de larga duración con las exigencias del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos", en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm 7 (1er semestre), 2006, pág 251.

V. 2 PRINCIPIOS PARA OPERAR EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA.

La morfología de la pena, concretamente en la vertiente de la actividad jurisdiccional, no se halla huérfana de valores, sino que ha de reflejar la conciencia ética o valorativa de la comunidad.

La esencia de los principios informadores de la institución de la pena (su morfología), giran en torno al respeto del ser humano²⁷, del que no puede ser excluido el delincuente, pues, “su calidad de persona prohíbe convertirlo en un objeto demostrativo de la administración de justicia con la finalidad de alcanzar ciertas metas”²⁸.

No se trata de una idea aislada a la que se llega de forma ocasional en algún estudio doctrinal, sino un derecho inviolable e intangible cuya proyección se plasma en los distintos ordenamientos jurídicos. En este sentido, nuestro TC afirmó que la dignidad es un «valor espiritual y moral inherente a la persona», que debe permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo un «mínimum invulnerable» que todo estatuto jurídico debe asegurar²⁹. Nuestra Constitución se hace eco del respeto a la dignidad humana, prohibiendo las penas inhumanas o degradantes³⁰.

²⁷ PECES BARBA, *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*, Ed Dykinson, Madrid, 2002, pág 10 y ss. El concepto inicial de “dignidad” representa el reconocimiento de una naturaleza específica que hace del ser humano algo distinto de cualquier otra realidad y merecedor de un respeto igualmente singular. Esta idea de superioridad y, al tiempo, de diferenciación del ser humano de otras realidades, en especial de los animales, ha estado presente en la obra de numerosos e importantes autores desde la antigüedad hasta nuestros días. El autor efectúa un profundo estudio de la presencia de la dignidad humana en las distintas obras universales de la literatura.

GOMEZ SANCHEZ, *Dignidad y ordenamiento comunitario*, recurso on-line, En los Estados nacionales y en el ámbito internacional la primera acepción del término “dignidad” se refiere al ser humano; alude a la esencia o naturaleza de éste y ampara, al menos, sus “elementos constitutivos”. Por elementos constitutivos del ser humano entendemos tanto su realidad física como sus aspectos psicológicos y morales. La idea de dignidad se refería casi exclusivamente en estos iniciales estadios de su reconocimiento, a la defensa del ser humano contra ataques o violaciones de sus derechos personales, en gran medida vinculados a su propia realidad física (prohibiendo los tratos inhumanos, la tortura o defendiendo su integridad física) y ha sido tradicionalmente denominada “dignidad humana” o, en menor medida, “dignidad de la persona”. Esta idea de dignidad está presente, además, en algunas resoluciones del Tribunal Constitucional, que ha afirmado que: “la Constitución salvaguarda absolutamente aquellos derechos y aquellos contenidos de los derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo... aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana” (STC 242/1994, de 20 de julio; SSTC 107/1984, de 23 de noviembre y 99/1985, de 30 de septiembre).

²⁸ STRATENWERTH, “Culpabilidad por el hecho y medida de la pena” en *Futuro del principio jurídico penal de culpabilidad: con un estudio preliminar de Enrique Bacigalupo sobre la “culpabilidad y prevención en la fundamentación del Derecho español y latinoamericano”*, Ed Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1980, pág 97.

²⁹ STC 53/1985, 11 de abril.

³⁰ Art. 15 de la CE, también cabe mencionar el artículo 10 del mismo cuerpo legal, Sección I del Capítulo II, del Título I de la CE. Así mismo, encontramos referencia a este principio de dignidad humana, en la *Declaración Universal de Derechos del Hombre*, 1948, manifestando en el Preámbulo: “la dignidad intrínseca... de todos los miembros de la familia humana”, afirmando en el artículo 1 que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. *Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos*, New York, 1966, considera que “conforme a los

PECES BARBA entiende que se puede hablar de un itinerario de la dignidad, de un dinamismo desde el deber ser hasta la realización a través de los valores, de los principios y de los derechos, materia de la ética pública. Por eso, la dignidad humana es más un prius que un contenido de la ética pública con vocación de convertirse en moralidad legalizada, o lo que es lo mismo en Derecho positivo justo. Es fundamento, por tanto, del orden político y jurídico.

En su origen, la “dignidad humana” no es un concepto jurídico como puede serlo el derecho subjetivo, sino más bien una construcción de la filosofía para expresar el valor intrínseco de la persona, derivado de una serie de rasgos de identificación que la hacen única e irrepetible, como centro del mundo.

La persona es un fin, de naturaleza invaluable, que supone que no pueda ser utilizada como medio y, que por todo el conjunto de posibilidades que encierra la condición de dignidad humana, la convierten en el punto de partida. Estamos ante un deber ser fundante que explica los fines de la ética pública, política y jurídica, al servicio de ese deber ser. Por eso, la dignidad no es un rasgo o una cualidad de la persona que genera sólo principios y derechos, sino un proyecto que debe realizarse y conquistarse. Genera a lo largo de la Historia, sobre todo a partir del tránsito a la modernidad, una reflexión sobre los medios para ser alcanzada, y de esa reflexión surgirán los contenidos de la ética pública.

Por tanto, la dignidad de la persona debe ser interpretada como el reconocimiento de una naturaleza determinada, merecedora de un respeto y una consideración específica y distinta de los

principios enunciados en la “Carta” de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz del mundo tienen por base la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”; Capítulo I de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, diciembre de 2007; la *Convención contra la Tortura y otros Tratos Inhumanos o Degradantes*, 10 de diciembre de 1984, reconoce expresamente la igualdad de derechos de todos los miembros de la familia humana como emanación de la dignidad inherente a la personas; en igual sentido, el Preámbulo de la *Convención sobre los Derechos de los Niños*, 20 de noviembre de 1989, reconoce que la libertad, la justicia, y la paz en el mundo “se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y en los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Por su parte, el *Convenio Europeo para la protección de los Derechos y Libertades Fundamentales*, 4 de noviembre de 1950, no incluye un artículo específico relativo a la dignidad humana. Tampoco se menciona expresamente la dignidad en la *Carta Social Europea* de 18 de octubre de 1961, aunque las garantías constitucionales se incorporó el *Convenio de Roma* de 19 de junio de 1980, a través de la acción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Representando, éste último una protección muy efectiva de aspectos sustanciales de la dignidad humana a través de la tutela específica de los derechos reconocidos en el Convenio. Por otro lado, los trabajos posteriores del Consejo de Europa plasmados en un número relevante de protocolos y convenios, sí han incorporado el reconocimiento y la protección de la dignidad humana. A título ejemplificativo, hallamos el reconocimiento de la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos en el Preámbulo del *Protocolo nº 13* al Convenio de Roma, sobre prohibición de la pena de muerte en cualquier circunstancia que ha venido a completar las disposiciones del *Protocolo nº 6*.

que pudieran recibir cualquier otra realidad existente³¹.

La obligación de tratar a todos los seres humanos como fines en sí mismos y no como medios o instrumentos al servicio de otros seres o de cualesquiera otros intereses sociales, deriva del reconocimiento de su específica dignidad y fundamenta la tesis de la “no instrumentalización” del ser humano directamente vinculado a la dignidad, de forma que, ya no resulta posible rechazar su configuración como derecho fundamental, esgrimiendo la imposibilidad de delimitar positivamente su contenido³².

V.2.1 PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La asunción de este principio como propio, determinó la aparición de la sociedad moderna, íntimamente ligado a la dignidad humana. Supuso el distanciamiento de los periodos sociales donde el ciudadano era un peón ante las decisiones caprichosas de los dirigentes³³.

El principio de legalidad no es ajeno al marco de la morfología de la pena³⁴; se materializa en conocimiento³⁵ y previsibilidad³⁶, manifestando el Alto Tribunal, que se trata de un mandato

³¹ PECES BARBA, *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*, Ed Dykinson, Madrid, 2002, pág 21 y ss. El Tribunal Constitucional español se ha pronunciado reiteradamente sobre la dignidad y ha confirmado su carácter troncal respecto de los demás derechos y libertades, STC 53/1985, de 11 de abril. Ante la dignidad, pues, no caben determinadas acciones de los poderes públicos ni de los particulares que pongan en cuestión esta específica naturaleza. La dignidad ha de permanecer inalterada de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona. El reconocimiento de la dignidad humana obliga, pues, a tratar a todo ser humano de acuerdo con su propia naturaleza ya que éste conserva su dignidad en toda situación y cualquiera que fuera la naturaleza de su comportamiento. «Las desigualdades, las enormes desigualdades existentes entre los hombres... nada suponen en contra de la igualdad sustancial del género humano. Todo hombre por el hecho de serlo, es titular de unos derechos inalienables inherentes a su dignidad» que vinculan a todos.

³² El razonamiento anterior nos lleva a considerar que la constitucionalización y la internacionalización de la dignidad humana representa el reconocimiento de la importancia que corresponde al hombre por el hecho de serlo y, en cuanto tal hombre, participa de la dignidad humana. Es igual en dignidad a cualquier otro. La dignidad es, al fin, el reconocimiento de la igualdad intrínseca de la naturaleza humana.

³³ En este mismo sentido, GALLEGO DIAZ, *El sistema español de determinación de la pena*, Ed ICAE, Madrid, 1985, pág 218, considera el principio de legalidad como criterio rector del Estado de Derecho.

³⁴ En este sentido GALLEGO DIAZ, *El sistema español ...op cit*, pág 219 cita a la Comisión general de Códigos de 1948: “*se necesitaba huir del sistema que convertía al Juez en un miserable autómatas y del que le investía en cierto modo de soberanía legislativa*”.

³⁵ ALCACER GUIARO, “El derecho a la legalidad penal y los límites de la actuación de Tribunal Constitucional” en *Constitución y principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales*, (dir) MIR PUIG, S/QUERALT JIMENEZ, (coord) FERNANDEZ BAUTISTA, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág 16, manifiesta en consonancia con la Jurisprudencia Constitucional, que la garantía de taxatividad exige que la conducta prohibida sea definida por la ley con la mayor concreción posible.

dirigido al legislador: “debe hacer el máximo esfuerzo posible en la descripción de los tipos penales, promulgando normas concretas, claras, precisas e inteligibles” en aras de garantizar la seguridad jurídica, de modo que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones³⁷.

Coincide, pues, en el doble momento objeto de estudio: el primero, en la determinación de la pena mediante la fijación de un marco básico modelado por los criterios de imputación, para ello, el ilícito penal ha de ser “determinado y, aún indeterminado ha de ser determinable”, esto es, “su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada”³⁸, constituyendo este proceso racional, el segundo objeto de estudio. Favoreciendo el conocimiento desde una doble perspectiva, hacia el órgano jurisdiccional que lleva a cabo la misma y al individuo como destinatario.

Aunque, cada vez mas, asistimos a situaciones en la que la taxatividad se fusiona con el canon de la previsibilidad de la interpretación de la norma, situación propia de la garantía de la tipicidad. Ello no impide la necesaria relajación del principio de legalidad en materia de determinación de la pena, “donde las necesidades de concreción e individualización de la misma exigen determinados márgenes de arbitrio judicial”³⁹. Dándonos paso a la necesidad de motivación.

V.2.2 MOTIVACIÓN.

Como ha manifestado BACIGALUPO, la determinación del marco penal abstracto aplicable a un delito no queda definido en el sistema español en el momento de la sanción de la ley, sino que requiere una operación complementaria que el legislador ha puesto en manos del Juez⁴⁰.

³⁶ ALCACER GUIARO, “El derecho a la legalidad penal y los límites de la actuación de Tribunal Constitucional” en *Constitución y principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales*, (dir) MIR PUIG,S/QUERALT JIMENEZ, (coord) FERNANDEZ BAUTISTA, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág 16, la garantía de tipicidad o lex stricta exige que la aplicación de la ley sea previsible para sus destinatarios y no desborde el límites establecido por el tenor legal, es un mandato dirigido a los Tribunales.

³⁷ SSTC 24/2004, de 24 de mayo; 283/2006, de 9 de octubre.

³⁸ STC 62/1982, 15 de octubre, ATC 703/1985, de 16 de octubre.

³⁹ GALLEGO DIAZ, *El sistema español...* op cit, pág 218.

⁴⁰ BACIGALUPO ZAPATER, “La individualización de la pena en la reforma penal”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1980, pág 60.

En el proceso de individualización judicial de la pena tiene lugar la determinación de la misma o actividad jurisdiccional a través de la cual, el Juez o Tribunal, selecciona una pena y fija una magnitud concreta de la misma. En esta operación se otorga al Juez un espacio de libertad en el que debe hacer uso de la discrecionalidad a fin de adecuar la pena al hecho punible: es el arbitrio judicial que no ha de degenerar en arbitrariedad.

Ahora bien, el arbitrio judicial no significa libertad absoluta, no se trata de un derecho del Juez sino una obligación del mismo a la elección de la pena adecuada al caso concreto. Lo contrario conllevaría una infracción del principio de seguridad; así mismo, supondría una lesión de la evaluación objetiva del derecho que forma parte del Estado de Derecho y del principio de vinculación de la justicia penal a la ley. Por último, entiende WARDA, que se abrirían las puertas de un tratamiento desigual a situaciones de contenidos iguales sin fundamentación alguna, con lo que se lesionaría el derecho a la justicia y a la igualdad⁴¹.

Mayor justificación se exige en la motivación de la determinación de la pena. Pues, como se ha dicho, “no es posible concebir la motivación de la pena como una puntual descripción progresiva de cada momento de la condena pronunciada”⁴², sigue AMODIO: “por lo tanto, cuando se produce una mayor tolerancia en la técnica de la implicación para cubrir la brecha de la discrecionalidad del juicio, a menudo, no es posible encontrar la actuación dentro de la realidad judicial, por insuficiencia de datos idóneos para la indagación y el descubrimiento de la personalidad del imputado”⁴³.

“La motivación deber ser redactada de modo que el lego en derecho pueda, de una sola lectura, aceptar que la sentencia es justa”⁴⁴. En cambio, AMODIO considera que “el deber de motivar se enfoca hacia el ajuste de un modelo de argumentación, que deberá incluir la máxima

⁴¹ WARDA, citado por DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ed, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999, pág 67.

⁴² SIRACUSANO “Appunti sulla motivazione nella applicazione della pena”, in *For. Pen.*, 1957, pág 385. El autor defiende que pueda considerarse justificado el uso implícito de la motivación en la determinación de la pena, en tanto, “no es posible concebir la motivación como puntual descripción progresiva de cada momento del pronunciamiento de condena”

⁴³ AMODIO “Motivazione della sentenza”, en *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, 1977, pág 229. “Por lo tanto, un mayor grado de tolerabilidad de la técnica de implicación, no debe ser utilizada para cubrir un juicio discrecional, de forma que no debe implementarse a la realidad de las investigaciones judiciales para iluminar la personalidad del acusado”.

⁴⁴ BATTAGLINI, “Il sindacato della corte di cassazione sulla motivazione della sentenza penale”, in *Giur. Compl. Cass. penale*, 1944, pág 110. “La motivación debe ser redactada de modo que de la sola lectura nadie dude de la persuasión y justicia de la sentencia”.

experiencia, pero no a los criterios que presiden ahora la elección, con el fin de imponer un argumento capaz de ganar cualquier disidencia... de forma que la prueba jurídica no es un prueba demostrativa e impersonal sino una prueba persuasiva que aspira a la adhesión del destinatario sin convertirse en un valor vacío cuando tal aspiración no se realiza en concreto”.

Encontrándose ausente la motivación de una sentencia cuando en el juicio de un hecho contrastado con los datos constantes de la experiencia común (sobre todo con el sentido común), se aprecian de forma bastante discutible los límites plausibles⁴⁵.

La motivación evita la arbitrariedad de la resolución judicial, al mostrar a las partes, cuál es el fundamento racional, fáctico y jurídico, de la decisión del Juez o Tribunal. Motivación, que ha de abarcar las siguientes circunstancias: fundamentación del relato fáctico que se declara probado, subsunción o acomodación de los hechos en el tipo penal procedente, y consecuencias punitivas y civiles en caso de condena.

No podemos ser tan ingenuos como para pensar que la actividad jurisdiccional es la única profesión aséptica del plano laboral. Las dudas y la desconfianza hacia el arbitrio judicial como paso previo a la arbitrariedad no han estado ausentes de la doctrina, en la que se reclama: “marcarles los lindes de su jurisdicción, reducir la autoridad de su juicio a justos y racionales términos”⁴⁶. No faltan tampoco argumentos para restringir el arbitrio judicial motivados por el “desprestigio de los funcionarios judiciales”⁴⁷.

Por ello y, para ahuyentar dudas y reticencias doctrinales y de la ciudadanía, la motivación sobre el proceso morfológico de la pena ha de ser acompasado, sin caer en disonancias que generen el lógico rechazo del espectador. Con ello, no se quiere decir aceptación del contenido sino conciencia de la razonabilidad del proceso lógico utilizado por el órgano jurisdiccional.

Esta motivación, en palabras de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, no es una exigencia

⁴⁵ AMODIO “Motivazione della sentenza”, en *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, 1977, pág 230, “El deber de motivar postula como un modelo argumentativo en la que ha de figurar las máximas de las experiencias, pero ciertamente sin convertirse en el criterio que presida la elección. Con el fin de imponer un argumento capaz de ganar cualquier disidencia, de forma que, la prueba jurídica no es una prueba demostrativa, impersonal, sino una prueba persuasiva que aspira a la adhesión del destinatario sin vaciarse de contenido cuando tal aspiración no se realiza en la práctica. El juicio de hecho, “los contratos con la experiencia común de datos constante” o con “sentido común y con los límites razonables de apreciación discutible”.

⁴⁶ GALLEGU DIAZ, *El sistema español ...op cit*, pág 219.

⁴⁷ GALLEGU DIAZ, *El sistema español ... op cit*, pág 219.

de forma, sino un imperativo de racionalidad de la sentencia⁴⁸. En este extremo, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha recordado la necesidad de motivar las decisiones judiciales, “no reducibles a simples esquemas... de prácticas estereotipadas”; alertando de la confusión entre discrecionalidad y arbitrariedad en aquellos supuestos en los que encontra presente un “silencio fundamentador” en lugar de la motivación prescrita por el texto constitucional:

“Es cierto que la regla 4.ª del art. 61 del Código Penal establece como facultad privativa del Tribunal sentenciador propiamente dicho o de instancia la posibilidad de imponer la pena conminada en toda su extensión normativamente a la infracción en los grados mínimo o medio... mas ello no obsta a que una vez más se haga una llamada a los tribunales de instancia en orden a que la discrecionalidad nunca se puede confundir con la arbitrariedad y que a una identificación con ésta puede conducir la no expresión de la necesaria motivación constitucionalmente impuesta (art. 120.3 de la Constitución Española) de las resoluciones judiciales, ya que si la elección punitiva depende, según el indicado precepto penal sustantivo, «de la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente»; un silencio fundamentador sobre tales datos deviene absolutamente recusable, pues sería ha de ser la individualización penal y no reducible a simples esquemas de recusables prácticas estereotipadas”⁴⁹.

Sin olvidarnos, que el legislador establece como medio de control la exigencia de motivación o “aplicación razonable y reconocible del ordenamiento jurídico” a fin de que “sea completa”, esto es, contemple relato fáctico, fundamentación jurídica y las consecuencias punitivas y civiles en caso de condena. Esta motivación ha de ser “proporcionada a la dificultad o controversia de la decisión necesitada de motivación”. Siendo contralada el cumplimiento de la motivación mediante la recurribilidad de las resoluciones judiciales⁵⁰.

⁴⁸ STS, 26 de abril de 1995.

⁴⁹ STS, 25 de febrero de 1989.

⁵⁰ En esta línea el TS, en Sentencia de 28 de abril de 1987, ha manifestado: “Frente al criterio tradicional favorable a la facultad discrecional no revisable, se ha abierto paso, en la jurisprudencia más moderna, la posición contraria, entendiéndose que el carácter imperativo de la repetida norma se refiere a la efectividad de una compensación y que toda compensación implica cierta igualdad en el tratamiento de las cosas, lo que comporta una actividad racional, mediante juicios valorativos susceptibles de error o equivocación, u por ende poco idóneas para mantener a ultranza la discrecionalidad absoluta del juzgador de instancia (STSS 18 de octubre 1983, 16 de julio de 1984, 15 de septiembre de 1986) “la nueva doctrina responde al deseo de aumentar al máximo las garantías de las partes, y en no pocas ocasiones sale al paso de las compensaciones cuya incorrección no admitía dudas”.

“La individualización judicial de la pena, actuando al arbitrio judicial en función autónoma de los presupuestos que lo regulan, ha sido denominada la tercera función autónoma del Juez, representando el cenit de su actuación. El Juez, tras la valoración de la prueba y la subsunción del hecho probado en las normas penales, declara qué calidad y cantidad de pena impone dentro del marco legal ejercitando una función jurisdiccional en el que ha de observar, obviamente, la legalidad que dispone la interdicción de la arbitrariedad (9.3 C.E.) y el deber de motivar las resoluciones judiciales (120.3 C.E.), además de los preceptos penales específicos que la regulan. A través la necesaria motivación no sólo se va

V.2.3 PROPORCIONALIDAD.

El principio de proporcionalidad ocupa cada vez más, un mayor peso en las exigencias del ámbito penal. Configurándose como límite a la discrecionalidad del Juez y como faro orientador en la tarea de individualización⁵¹.

Para ilustrar la virtualidad de la proporcionalidad, no tenemos más que centrarnos en el empleo por el legislador de las fórmulas abstractas de elementos valorativos, tales como: “atendiendo a la gravedad del hecho” o “circunstancias personales del delincuente”, que abren el camino a la facultad discrecional del Juez, en tanto, exigen un proceso o labor de individualización por parte del mismo, guiado por la proporcionalidad.

Pero la proporcionalidad despliega otros efectos. La prevención general precisa la proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la del hecho, pues difícilmente puede obtenerse de la sociedad el respeto por las normas jurídicas y la confianza en el Derecho cuando la sanción penal resulta injusta para la colectividad. De esta manera, la prevención positiva limita la prevención de intimidación o ejemplaridad⁵².

A fin de solventar las dificultades que implica la “prevención positiva como fin exclusivo de la pena”, no podemos sino tener en cuenta el pensamiento de STRATENWERTH, respecto al delincuente: “su calidad de persona prohíbe convertirlo en un objeto demostrativo de la administración de justicia con la finalidad de alcanzar ciertas metas”⁵³.

a satisfacer la necesaria tutelajudicial efectiva, explicando las razones que lleva al Tribunal sentenciador a la imposición de una concreta penalidad, sino que va a permitir que esta Sala en virtud de la impugnación sobre el ejercicio de la individualización, pueda comprobar, a manera de auto control jurisdiccional, si la penalidad concretamente impuesta responde a los presupuestos legales por su acomodación a la culpabilidad del autor y a las necesidades de prevención general y especial, pues la exteriorización de la decisión, a través de la motivación, permite la comprobación de la concurrencia de los presupuestos de la individualización judicial” STS de 2 de diciembre de 2003.

⁵¹ En este sentido la jurisprudencia ha manifestado, *Así cabe recordar -como botón de muestra- que también en la regla 4 del artículo 61 del Código Penal, tenido hasta ahora como bastión de la discrecionalidad plena, la imposición de la pena en los grados mínimos o medio ha de acomodarse a la gravedad del hecho y la personalidad del delincuente, sucediendo algo similar en la regla 7, a cuyo tenor la fijación última de la pena dentro de los límites de cada grado tomará en consideración el número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes y la mayor o menor gravedad del mal producido por el delito, referencias unas y otras en las que no es difícil imaginar errores parecidos a los que puedan originarse en la aplicación de la regla 3.*

⁵² CHOCLAN MONTALVO, *La individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, Ed Colex, Madrid, 1997, pág 77.

⁵³ STRATENWERTH, “Culpabilidad por el hecho y medición de la pena” en *Futuro del principio jurídico penal de*

La pena debe tener un sentido, una finalidad para el que la sufre, si no quiere relegar al ciudadano a un mero instrumento al servicio de fines generales. La pena debe tener un sentido de compensación de una lesión jurídica previamente cometida por el sujeto responsable⁵⁴. A lo cual, se ha de añadir, que debe estar orientada hacia la reeducación del delincuente. Y si, además, ello produce un efecto bienhechor desde el punto de vista de la prevención general, ocurrirá en todo caso que la pena será proporcionada a la gravedad del hecho. Se habrá completado un cuadro de finalidades que se complementan y limitan y que se compaginan de forma más idónea con un Estado de Derecho que tiene por centro el respeto a la dignidad humana⁵⁵. Esta línea de pensamiento encaja en la exigencia constitucional de que las penas privativas de libertad y medidas de seguridad estén orientadas hacia la reeducación y reinserción social⁵⁶.

Dicho principio, a su vez, determina que la pena imponible no debe superar la medida determinada por la gravedad de tal culpabilidad por el hecho.

Este punto de partida excluye, en consecuencia, por un lado, que la pena aplicable sea establecida tomando en cuenta la culpabilidad de hechos anteriores ya sancionados o, por otro que la personalidad del autor sea exteriorizada por hechos punibles cometidos en el pasado y que ya han sido motivo de sanción⁵⁷.

culpabilidad, Ed Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981, pág 72.

⁵⁴ En este sentido, CASTELLO NICAS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos, artículo 66*, Ed Comares, Granada, 2006, pág 48, “La proporcionalidad va inexorablemente unida a los criterios de esenciales determinantes de la cuantía de la pena, tiene que ofrecer unos frutos en el establecimiento de las sanciones con la coherencia necesaria para cumplir, de cara a los ciudadanos, la finalidad de prevención general, y, por supuesto, de prevención especial desde la perspectiva de la conciencia del sujeto condenado de que cumple una pena ajustada al hecho ejecutado, una pena razonable, lógica... que podrá asumir en su totalidad e integridad”; CERESO MIR, *Curso de Derecho penal Tomo I*, Madrid, 1996, pág 26; GARCIA ARAN, *Los criterios de determinación de la pena, ... op cit*, pág 72.

⁵⁵ CHOCLAN MONTALVO, *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*. Ed Colex, Madrid, 1997, pág 75.

⁵⁶ Art. 25 del CP.

⁵⁷ STS de 6 de abril de 1990 “Verificado el contenido del principio de la culpabilidad por el hecho, en el entendimiento que se le asigna, en el marco de la individualización de la pena, por la ciencia del derecho penal que parte de los valores constitucionales antes señalados, la cuestión de la compatibilidad de la circunstancia del art. 10, n.º 15 CP con dichos principios dependerá de la posibilidad de contemplar la agravante de reincidencia, sin sobrepasar el límite constituido por la gravedad de la culpabilidad por el hecho”. STS de 14 de diciembre de 1991, “El fundamento de esta compensación, como es claro, es consecuencia del principio de culpabilidad, según el cual las consecuencias del delito deben ser proporcionales a la gravedad de la culpabilidad y, por lo tanto, si el acusado ya ha sufrido un mal con la excesiva duración del proceso, éste debe serle computado en la pena”.

V. 3 CRITERIOS INSTRUMENTALES PARA LA CONCRECIÓN DE LA PENA Y LOS MARCOS PENALES.

V. 3.1 MODELO ARITMÉTICO.

VIVES ANTON, declaró que la “consistencia del sistema penal se apoya precisamente en la justicia y efectividad de las sanciones y en la humanidad y utilidad de su ejecución”⁵⁸. De estas palabras debemos extraer la repercusión de “justicia y efectividad de las sanciones”, en tanto, constituyen la clave del estudio de la morfología de la pena.

El fenómeno criminológico es cosustancial al ser humano, una lacra contra la que se ha empleado distintos recursos o fórmulas a lo largo de la historia, con un denominador común: la sanción al delincuente. Sanción que, igualmente, se ha visto modulada en las distintas épocas históricas, tanto en su cualificación como en su cuantificación, con una finalidad inicial limitativa a la retribución, ampliándose, a partir del siglo XIX, la finalidad sancionatoria a la prevención del ilícito penal, convirtiendo la sanción penal en un instrumento frente a la sociedad (prevención general) o, frente al individuo que ha delinquido (prevención especial).

Este sistema sancionatorio no deja de tener su razón de ser en la renuncia que efectúa el ciudadano ante los órganos sociales comunitarios. Renuncia que solo cobra realidad cuando se comprende, por parte del ser humano, la necesidad racional del sistema sancionatorio. Comprensión, que deja traslucir, a su vez, la justicia y efectividad de las sanciones.

No podemos dejar de señalar que esta exigencia de justicia y efectividad es acorde con la realidad histórica en la que coexiste. Una sociedad actual con un acceso casi sin límites a la información próxima que nos rodea, abraza la justicia y efectividad del sistema sancionatorio cuando la comprende y es tangible a los sentidos. Para ello, no sólo precisa de una explicación armonizadora de la individualización al caso concreto, sino que, ha de ser capaz, por si misma y atendiendo a unas normas generales, de iniciar una aproximación a los parámetros punitivos aplicables a la sanción, en orden a su tipología y cuantía.

El hombre ha realizado cálculos desde las primeras manifestaciones de su organización en

⁵⁸ VIVES ANTON, “Régimen penitenciario y Derecho penal” en *Cuadernos de Política Criminal*, núm 3, 1977, pág 262.

sociedades, entre otras acciones, para fijar y recaudar impuestos o reclutar ejércitos. Pero, es a partir de la Revolución Científica del Siglo XVII cuando los números vinculados a aspectos sociales empezaron a adquirir, por medio de la estadística, un papel fundamental en áreas como la ciencia, las decisiones de gobierno, el comercio y otros muchos aspectos de la vida diaria⁵⁹.

En el mundo existe un sistema de medidas que utiliza como base aritmética las potencias del número 10, se denomina sistema métrico decimal, empleándose en todo el mundo civilizado, con excepción de ciertas naciones de habla inglesa. El valor del sistema no reside en el tamaño efectivo de las unidades básicas, sino en el tratamiento de un sistema lógico. Las unidades están relacionadas entre sí de una manera razonable. Asignando una unidad básica convincente a una cierta magnitud medible⁶⁰, de manera que sobre un mismo sustantivo cabe diversas adjetivaciones o, desde un punto de vista penal, un marco sobre el que desplazar el grado de culpabilidad y demás circunstancias concurrentes.

Las funciones matemáticas a través de la numeración, ofrece un patrón ordenado. ASIMOV, habla de la utilidad de la existencia de dos ejes de números. Mientras trabajemos sólo con números reales podremos movernos a lo largo del eje real, de atrás adelante, en una dimensión⁶¹. Junto a esta idea de dimensión, el autor habla de dos tipos de magnitudes: las magnitudes escalares y vectoriales. Las “magnitudes escalares” difieren en módulos donde un volumen será mayor o menor que otro, un peso será mayor o menor que otro, una densidad será mayor o menor que otra. Para todas estas mediciones son suficientes los números reales, ya sean positivos o negativos. Pero también existen las “magnitudes vectoriales”, que poseen módulo (número o intensidad) y dirección. Un vector velocidad puede diferir a otra velocidad no sólo por ser más grande o más pequeño, sino por apuntar en otra dirección⁶².

¿Como se traduce esta numerificación de la realidad desde el punto de vista jurídico? La solución es sencilla, responde a la necesidad de racionalizar el sistema sancionatorio.

El frágil equilibrio entre legalidad y arbitrio judicial como los dos factores indisolubles de la determinación de la pena encuentra un punto de referencia en los números, en la cuantificación de la sanción: los dígitos en los que se desplaza la respuesta punitiva facilita que la conciencia del

⁵⁹ BERNARD, L COHEN, *El triunfo de los números*, Ed Alianza, Madrid, 2007, recurso on line, sin paginación.

⁶⁰ ASIMOV, ISAAC, *De los números y su historia*, Ed Lidium, recurso on line, sin paginación.

⁶¹ ASIMOV, ISAAC, *De los números y su historia*, Ed Lidium, recurso on line, sin paginación.

⁶² ASIMOV, ISAAC, *De los números y su historia*, Ed Lidium, recurso on line, sin paginación.

paso del tiempo resulte más tolerable. Se suma, así mismo la previsión de la reacción legal ante la conducta ilícita penal. Nos hallamos ante las “magnitudes escalares” de ASIMOV, en las que, para la medición, es suficiente los números reales, que van a conformar un eje real, tangible, mayor o menor, y una intensidad apreciable por el ciudadano.

En este sentido, se puede decir que el marco punitivo como reacción ante el ilícito penal, *fija una dimensión propia al hecho penal*: el hurto se castiga con la pena de prisión de 6 a 18 meses; la agresión sexual se castiga con la pena de prisión de 1 a 5 años; los daños se castigan con la pena de multa de 6 a 24 meses. Esta dimensión propia se adjetiva con las “magnitudes escalares”, donde, el eje real acredita una determinada intensidad de naturaleza positiva o negativa que se resuelven en operaciones aritméticas cuantificadas en dígitos.

En definitiva, podemos decir que se está llevando al proceso sancionatorio, a un proceso lógico, donde la magnitud de un hecho punible tiene relación con un resultado o efecto concreto, sea este medible o no de forma cuantitativa.

La introducción de un proceso matemático o lógico responde a las exigencias de seguridad jurídica, identificándose la seguridad con justicia y efectividad de la sanción, Este proceso aporta, de manera preventiva, un medio para evitar la comisión de otras conductas delictivas por parte del mismo individuo de la sociedad, así mismo genera un efecto disuasorio frente a la sociedad en su conjunto. Es, en este escenario, donde se desplaza la dosificación métrica de la pena, denominada dosimetría penal.

Dosificación métrica materializada a través de una serie de mecanismos de naturaleza primarias o estructurales, así como instrumentales (pena superior e inferior en grado; pena en su mitad superior y pena en su mitad inferior) que otorgan al sistema punitivo, la seguridad exigida como contraparte al arbitrio, también presente, en el sistema sancionatorio. Realizada aquella, mediante marcos penales cuantificados en máximos y mínimos.

Este último escaparate nos va permitir adentrarnos en las “magnitudes vectoriales”, orientadas por la intensidad y por la dirección. Es el momento de dar paso al arbitrio judicial, delimitado por los marcos penales. Esta combinación de marcos penales y arbitrio se materializa en los grados.

V.3.2 GRADOS

En el estudio de la armonía se parte de doce sonidos debidamente ordenados que constituyen una sucesión de semitonos corrientemente denominado: “escala”. Estos doce sonidos reciben el nombre de “sistema de ortografía musical”. Cuando los doce sonidos constituyen conjuntamente una organización, con una nota que desempeña la función de eje o centro, recibe el nombre de tónica y del tono: tonalidad. Tonalidad que puede expresarse de forma natural o cromática mediante grados desdoblados o alterados, que pueden ser elevados en más y rebajados en menos. Este sistema de ortografía musical, se repite en la individualización de la pena, con límites más estrechos o supuestos más amplios para alcanzar el desenvolvimiento tonal⁶³.

Si extrapolamos el sistema de ortografía musical a la individualización punitiva, comprobamos que, la morfología de la pena no es proceso sencillo, por el contrario, recorre un camino con varias estaciones de parada obligatoria que van acotando y reduciendo el recorrido respecto al anterior.

La razón de este *percorso* hay que retrotraerla al reconocimiento de la legalidad como fundamento del Estado liberal de Derecho. Supuso el aseguramiento de las garantías individuales frente a la intervención punitiva estatal, la cual quedaba vinculada a la ley positiva, fruto, así mismo, de un poder legislativo representante de la soberanía nacional⁶⁴. Como punto de salida a un esquema de división de poderes, teóricamente perfecto y equilibrado, que debía evitar la concentración de poder en unas solas manos y el descontrol de su ejercicio en detrimento de la seguridad jurídica⁶⁵. En este orden hallamos un hecho decisivo, el desarrollo de la codificación⁶⁶, que confirma en el ámbito jurídico penal, el inicio de la actuación de los tipos penales encarnando la

⁶³ ZAMACOIS, *Tratado de armonía*, recurso on line, pág 20 “los 12 sonidos de la música se convierten pues en la razón de la ortografía expresada en 17 notas en cada tonalidad: las 7 diatónicas y las 10 cromáticas”, las 7 notas diatónicas representan los 7 grados naturales de la tonalidad... las notas cromáticas representan grados desdoblados, alterados, que pueden ser elevados o alterados en mas y rebajadas o alteradas en menos”.

“La tonalidad diatónica, esto es: la tonalidad reducida a los solos elementos que proporcionan los grados diatónicas, representa la concepción mas pura, los limites mas estrechos del desenvolvimiento tonal. En cambio, la tonalidad cromática, representa la concepción más amplia que cabe alcanzar para dicho desenvolvimiento”.

⁶⁴ Para GARCIA ARAN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Publicaciones de la Universidad de Barcelona, 1986, pág 79, el aseguramiento y la vinculación son los aspectos jurídico-constitucionales del principio de legalidad.

⁶⁵ GARCIA ARAN, *Los criterios de determinación de la pena ...op cit*, pág 80.

⁶⁶ ANTON ONECA, *Derecho penal, Parte General*, Ed Akal, Madrid, 1986, pág 49.

exigencia de seguridad jurídica con respecto a la decisión sobre el delito. La consecuencia de aquel es el nacimiento del marco penal atribuido a la conducta que refleja el cumplimiento del principio de legalidad⁶⁷.

El principio de legalidad no es un hecho aislado, sino que se extiende al órgano jurisdiccional y su actuación. Concretamente, en la morfología de la pena, conlleva el sometimiento a los marcos penales como límite infranqueable de su arbitrio.

Ahora bien, el principio de legalidad no es el único elemento cofundador del actual sistema penal de determinación de la pena. Jugando un papel de cierre de sistema y aportando la valoración de los perfiles individuales de la conducta delictiva dentro del marco legal, se halla el arbitrio judicial. Esta conjugación de los dos elementos es lo que la doctrina denomina sistema de determinación de la pena relativa.

La génesis de esta determinación comienza en el *marco abstracto absoluto determinado legalmente*, en el que el Juez ha de subsumir los hechos concurrentes en el precepto legal que considere aplicable.

Un segundo momento, en el que la concreción empieza a ser necesaria para adecuarla a las variables legales que giran en torno a la ejecución delictiva: la participación y sus formas como personificación de la responsabilidad, la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad. Esta segunda fase se centra en la formación del *marco abstracto concretizado*.

Y, una última parada en el camino recorrido que, partiendo del marco abstracto concretizado, impone la *pena concreta armonizada*⁶⁸.

Con una llamada de atención en todas estas paradas en atención al peligro de doble valoración, en tanto, la doble valoración no refuerza la sonoridad melódica sino que se aproxima al “ruido”.

El *marco abstracto absoluto* se configura mediante la pena base o la horquilla legislativa de

⁶⁷ GARCIA ARAN, *Los criterios de determinación de la pena...* op cit, pág 81.

⁶⁸ En similares términos DE LA MATA BARRANCO, “El proceso de determinación de la pena en el Código penal español vigente: síntesis de la nueva normativa” en *Derecho penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en Homenaje al Prof Alfonso Serrano Gómez*, Madrid, 2006, pág 896.

máximos y mínimos que el legislador fija en el texto legal. Este marco abstracto no ha sido, ni es, ajeno a las políticas criminales imperantes en un determinado momento histórico. El Código Penal de 1995 nació con vocación mínimamente intervencionista en el que se abogaba por la despenalización de determinadas conductas, en clara consonancia con la resocialización como espíritu de cabecera. La realidad legislativa posterior, de la mano de la sensación mediática de inseguridad e ineficacia de la justicia, acreditó el expansionismo criminológico al que aludíamos en el Capítulo Tercero de esta tesis, de forma más reducida en las conductas merecedoras de reproche penal y más acuciada en la gravedad de la respuesta⁶⁹.

Este *marco abstracto absoluto* experimenta variaciones por la aplicación de los instrumentos que el legislador brinda al órgano jurisdiccional a la hora de determinar la pena: la pena superior en grado y la pena inferior en grado. Instrumentos generadores de una extensión de las aristas máximas y mínimas que conforman el marco abstracto absoluto, desbordando el mismo y creando un sistema de intervalos de pena distinto al originariamente fijado en la parte especial del Código penal.

No se trata de una técnica instrumental diferida al *marco abstracto concretizado* sino, por el contrario, son instrumentos en origen neutros que afectan, igualmente, a los aspectos cuantitativos y cualitativos a la hora de fijar las aristas del marco abstracto absoluto en aquellos supuestos en los que el legislador ha entendido el fenómeno crimilógico con cierta intensidad hacia una dirección creciente pero, también, decreciente.

El *marco abstracto concretizado* responde a las cualidades propias de la ejecución, a las previsiones legislativas de qué puede ocurrir durante el desarrollo del delito a fin de proporcionar seguridad al sistema. Sobre la arista base, generalmente, en torno a la personificación de la responsabilidad de la consumación del delito, se prevé un desigual grado de desarrollo: la tentativa. A la que se aplica los instrumentos neutros de medición de la pena: la pena inferior en grado en uno o dos grados.

De esta forma, el marco abstracto concretizado de la tentativa fija con carácter imperativo, el desbordamiento del límite mínimo del marco y, de forma facultativa, una segunda salida

⁶⁹ En este sentido, se efectúa un profundo estudio de las reformas del CP hasta el 2006 DE LA MATA BARRANCO, “El proceso de determinación de la pena en el Código penal español vigente: síntesis de la nueva normativa” en *Derecho penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en Homenaje al Prof Alfonso Serrano Gómez*, Madrid, 2006, pág 898. La severidad de la intervención penal se palpa, igualmente, en la última reforma del Código penal, en la que a título ejemplificativo, aparece la prisión permanente revisable.

atenuatoria⁷⁰. Para ello, es necesario analizar el injusto, desde una perspectiva dualista, como desvalor de la acción y desvalor del resultado, pues, como pone de manifiesto BACIGALUPO, cuando se reduce “el ilícito, exclusivamente al desvalor de la acción, (sólo importa lo que lo que autor quiso y no lo que hizo), es difícil conciliar con derechos positivos que establecen una atenuación obligatoria de la pena para la tentativa”⁷¹.

No obstante, la minoración o la reducción cuantitativa del desvalor de la acción (peligro frente a lesión) o la ausencia del desvalor del resultado que se da en la tentativa, no es motivo suficiente, según algunos autores⁷², para justificar sobrepasar el mínimo del marco penal. Abogando, en estos supuestos, por una mera rebaja de la pena.

No podemos, no obstante, estar de acuerdo con esta postura. Si los instrumentos ofrecidos por el legislador a la hora de la cualificación o la valoración de la concurrencia de circunstancias agravantes modificativas de la responsabilidad sobre la base del delito consumado es el desbordamiento del marco en la parte superior, no cabe que, la ausencia de completo desarrollo en la ejecución de la pretendida actividad consumada se conforme con una mera atenuación, en atención a la infracción de la culpabilidad como motor de la medición de la pena y, a la vez, como límite.

Retomando los parámetros de desvalor de acción y desvalor de resultado, estos se manifiestan en: el peligro inherente al intento y el grado de ejecución alcanzado, como guías orientadoras y limitadoras de la determinación de la pena inferior en un grado o dos. El conjunto de estas operaciones se traduce en el marco abstracto concretizado que no impiden la aparición en escena del marco concreto. Señalar, igualmente, que el marco abstracto concretizado no se extingue por el grado de desarrollo alcanzado, sino que queda condicionada la posibilidad de recorrer toda la extensión de la pena inferior en un grado o dos a la señalada por el delito consumado atendiendo al

⁷⁰ Considera CHOCLAN MONTALVO, *La individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y prevención en la determinación de la sanción penal*, Ed. Colex, Madrid, 1997, pág 109 y ss, que la redacción del artículo 62 mantiene la distinción entre tentativa acabada, y tentativa inacabada, al fijar la medición de la pena en atención al grado de ejecución alcanzado. Debiéndose efectuar la distinción sobre el plan concreto del hecho del autor, como manifiesta STRATENWERTH. En la misma línea BACIGALUPO, vincula la tentativa acabada cuando el autor ha realizado todos los actos necesarios para lograr la consumación y esta no ha tenido lugar, en cambio, estamos ante tentativa inacabada en los supuestos en los que autor no efectuó todo lo que según su plan era necesario para lograr la consumación.

⁷¹ BACIGALUPO ZAPATER, *Lineamientos de la teoría del delito*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990, págs 53 y 54.

⁷² CHOCLAN MONTALVO, *La individualización judicial de la pena...* op cit, pág 114, pues supone una excesiva atención al desvalor del resultado (ausencia del resultado material) a pesar de que muchas veces la consumación del delito se debe al azar o mera causalidad.

grado de participación en el delito y a la concurrencia o no de las circunstancias modificativas de la responsabilidad o eximentes incompletas. Momento en el que hemos de retomar la doble sonoridad, no como un movimiento melódico dentro una proyección armónica, sino enlazado al rechazo que nos produce el “ruido”. Es lo que la doctrina ha denominado la compatibilidad parcial.

Se parte de la imposibilidad de rebajar la pena en algún grado más (grado 3,4...) a pesar de la concurrencia de las circunstancias segundas del artículo 66.1 o del apartado 7 del mismo precepto legal o del artículo 68 del Texto punitivo, como manifestaciones de la teoría de la compatibilidad parcial⁷³, pues aceptar la compatibilidad de los mencionados preceptos supondría desvirtuar la esencia legal de la determinación de la pena como un camino de tres paradas en las que va concretizando el marco penal en base al delito consumado (el propio artículo 62 del CP hace referencia al marco punitivo en referencia al delito consumado). No hallando en la mente del legislador el espíritu acorde a desbordar el marco más allá de dos grados en un momento claramente orientado a doctrinas prevencionistas, donde la culpabilidad es el origen y el límite de la morfología de la pena. Manifestación ésta última del carácter retribucionista propio de cualquier sanción.

Dentro del *marco abstracto concretizado*, es necesario atender, igualmente, al grado de participación delictiva. Fijando la ley la imposición al cómplice de la pena inferior en grado a la determinada por la ley para el autor del delito consumado o intentado. Surgiendo similares cuestiones en torno a la compatibilidad con otros preceptos del Texto Punitivo (art. 68, 66.1.2º y 7º), que enmarcan la graduabilidad de la responsabilidad en la presente fase. La respuesta ha de ser la misma: los fines que rigen la pena no contemplan la total desaparición del sentido retribucionista como pieza principal, en la escenificación de la respuesta punitiva ante el ilícito, lo que ocurriría si desbordamos la arista mínima del marco base tres, cuatro o cinco veces⁷⁴, sin obviar un papel menor respecto a la prevención. No obstante, los acordes de las últimas reformas en relación al papel orientador de la reeducación y reinserción social se han visto disminuido notablemente a unas pequeñas letras en el conjunto de la obra, sin que quepa una desaparición total por ser contraria a la Constitución. Sin olvidar también que toda sanción que no se adecue a la culpabilidad se convierte

⁷³ En este sentido DE LA MATA BARRANCO, “El proceso de determinación de la pena en el Código penal español vigente: síntesis de la nueva normativa” en *Derecho penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en Homenaje al Prof Alfonso Serrano Gómez*, Madrid, 2006, pág 902. La reserva que efectúa el autor sobre la teoría de la compatibilidad absoluta en base a la expresión: “quien puede lo más puede lo menos”, nos parece acertada.

⁷⁴ Por motivos distintos BENTHAM, *Teoría de las penas y de las recompensas*, Barcelona, 1838, pág 66, entiende que “si se deja a los jueces una latitud sin límites para minorar la pena, el ejercicio de sus empleos se hace demasiado difícil y demasiado duro, porque se les coloca siempre entre el temor de ser demasiados indulgentes o demasiados severos, y, si pudieran minorar la pena a su antojo, se harán menos delicados en cuanto a las pruebas, que si estuvieran que decretar una pena fija”.

en la disonancia que impide la individualización armonizadora.

No es posible que caiga fuera de la mente del jurista la incidencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad en el marco abstracto concretizado, a pesar de su cualidad ajena del tipo, en su entidad decreciente o creciente. Esto es, nos hallamos ante situaciones en las que una circunstancia externa, “extrema”⁷⁵ al tipo, hasta el punto de poder denominarlas “notas de adorno o figuración”⁷⁶, condiciona los acordes de la melodía hasta el hecho de prefijar un marco abstracto concretizado sobre el que se va a determinar la pena concreta, ante la necesidad de responder a un prisma básico: identificación del autor, hecho y pena, como manifestación de la legitimidad del Derecho Penal, dentro del respeto al principio de la culpabilidad⁷⁷, en similitud de la expresión armonizadora de la melodía.

Para terminar el estudio del marco abstracto concretizado, cabe insistir en la presencia de un “marco”, esto es, un segmento con un máximo y un mínimo, sin que exista regla alguna que precise la extensión que ha de imponerse en la pena una vez rebajada la misma, es decir, fijado el marco abstracto concretizado⁷⁸. Entrando, a continuación, en la última fase: *la pena concreta armonizada*.

La pena concreta armonizada es la visualización de la tipología y cuantificación exacta de la pena que le corresponde al sujeto cumplir. Es el ejemplo por antonomasia de los efectos del arbitrio judicial al no existir una ecuación aritmética, fácilmente reconocible por el ciudadano, que determine un resultado. Por el contrario, es el producto de un proceso lógico deductivo, un elaborado esquema mental plasmado en uno o varios dígitos que repercute en la vida y patrimonio del condenado y, por extensión en la víctima. Es el resultado del desplazamiento que efectúa el órgano jurisdiccional por el marco abstracto concretizado.

⁷⁵ Extrema en cuanto solo las circunstancias modificativas de la responsabilidad más intensas o eximentes incompletas provocan desde el marco, un reconocimiento de la graduabilidad de la culpabilidad como un paso anterior a la inimputabilidad pero sin que se anule la capacidad de forma completa. Así mismo y, con argumento similar, las circunstancias incompletas, situaciones antijurídicas que disminuyen el contenido del injusto.

⁷⁶ ZAMACOIS, *Tratado de la armonía*, recurso online, pág 28, habla de notas extrañas a los acordes, también denominadas notas accidentales, notas de adornos o figuración, que como su nombre indica no pertenecen a los acordes, pero se admiten dentro de ellos, en momentos de sustitución de alguna de sus notas reales.

⁷⁷ En el mismo sentido, GONZALEZ CUSSAC, *Teoría General de las Circunstancias Modificativas de la responsabilidad*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, pág 45, hace referencia a la relación entre la Teoría General del Derecho y las circunstancias modificativas de la responsabilidad, al estar ante elementos que, sin afectar a la existencia del delito, hacen que la gravedad del hecho o la culpabilidad del autor aumente o disminuya; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte General*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, pág 510, 511, argumenta este autor, de esta conexión la centra en la proporcionalidad de la pena “no deja de ser una vigencia del principio de culpabilidad”.

⁷⁸ En el mismo sentido, DE LA MATA BARRANCO, “El proceso de determinación de la pena en el Código penal español vigente: síntesis de la nueva normativa” en *Derecho penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en Homenaje al Prof Alfonso Serrano Gómez*, Madrid, 2006, pág 9.

Las repercusiones del desplazamiento efectuado por el Juez dentro del marco abstracto concretizado han originado férreas posiciones doctrinales a favor de la seguridad jurídica. En este ámbito, se desenvuelve la necesaria certeza que se exige a la individualización judicial, donde se transfiere la decisión sobre un injusto a un tercero⁷⁹.

En este sentido, PALARO, consideró que “sobre la configuración de mecanismos mentales que conducen a la concreta individualización de la pena, agudamente, la Suprema Corte ha observado que, más que un proceso lógico de naturaleza analítica, se trata en realidad de un acto de intuición que nace de la global valoración del acto-delito y de la personalidad del culpable”⁸⁰.

De forma que el mandato del esquema: “hecho probado-máxima experiencia-acto acertado” se reconoce alterado por la diversa intensidad de la injerencia del proceso interno del discurso judicial como garantía de verosimilitud, no ya de certeza⁸¹.

Guardando la ley silencio al respecto, los parámetros que rigen esta última parada del *percorso* son: la gravedad del hecho y las circunstancias personales del autor.

V.3.3 MARCO ABSTRACTO ABSOLUTO. INCIDENCIA DEL DESVALOR DEL INJUSTO O LA CULPABILIDAD.

Se nos antoja adecuado comenzar el estudio de esta parte del capítulo con unas palabras de VIVES ANTON: “la consistencia del sistema penal se apoya precisamente en la justicia y

⁷⁹ En este sentido GALLEGO DIAZ, *El sistema español...* op cit pág 15, justifica la desconfianza en la falta de certidumbre, confusión y heterogeneidad de las leyes penales en el Antiguo Régimen, de modo que las conductas que se consideraban punibles no siempre venían definidas con precisión, pudiendo ser castigadas como delitos acciones que carecían de la consideración legal de tales.

⁸⁰ PALARO, *Cassazione Penale*, 1982, págs 272, 273. “Sobre la configuración de mecanismos mentales que conducen a la concreta individualización de la pena, agudamente la Suprema Corte ha observado que, mas que lógicas procesales de naturaleza analítica, se trata de una realidad de hecho de intuición que nace de la global valoración del hecho-delito y personalidad del culpable”.

⁸¹ AMODIO, “Motivazione della sentenza”, en *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, 1977, pág 225. “En el mandato del esquema “hecho probatorio-máxima de la experiencia-hecho acertado”, resulta alterado por la diversa fuerza de la injerencia que se presenta en el interno mismo del discurso judicial como única garantía de la verosimilitud y certeza”.

efectividad de sus sanciones y en la humanidad y utilidad de su ejecución”⁸².

Esta consistencia deriva de la *estrecha relación* entre las sanciones y el ser humano, en tanto, “en la imposición de las consecuencias jurídicas se decide tanto el destino personal del acusado (y de sus parientes), como la confirmación de la eficacia de la Administración de Justicia penal en su conjunto”⁸³.

El primer paso para que el Juez inicie su actividad jurisdiccional es una acción o conducta humana significativa en el mundo exterior, “dominada o, al menos, dominable por la voluntad”⁸⁴. Conducta que ha de reflejar la descripción del delito prevista en el Código penal, esto es, la necesidad de encuadrarse en el tipo. Sólo cuando la acción típica es antijurídica o desaprobada colma el injusto penal como “tercer escalón del delito”⁸⁵, caracterizado como dañosidad o nocividad social concreta e intolerable de una conducta, alcanzando un peldaño menos de abstracción que el tipo⁸⁶.

La determinación de la pena y posterior individualización requiere junto al injusto penal, la capacidad de hacerse responsable, por parte del autor, de la acción típica y antijurídica como reproche frente a la imputabilidad o capacidad de culpabilidad.

⁸² VIVES ANTON, “Régimen penitenciario y Derecho Penal” en *Cuadernos de Política Criminal*, núm 3, 1977, pág 262.

⁸³ ZIPF, *Derecho penal. Parte General*, MAURACH, actualizada por GÖSSEL y ZIPF, Ed Astrea de Alredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1995, traduc J. BOFILL, pág 614.

⁸⁴ ROXIN, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos: la estructura del delito*. Ed Civitas, Madrid, 1997, pág 194.

⁸⁵ ROXIN, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I...* op cit, pág 219 y ss, y, sin olvidar, como recalca el autor, la incidencia de la antijuricidad en todo el ordenamiento penal, no, por tanto, de naturaleza exclusiva penal. Caracterizando el juicio del injusto en triple funcionalidad político criminal: Soluciona colisión de intereses de forma relevante para la punibilidad de uno o varios intervinientes, pues el injusto, desliga el hecho de la abstracta tipificación del tipo, sitúa el hecho en el contexto social, conteniendo, desde el punto de vista de lo que está prohibido o permitido, una valoración de los conflictos de intereses que se derivan de la interacción social. Sirve, en segundo lugar, como punto de enlace para las medidas de seguridad y otras consecuencias jurídicas, pues, si el contenido material se determina por la intolerable nocividad, en la que se incluyen valoraciones preventivas especiales, dirigidas a fijar la peligrosidad, lo convierte en el vehículo que desencadena las medidas de seguridad. En tercer lugar, entrelaza el Derecho penal con todo el ordenamiento jurídico e integra sus valoraciones decisivas, garantizando la unidad y falta de contradicción del ordenamiento jurídico, pues reconoce como causa de justificación intereses individuales con impacto comunitario, finalidades de política criminal, necesidades del proceso penal... esto es, causas de justificación de todo tipo y procedentes de todos los sectores del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, el autor ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I...* op cit, pág 299 y ss, no cierra a esta autonomía la existencia de “elementos de valoración global del hecho” como reprochabilidad de la acción del autor que designa el injusto típico, sino simultáneamente también el concreto injusto del delito del caso particular, que podría ser argumentado a favor de la estructura bipartita, pero que ROXIN concibe como la prueba, en el caso concreto, de la posibilidad del legislador de renunciar a describir un tipo delictivo abstracto y hacer depender la punibilidad de la comprobación judicial de la antijuricidad material, esto es, de la intolerable nocividad social.

⁸⁶ En esta medida, ROXIN, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I...* op cit, pág 220, señala el autor, está marcado por valoraciones políticas criminales. Entendiendo que cuando esté excluido el injusto, fundamenta un deber de tolerancia de la otra parte.

V.3.3.1 TIPICIDAD

La tipicidad⁸⁷, en su “función de garantía”⁸⁸, enmarca la función de determinación de la pena, ofreciendo la certeza de que la actividad jurisdiccional se desplaza en el marco prefijado en la ley⁸⁹, sin que la valoración desborde la conducta típica descrita exactamente en el tipo, como reflejo del principio de legalidad⁹⁰.

El tipo valora la acción desde la mira de la necesidad abstracta de pena, con independencia de la persona concreta y de la situación determinada de actuación⁹¹, en una visión absoluta de los elementos que condicionan el merecimiento de pena en el correspondiente delito.

Esta valoración abstracta no deja atrás su empatía con la sociedad y los valores que la presiden, como manifestación de la interrelación entre el Derecho penal y la sociedad. Se convierte en una extensión de la función del primero: protección de los bienes esenciales para la comunidad, de modo que, el contenido del tipo excluye las conductas aprobadas por la sociedad, de forma general y previa a la conducta delictiva. Estamos ante la “atipicidad de la conducta socialmente adecuada”⁹².

⁸⁷ E. WOLF, citado por ROXIN, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I...* op cit, pág 298, El tipo es una figura normativa, “un inseparable entramado estructural donde se entrelazan elementos de valor y elementos del ser”, en el que MEZGER, declaraba que el acto de creación legislativa del tipo, contiene directamente la declaración de antijuricidad, la fundamentación del injusto como injusto especialmente tipificado, convirtiéndola en ratio esendi. Para ROXIN, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I...* op cit, pág 286 y ss, no debemos de perder de vista, las diferencias estructurales entre el tipo y la antijuricidad como causa de la autonomía de las mismas. Centrándose en la doble valoración de la antijuricidad; de un lado, y, como exclusión de la misma, las causas de justificación, es de aplicación general a todos los tipos, por su fundamento en los principios de orden social. De otro lado, no olvida este autor, que el juicio del injusto contiene siempre una valoración negativa de la conducta del autor en el caso individual, como concreta dañosidad social del suceso único. En definitiva, el uno, el tipo, como objeto de estricta aplicación del principio de legalidad; el otro, la antijuricidad, como juicio provisional del desvalor y como valoración del injusto en el caso concreto, convirtiéndose “en ratio esendi de la pertenencia del hecho al tipo del injusto, pero, en cambio, sólo ratio cognoscendi de su antijuricidad en el caso concreto”.

⁸⁸ ROXIN, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I...* op cit, pág 276.

⁸⁹ En este sentido, ROXIN, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I...* op cit, pág 286 habla de tablas prohibitivas abstractas y formuladas para el conocimiento general.

⁹⁰ En este sentido, CHOCLAN MONTALVO, *Individualización judicial de la pena...* op cit pág 35, el principio de legalidad esta dirigido al legislador.

⁹¹ ROXIN, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I...* op cit, págs 218, 219, el fin políticocriminal de dicha conminación penal abstracta es preventivo-general, con una dualidad interpretativa, el fin de la ley, de forma que se abarque las conductas desaprobadas legalmente, y, por otro lado, una presunción de ley lo más exacta y fiel a su tenor.

⁹² ROXIN, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I...* op cit, págs 294, 293 y 295, Para el autor, se trata de una remisión al desvalor social que es inmanente al injusto, constituyendo su fundamento material. Caracterizando la inadecuación al tipo en su totalidad, como tipo delictivo, y, no como elemento concreto del tipo. Teoría desarrollada por Wezel, entendía que las acciones que se mueven dentro de lo que históricamente ha llegado a ser el orden ético-social de la vida en comunidad, de forma que, lo socialmente adecuado no pueden encajar nunca en el tipo: “el tipo es la tipificación del

A diferencia del sistema musical que funciona con doce únicos sonidos que debidamente ordenados constituyen una sucesión de semitonos denominado escala, donde cada una de las notas puede desempeñar la función de eje⁹³, los diversos integrantes de la universalidad del tipo cooperan en unidad para dar paso a la partitura que el órgano jurisdiccional utiliza como punto de partida del marco abstracto absoluto. Podemos decir, por tanto, que es la ortografía musical jurídica, sin posiciones subordinadas o jerarquizadas entre ellas.

Las conductas, bases para el tipo, “suponen una unidad interno-externa”⁹⁴, esto es, el tipo abarca la universalidad de la misma, en un conjunto de elementos subjetivos y objetivos.

A la hora de interpretar una partitura, el Juez se encuentra ante una de las mayores complejidades de la morforlogía de la pena, el difícil equilibrio entre la legalidad y el ejercicio del arbitrio judicial, pues como ha señalado GARCIA ARÁN, los inconvenientes que plantean la rigidez de la aritmética penal son equivalentes a los planteados por su opuesto, el excesivo arbitrio judicial que degenera en una renuncia a la seguridad jurídica⁹⁵.

Así, una de las primeras funciones del director de orquesta o Juez, una vez que se le ha facilitado la partitura, se centra en comprobar que los instrumentos se hallan afinados o son los adecuados a fin de producir la melodía.

Aparece en escena la culpabilidad como superación de la responsabilidad por el resultado que nos va a ofrecer la medida sobre la que establecer la pena proporcionada al delito y respecto de la cual cabe plantear relaciones entre el conflicto y la prevención⁹⁶.

La incidencia de la culpabilidad como criterio instrumental sienta las bases, junto al desvalor del injusto, para operar, posteriormente, con los criterios más matemáticos o alejados del arbitrio judicial: los marcos penales en abstracto por aplicación de las penas superiores/inferiores en grado y la pena en su mitad superior o mitad inferior.

injusto penal”.

⁹³ ZAMACOIS, *Tratado de la armonía*, recurso online, pág 21

⁹⁴ MIR PUIG, citado por ROXIN, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I...* op cit, pág 303.

⁹⁵ GARCIA ARÁN, *Fundamentos y Aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*. Ed Aranzadi, Pamplona, 1997, pág 32; CHOCLAN MONTALVO, *La individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y prevención en la determinación de la sanción penal*. Ed Colex, Madrid, 1997, pág 174.

⁹⁶ En términos similares GARCIA ARÁN, *Fundamentos y Aplicación...* op cit, pág 29.

Esta instrumentalidad en parámetros de dosimetría penal acentúa la determinación legal de la pena en la aplicación y combinación sincronizada de reglas penales, reduciendo la actuación “propia” del Juez o, individualización, al último momento del proceso⁹⁷.

Sin desviarnos del tema objeto de estudio y, antes de bifurcar su análisis, es necesario delimitar el campo de cada uno, pues, mientras que con el predicado de la *antijuricidad* se enjuicia el hecho desde la perspectiva de que el mismo infringe el orden del deber ser jurídico-penal y que está prohibido por socialmente dañino, con la *culpabilidad* se significa una valoración desde el punto de vista de hacer responsable penalmente al sujeto.

V.3.3.1.2 ANTIJURICIDAD.

Como hemos venido estableciendo, el contenido del injusto y de la culpabilidad del hecho suponen el arranque de la medición de la pena⁹⁸. Constituyen el punto de partida (sin perjuicio del doble papel de la culpabilidad: como comienzo y también como límite de la individualización de la pena) porque el órgano jurisdiccional interviene cuando se produce una “contradicción con el Derecho”⁹⁹ ante una conducta antijurídica.

El Juez ha de subsumir los hechos en los elementos del tipo previsto en la correspondiente disposición legal o, alterando el orden de los factores, “la aplicación de palabras que describen actividades finales”¹⁰⁰ ha de servir de guía al Juez a la hora de iniciar la función de determinación de la pena. De modo que, siguiendo a MUÑOZ CONDE, la antijuricidad es el predicado de la acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico, mientras que el injusto es el sustantivo que se emplea para denominar la acción ya calificada como antijurídica¹⁰¹.

⁹⁷ GALLEGU DIAZ, *El sistema español...* op cit, pág 220; Con ello se reconoce que la disciplina penal no es ajena a la armonía musical que, sobre un parámetro, gradúa la proporcionalidad armónica. Así ZAMACOIS, *Tratado de la armonía*, recurso online, pág 18-20, tras centrar los sonidos de la música en doce, los organiza en 17 notas en cada tonalidad: 7 diatónicas y 10 cromáticas. Representado las notas diatónicas los 7 grados naturales o más puras, convirtiéndose en los límites más estrechos de desenvolvimiento tonal, mientras que las notas cromáticas suponen los grados desdoblados, alterados que permiten la alteración hacia arriba y la rebaja.

⁹⁸ En parecidos términos, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Ed Comares, Granada, 2002, pág 956.

⁹⁹ NAGEL, citado por JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...* op cit, pág 249.

¹⁰⁰ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...*, op cit, pág 259.

¹⁰¹ MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, *Derecho penal, Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 296, la simple contradicción entre la acción y el ordenamiento jurídico colma la antijuricidad formal, pero existe otro aspecto

Esta “descripción del objeto del comportamiento prohibido”¹⁰² es el primer y esencial paso para aportar seguridad jurídica a la morfología de la pena. El tipo ha de proporcionar al Juez el marco comprensivo de la génesis de la pena: I) el objeto de la acción que entra en consideración, II) cuál es la acción u omisión prohibida, III) la delimitación de la exigibilidad de lesión o puesta en peligro, concreto o abstracto, del bien jurídico, IV) la concurrencia de dolo o imprudencia. Todo ello viene a resumirse en otras palabras como: “el contenido material del injusto del hecho punible”¹⁰³. De modo que, un sentido y sensación de seguridad máxima se colmaría cuando la materia objeto de prohibición se agote en la circunscripción del tipo, al abarcar por completo y describir en forma concreta los elementos de la norma de prohibición¹⁰⁴. Estamos, por tanto, ante el *marco más puro*, la razón por la que se legitima la cesión de los ciudadanos de parte de su soberanía al Estado, como manifestación de la confianza armónica al abarcar la simultaneidad de los sonidos jurídicos¹⁰⁵.

El sentimiento contrario nace en los tipos abiertos, “en los que falta una imagen rectora del carácter objetivo para completar el tipo”¹⁰⁶.

¿Cuales son las consecuencias de la presencia de una partitura flexible o de la

reflejado en la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger, es la antijuricidad material, la otra cara de la moneda; JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...* op cit, pág 221, el injusto material como dañosidad social abrió la posibilidad de graduar el injusto según la gravedad de la infracción del interés. De modo que si no hay lesión o puesta en peligro del interés tampoco puede existir antijuricidad.

MUSCO/FIANDACA, *Diritto penale. Parte Generale*, Ed. Zanichelli, Torino, 2014, págs 267 y ss. La formulación de la antijuricidad, se centra en las causas de exclusión de la antijuricidad o causa de justificación, con un doble criterio de justificación: el primer modelo explicativo, considera que toda exoneración debe ser trazable hasta el mismo principio revisado, en el criterio de “medio adecuado para la consecución de un fin aprobado por el Ordinamento juridico” o sobre “prevalencia de ventaja sobre el daño”, o “el equilibrio entre los bienes en conflicto”. De otro lado, el modelo explicativo pluralistico, tendente a reconducir las exenciones a diversos principios, dentro de ellos se decanta el autor por el “interés prevalente o interés marcante”: el primero explica las excusas dentro del Derecho, el cumplimiento del deber, legítima defensa o el uso legítimo de las armas; el segundo modelo explica, no obstante, las otras causas de justificación reconocidas por el derecho y el Estado: el estado de necesidad”.

¹⁰² WEZEL, citado por JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...* op cit, pág 262.

¹⁰³ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...*, op cit, pág 262.

¹⁰⁴ En el mismo sentido, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...* op cit, pág 262.

¹⁰⁵ Constituyen el reflejo de la interrelación de las ramas del ordenamiento jurídico y de la necesaria contextualización del derecho penal como síntoma de la evolución de la humanidad. En el que resulta necesario, en ocasiones, de acudir a una remisión interpretativa para colmarlo de sentido. Para MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte general*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 271, la no preceptividad de la asunción de asumir el sentido del texto ante la presencia de elementos normativos, no deja de ser una manifestación de la fragilidad de la seguridad jurídica.

¹⁰⁶ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...* op cit, pág 264; DOLCINI, *Manuale de diritto penale, Parte generale*, Ed Giuffrè, Milano, 2006, pág 49, sostiene que para ofrecer seguridad al ciudadano frente al arbitrio del juez, se debe imponer al contenido legislativo un triple orden: la vinculación a formular la norma penal de la forma más clara posible (principio de precisión), a incriminar solo los hechos susceptibles de ser probados en el proceso (principio de determinación), a imponer al Juez la prohibición de extender analógicamente la norma penal y, a su vez, formular nomas penal de modo respetuoso con la prohibición de la analogía, (principio de taxatividad).

indeterminación de los tipos? En un sistema de penas relativamente determinadas se tiende o se persigue un equilibrio de funciones de la ley y el Juez¹⁰⁷. Por el contrario, el sistema de penas determinadas se caracteriza por “el establecimiento de reglas minuciosas y casuísticas que alargan y ensanchan la fase legal de la misma en detrimento del arbitrio judicial”¹⁰⁸. En cambio, en los supuestos de tipos abiertos, la cuestión se nos plantea de forma diametralmente distinta: la ley delega en el órgano jurisdiccional el punto de cierre del tipo¹⁰⁹, convirtiéndole en una “*instancia política criminal esencial*”¹¹⁰, reconduciendo la seguridad jurídica a términos más frágiles y, a exigencias de naturaleza hipérbolica del convencimiento de la racionalidad de la determinación de la pena e individualización efectuada por el Juez, lo que no deja espacio a una escala de menor armonía en la melodía.

No toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico o desaprobación del resultado delictivo¹¹¹ (desvalor del resultado), conlleva una declaración de antijuricidad, sino que es preciso que se derive de aquella una acción desaprobada por el ordenamiento jurídico, esto es, incluye un juicio de desvalor sobre la *forma y el modo en que se origina* la situación jurídicamente desaprobada¹¹² (desvalor de acción)¹¹³, contribuyendo ambos a la consideración de estar ante un comportamiento antijurídico¹¹⁴, sin perjuicio de acentuar uno u otro en la descripción típica por razones de política criminal, pero sin posibilidad de deshacer el nudo o trenza del desvalor de la acción y desvalor del resultado.

La implicación del injusto de la acción en la medición de la pena abarca cada uno de sus

¹⁰⁷ GALLEGO DIAZ, *El sistema de determinación...* op cit, pág 218. Como señala el autor, en el equilibrio juez/ley caben graduaciones, así como polarizaciones en un sentido u otro. No siendo ajenos a las orientaciones político-criminales o tradiciones jurídico-criminales.

¹⁰⁸ GALLEGO DIAZ, *El sistema de determinación...* op cit, pág 218.

¹⁰⁹ En este sentido, COBO DEL ROSAL, “Consideración general sobre el nuevo Código pena” en *La Ley*, núm 4043, de 24 de mayo de 1996, pág 1332, critica la “proliferación de juicios valorativos, de toda instancia, en los tipos penales y la discrecionalidad” a juicio del autor, desmesurada, “que campea en el régimen de aplicación y ejecución de la pena”.

¹¹⁰ SILVA SANCHEZ, “¿Política criminal del legislador, del juez, de la administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código penal”, en *La Ley*, 1998, pág 1451.

¹¹¹ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...* op cit, pág 256.

¹¹² JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...* op cit, págs 256 y ss, el desvalor de la acción consiste tanto en las modalidades externas del comportamiento del autor como en las circunstancias que concurren en su persona, distinguiendo, por ello, la doctrina, el desvalor de acción referido al hecho, y el desvalor de acción referido al autor.

¹¹³ MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN, *Derecho penal, Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 301.

¹¹⁴ En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, *Derecho penal...* op cit, pág 302; JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...* op cit, pág 257 y ss, dentro del injusto de acción los elementos personales juegan un papel esencial, siendo necesario determinar qué elementos personales deben ser considerados como parte del injusto de la acción y la relación entre los mismos: los elementos objetivos de la autoría formulados para que puedan ser realizados por cualquiera, en ocasiones se formulan restringidamente. Los elementos subjetivos del injusto, pretenden caracterizar la voluntad de la acción que se dirige a la lesión del bien jurídico, confiriendo, de este modo, a la descripción externa contenida en el tipo de delito el correspondiente “acento de desvalor interno”.

elementos, tanto los de naturaleza objetiva (a título ejemplificativo: el modo de ejecución o la medida de la infracción del deber) como de naturaleza subjetiva de la acción¹¹⁵ (¿cuál es el móvil del autor?, ¿su objetivo? ¿la actuación es dolosa o imprudente?¹¹⁶). La implicación ha de valorarse de forma global, no encaminada taxativamente al beneficio o perjuicio del responsable del hecho delictivo¹¹⁷, sino que ha de favorecer la individualización de la realidad concurrente en la que podemos presenciar una sustancial disminución del injusto en la medida que el delincuente actúe “impulsado por una motivación digna de ser tomada en cuenta”¹¹⁸, o una reducción del resultado típico y su extensión o alcance al daño patrimonial o lesión corporal o psíquica de la víctima. Pero, también, es posible encaminarse al otro lado del péndulo, un aumento del injusto, por la propia realidad intensamente negativa de la motivación del autor o la magnitud adversa de la exteriorización de las consecuencias que culpablemente se deriven del hecho¹¹⁹.

En la medición del injusto no cabe relegar al olvido, por tanto, uno de sus elementos esenciales, el desvalor de resultado, con un contenido tan amplio como la magnitud del daño causado o el grado de la puesta en peligro del bien jurídico protegido (en los supuestos de acción en los delitos de peligro). Daño que ha de incluir tanto las consecuencias materiales como las

¹¹⁵ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...* op cit, pág 258, cuya misión es caracterizar detenidamente la voluntad de la acción que se dirige a la lesión del bien jurídico, confiriendo de este modo, a la descripción externa contenida en el tipo de delito, “el correspondiente acento de desvalor interno”.

¹¹⁶ Como manifiesta JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...*, op cit, pág 956, es dudoso en los delitos en los que ha mediado dolo, la forma en que éste se manifiesta (intención, dolo directo, dolo eventual) deba tener *influencia directa* sobre la medición de la pena, pues la intensidad de la voluntad dirigida a la realización del tipo no está vinculada necesariamente a la clasificación dogmática del dolo; el mismo autor... op cit pág 258, ha discutido en la doctrina la calificación del dolo como elemento de la culpabilidad o, si es posible la consideración del dolo como parte integrante del injusto de la acción, con una doble posición. Esta doble posición se centra en la voluntad del resultado delictivo, pues como señala el autor “*lo prohibido es un proceder de la voluntad que aspira al resultado delictivo, pero también lo es aquel otro que tiene lugar en la conciencia y que está vinculado posible o necesariamente con el resultado del delito*”. Con ello, se extiende el objeto de valoración del juicio de antijuricidad tanto al exterior del hecho, a la realidad palpable, como al interior del mismo, de modo que el dolo de la voluntad de acción que se dirige inmediatamente en contra del mandado de la norma es el núcleo central del injusto personal de acción. Para el autor, el dolo no sólo es incardinable en el tipo de injusto sino que posee una *doble posición*, dentro de los elementos que inciden en la formación y concreción de la pena: como factor directivo del comportamiento conforma el núcleo central del injusto típico de la acción y como resultado final del proceso de formación de la voluntad que pertenece a la culpabilidad es, igualmente, un elemento integrante de ésta. Razonando el autor que dado que en la culpabilidad se refleja la clase y gravedad del injusto cometido, también para el tipo y alcance del reproche culpabilístico se distingue si el autor ha ejecutado el hecho dolosamente o sin tan sólo ha faltado el deber de cuidado exigible para evitar la lesión del bien jurídico.

¹¹⁷ No obstante, CHOCLAN MONTALVO, *La individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y prevención en la determinación de la pena*. Ed Colex, Madrid, 1997, pág 181, destaca el carácter agravado de las referencias a los medios, modos o formas de comisión del delito en la parte especial.

¹¹⁸ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...* op cit, pág 957, el autor cita a la jurisprudencia alemana, son los delincuentes por convicción o de conciencia.

¹¹⁹ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...* op cit, pág 957, el autor señala que para una agravación de la pena causada por las consecuencias que culpablemente se deriven del hecho, es preciso que las consecuencias estén conectadas de forma objetivamente imputable con la realización del tipo y, en concreto, que resida dentro del ámbito de protección de la norma infringida.

psíquicas, incluso la situación en la que se haya dejado a la víctima o su familia, siempre que no se contemple en el tipo como elemento descriptivo del mismo¹²⁰, como efecto desencadenado por el hecho, esto es, como desvalor del resultado. En este sentido, es pacífico en la doctrina la imposibilidad de hablar de antijuricidad si no existe ofensa al bien jurídico protegido, “por más que aparentemente o formalmente exista una contradicción entre la norma y la acción”¹²¹. En este marco de manifestación del desvalor del resultado como lesión tangible y como peligro, hallamos una “forma de antijuricidad” como medio de restringir la interpretación de los tipos penales, convirtiéndose con ello, en un ingrediente más que acrecienta el arbitrio judicial, en la medida que el desvalor de resultado sobre la pieza de peligro o peligro sobre los bienes jurídicos descansa en un juicio de probabilidad, en el que el Juzgador no se limita a valorar los indicadores objetivos existentes en el momento de la comisión de hechos sino que ha de emitir un juicio ex ante sobre las notas de idoneidad o adecuación¹²². De forma que, la *Armonía* debe ser entendida desde un doble aspecto: en sentido vertical, esto es, de la sonoridad del conjunto que produce la simultaneidad de todas ellas (que da lugar al acorde) y, en sentido horizontal de cada parte armónica, teniendo en cuenta la melodía particular de cada una (movimiento melódico)¹²³.

En este marco de doble armonía, podemos traer a colación la preocupación de algunos autores como CHOCLAN, sobre la necesidad de tener en cuenta en la medición de la pena los *déficits marginales de la pena* que en ocasiones se muestran en el marco penal establecido por el legislador¹²⁴. En estos supuestos se acrecienta el peligro de doble valoración, manifestado a título ejemplificativo, por la cualificación del tipo penal con la amplitud suficiente para recoger varias agravaciones específicas sin reglas de valoración o jerarquización entre ellas, de modo que la individualización del Juez a la hora de valorar el injusto ha de acercarse a la magnitud mínima para alcanzar el tipo delictivo y, sólo a la hora de concretizar la pena, al límite marcado por la culpabilidad, abriéndose la visión a toda la extensión e intensidad manifestada en el caso concreto. Una teoría que no deja de plantear dificultades en el momento de la praxis.

¹²⁰ En el mismo sentido CHOCLAN MONTALVO, *La individualización judicial de la pena. Función...* op cit, pág 182.

¹²¹ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte General*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 323.

¹²² En este sentido, por todos, entre otros MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal...* op cit, pág 324. Solo la acción que se considera ex ante por el Juzgador, sitúa al órgano jurisdiccional ex post, en el lugar del autor en el momento en que este se realiza.

¹²³ ZAMACOIS, *Tratado de la armonía*, recurso online, pág 40.

¹²⁴ CHOCLAN MONTALVO, *La individualización judicial de la pena. Función...* op cit, pág 182. Sin que ello vulnere el principio de doble valoración si en la determinación del marco adecuado a la gravedad de la culpabilidad se considera que “el alijo de hachís alcanzó diversas toneladas” y sólo unos kilogramos ya hubieran permitido la subsunción de la conducta en el tipo agravado.

V.3.3.1.3 CULPABILIDAD

La culpabilidad adquiere entidad cualitativa desde el momento de la separación entre el injusto y la culpabilidad, incardinándose en la posición del hombre dentro de la sociedad y del derecho, producto de los valores imperantes¹²⁵.

¹²⁵ ROXIN, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos: la estructura del delito*. Ed Civitas, Madrid, 1997, pág 794 y ss, efectúa un estudio de la evolución del concepto de culpabilidad desde la noción psicológica a la normatividad de la culpabilidad.

El pensamiento naturalista de finales del siglo XIX, centrado en reconducir los conceptos jurídicos a datos empíricos surgidos de las ciencias naturales, desarrolló el concepto psicológico de culpabilidad, entendiéndola como relación subjetiva del sujeto con el resultado (En el que el dolo o la imprudencia eran formas de culpabilidad, mientras que la imputabilidad se concebía como presupuesto de la culpabilidad o presupuesto de la pena o de la punibilidad). MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, Ed Zanichelli, Torino, 2014, pág 331y ss, “la culpa como relación psicológica entre el hecho y el autor absorbe dos funciones: de un lado, el uso del concepto de culpabilidad expresa la idea que la responsabilidad requiere, como presupuesto esencial, una participación psicológica a la comisión del hecho. De otro lado, expresa la exigencia de circunscribir la culpa por el delito singular, prescindiendo de cada valoración de la personalidad en general y del agente de proceso de motivación que sustenta la conducta” Este mismo autor objeta sobre el concepto psicológico de la culpabilidad, desde el punto de vista dogmático: no llega a dar un concepto comprensible del del dolo y la culpa, dado que mientras el dolo consta de conciencia y voluntad como actitudes psicológicas reales. En la culpa son suficientes las actitudes psicológicas potenciales. Sobre el plano funcional, no valora toda la potencialidad de la culpa como elemento de graduación de la responsabilidad penal, sobre todo porque no tiene en cuenta las diversas motivaciones que inducen a delinquir”.

El concepto psicológico de la culpabilidad es reemplazado por el concepto normativo de la culpabilidad, FRANZ, citado por ROXIN *Derecho penal. Parte General. Tomo I...* op cit, pág 796, entendió que la culpabilidad no se centraba exclusivamente en la relación psíquica del sujeto y el resultado sino por tres elementos de igual rango: a) la normalidad mental del sujeto, b) una concreta relación psíquica del sujeto con el hecho o al menos la posibilidad de la misma (dolo o imprudencia), c) la normalidad con la que actúa el sujeto.

Este comienzo del concepto normativo de la culpabilidad evoluciona con GOLDSCHMIDT, citado por ROXIN, *Derecho penal. Parte General. Tomo I...* op cit, pág 798, enlazando la reprochabilidad en la infracción de una norma específica “norma de deber”. De modo que, junto a la norma jurídica que exige una conducta externa y cuya infracción fundamentaría la antijuricidad, existiría “impliciatamente” una “norma de deber ser” que impondría a cada cual disponer su conducta interna del modo necesario para que se pueda corresponder con las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico a su conducta externa.

Un paso más lo da FREUDENTHAL, citado por ROXIN *Derecho penal. Parte General. Tomo I...* op cit, pág 798, basándose en la inexigibilidad como causa general suprallegal de exclusión de la culpabilidad, que se ha impuesto en los delitos imprudentes y en los delitos de omisión, pero no ha conseguido arraigar en los delitos dolosos. Citados todos por ROXIN *Derecho Penal. Parte general. Tomo I...* op cit, págs. 798 y ss

La doctrina finalista ha dejado su huella en el concepto normativo de la culpabilidad, ubicando sistemáticamente la acción en el tipo del dolo y la infracción del deber de cuidado en los delitos imprudentes, eliminando así de la culpabilidad los elementos que habían constituido su único contenido para el concepto psicológica de la culpabilidad. De modo que, los elementos subjetivos (el objeto de la valoración) se separaron de la culpabilidad, quedando en ella “únicamente el criterio de la reprochabilidad” (la valoración del objeto).

Para ROXIN, el concepto de normativa de la culpabilidad, acierta en reconducir el delito que sigue al injusto en una valoración del hecho de “otro tipo” en comparación con la “contrariedad a deber y no sólo de un puro estado de cosas psíquicas”. La valoración no se reduce a si se puede formular un reproche de culpabilidad contra el sujeto, sino que es un juicio sobre si, desde punto de vista jurídicos-penales. Ha de hacerse responsable de su conducta: la reprochabilidad es una condición necesaria, pero aún no suficiente de responsabilidad, a la que ha de añadirse la necesidad preventiva de sanción. En definitiva, para este autor, el concepto normativo de culpabilidad ha de perfeccionarse en la dirección del concepto normativo de responsabilidad.

La culpabilidad se coloca en una posición esencial¹²⁶, no única, en el camino de la responsabilidad jurídico-penal y, desde esa misma posición, limita el poder punitivo del Estado¹²⁷. El alcance de esta posición depende del propio contenido de la culpabilidad que gira en torno a la reprochabilidad y que “asume los motivos de la acción y las circunstancias en las que se realiza”¹²⁸.

Desde este punto de vista, la culpabilidad es el juicio de reproche personal¹²⁹ que se dirige al sujeto¹³⁰ por la razón de que llevó a cabo una acción constitutiva de un tipo penal, es decir, realizó una conducta prevista como delito pese a que estaba en situación de poder actuar de modo distinto, pudiendo cumplir las normas jurídicas. En este sentido, la culpabilidad como requisito de la noción de delito constituye una construcción de la dogmática jurídica, sometida, como tal, al marco representado por la ley.

La culpabilidad se enlaza, de este modo, a la reprochabilidad y responde al conjunto de garantías en favor del individuo que rechazan toda responsabilidad objetiva¹³¹. Sentándose en la

¹²⁶ En este sentido, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Ed Zanichelli, Torino, 2014, pág 325, lo considera como el tercer elemento constitutivo del delito...un principio cardinal.

¹²⁷ En este sentido, GARCIA ARAN *Fundamentos y aplicación de las penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, Ed Aranzadi, Pamplona, 1997, pág 68, la culpabilidad se conforma por un lado como un límite a la intervención punitiva del Estado, y, de otro, una categoría dogmática añadida a la antijuricidad, como uno de los elementos del concepto de delito, resultando preciso, pues que el autor de un hecho antijurídico actúe, además culpablemente.

¹²⁸ MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, Ed Zanichelli, Torino, 2014, pág 32, “tomando los motivos de la acción y la circunstancia en la que se realizan, “desde este punto de vista”, la concesión normativa se presta muy bien a prever un concepto de culpabilidad idóneo a unir también un criterio de individualización judicial de la pena: la concesión sistemática del delito (culpa= elemento constitutivo del ilícito penal, unido a la tipicidad y antijuricidad) y de la valoración de la gravedad del hecho criminal como final de la determinación concreta de la pena”; en el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte General*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 377, superada la concepción culpabilística como relación psicológica entre el autor y su acto, la doctrina se centra en el “reproche”. La dificultad de acreditar individualmente si usó o no de esta capacidad nos genera la necesidad de acudir a análisis vivenciales o puramente fenomenológicos, como resultado de nuestra propia vivencia y observación.

¹²⁹ En este sentido, Se ha de tener presente la *realidad inversa de la culpabilidad*, pues, como ha señalado, entre otros autores, GARCIA ARAN: “Culpabilidad, legitimación y proceso”, *ADP*, 1998, pág 94 y ss el concepto de culpabilidad aparece con la interpretación a contrario de las causas que la excluyen. De forma que hay culpabilidad cuando se cometa una acción antijurídica y no se esté en presencia de supuestos que excluyan la culpabilidad.

¹³⁰ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal...*op cit, pág 375, 376, la culpabilidad es una categoría que gira sobre el autor del delito. Que no deja de colocar al penalista en la situación de elegir entre dos extremos igualmente cuestionables: aceptar la capacidad humana para actuar libremente y aceptar con ello el concepto de culpabilidad; o, negar esta capacidad, negando con ello al mismo tiempo, la culpabilidad como elemento o categoría del delito.

¹³¹ En parecidos términos, CORDOBA RODA, *Culpabilidad y pena* Ed Casa Editorial, Barcelona, 1977, pág 34 y ss, manifiesta el autor que la concepción de la culpabilidad desde el punto de vista normativo no significa que el Juez haya indagado efectivamente que al acusado le era posible, en el caso particular, actuar de un modo distinto a como realmente lo hizo. El concebir la culpabilidad como el juicio de reproche por no haber evitado el sujeto la comisión del delito pese a que podía hacerlo, no comporta, en efecto que, se atribuya al juez el cometido de averiguar si el acusado en el momento de cometer el hecho delictivo gozaba del referido poder y de limitar la formulación del particular y concreto juicio de culpabilidad en los supuestos en los que la referida averiguación haya conducido a una respuesta afirmativa.

Ilustración las bases ideológicas¹³² de la imputación subjetiva como fundamento de la individualización de la responsabilidad¹³³.

Esta identificación de culpabilidad y reproche nos facilita entender que solo la culpabilidad puede imponer, a las exigencias de prevención, los límites reclamados por la idea del Estado de Derecho y la dignidad humana, constitucionalmente protegidas¹³⁴.

Así, nuestro Texto punitivo se hace partícipe del papel central del principio de culpabilidad, manifestando que no hay pena sin culpa, derivándose de eminente vocación garantista¹³⁵ el principio de legalidad. Con ello, la culpabilidad de la acción se convierte dentro del marco de la pena en un criterio orientador y limitante del mismo¹³⁶.

Ahora bien, la naturaleza formal del reproche nos centra en la materialidad de la culpabilidad. No obstante, no existe unanimidad en cuanto la “teoría de la culpabilidad se halla influenciada por las concezioni di fondo del derecho penal”¹³⁷:

- La culpabilidad como poder actuar de otro modo es el reproche personal contra el sujeto que no omitió la acción antijurídica aunque pudo omitirla¹³⁸.
- La culpabilidad como actitud interna justificadamente desaprobada¹³⁹.

¹³² MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal...* op cit, pag 345, “el pensamiento ilustrado colocó al individuo como ser autorresponsable en el centro del universo... la imagen del hombre de la Ilustración es la del individuo que actúa racionalmente, que puede escoger entre el bien y el mal y qué es dueño de su destino con libertad y responsabilidad”.

¹³³ FERNADEZ GONZALO, *Culpabilidad y Teoría del delito*, Ed B de F, Montevideo, 1995, pág 146

¹³⁴ DA COSTA ANDRADE, “Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal como referencias de una doctrina teleológico racional del delito” en *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, Ed Bosch Barcelona, 1995, pág 159; en este mismo sentido, ROXIN, “El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo” en *La Reforma del Derecho penal: trabajos del Seminario Hispano-Germánico sobre la Reforma del Derecho penal*, edición a cargo de MIR PUIG, S, Ed Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1980, pág 91 y ss, considera este autor la insuficiencia del principio de proporcionalidad como sustituto de la culpabilidad, sin que quepa la sustitución de la frase “la pena no puede superar la medida de culpabilidad”.

¹³⁵ FERNADEZ GONZALO, *Culpabilidad y Teoría del delito*, Ed B de F, Montevideo, 1995, pág 146

¹³⁶ GARCIA ARAN, *Fundamentos y aplicación de las penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, pág 70, para la autora, el legislador no toma postura por las distintas opciones doctrinales de la culpabilidad, limitándose a prohibir la responsabilidad objetiva al exigir dolo o culpa. Opciones doctrinales que se se decantan por un sentido estricto, como elemento del delito, a la antijuricidad, y en un sentido más amplio, el principio de culpabilidad añade una serie de elementos para la exigencia de responsabilidad criminal.

¹³⁷ MUSCO, E, *Diritto penale. Parte generale*, Ed Zanichelli, Torino, 2014, pág 334, “la teoría de la culpabilidad resulta influenciada de las concepciones de fondo del Derecho penal”.

¹³⁸ ROXIN, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos: la estructura del delito*. Ed Civitas, Madrid, 1997, pág 799. No concibe el mantenimiento de la tesis por la imposibilidad de mantener un poder actuar de otro modo, incluso bajo la fórmula de libertad de decisión teóricamente concebible, que no permite la constatación científica. Esta ausencia de acreditación nos llevaría a la absolución absoluta en virtud del principio in dubio pro reo.

¹³⁹ ROXIN, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I...* op cit, pág 800 y ss, la culpabilidad es reprochabilidad del hecho en

- La culpabilidad como deber de responder por el carácter propio¹⁴⁰.
- La culpabilidad como atribución según las necesidades preventivas generales¹⁴¹.
- La culpabilidad como actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa¹⁴².

A la “pura” culpabilidad por el hecho han de pertenecer todos aquellos elementos que fundamentan en, sentido dogmático, “la adecuación típica, antijurídica y culpable”¹⁴³. Resaltándose el valor de la culpabilidad como criterio regulador de la pena, pues la pena no debe rebasar el marco fijado por la culpabilidad de la respectiva conducta¹⁴⁴.

actitud interna jurídicamente desaprobada, basando la deferencia entre el injusto y la culpabilidad en la diferencia entre el desvalor de la acción y el desvalor de la actitud interna. Crítica recibida se centra en la no superación del carácter formal de la reprochabilidad, al no indicar ningún criterio en virtud del cual se desapruebe jurídicamente la actitud interna del reproche. La unanimidad de la teoría está ausente; de este modo, SCHMIDHAUSER, ofrece un criterio material de esta teoría: la culpabilidad jurídico penal es el comportamiento espiritual lesivo de bienes jurídicos. Teoría que no está exenta de crítica, girando sobre la dificultad de revestir de una seriedad jurídica si centramos la materialidad del reproche en el “contacto espiritual”. (citado por ROXIN, *Derecho Penal, Parte general*. Tomo I...op cit, pag 800 y ss)

¹⁴⁰ ROXIN, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I...*op cit, pág 803 y ss. Cada uno es responsable sin más de las características o propiedades que la han inducido al hecho, de su “ser así”. Las objeciones a versiones de la teoría como: “en la vida se responde por lo que se es, sin tener en cuenta por qué múltiples razones se ha llegado a ello”, no se han hecho esperar centrándose en la paradoja de atribuir a alguien la culpabilidad de un dato (su disposición caracterológica) del que no es responsable, o nada puede hacer. Abocando a la teoría que concibe la culpabilidad como un deber de responder por la propia condición, como un medio de renunciar totalmente a la retribución y al reproche moral contra el sujeto, reduciendo el Derecho penal a finalidades preventivas, entendiendo la culpabilidad como responsabilidad social.

¹⁴¹ ROXIN, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I...*op cit, pág 805 y ss, Se desarrolla un concepto funcional de la culpabilidad, entendiendo la culpabilidad como atribución preventiva general. JAKOBS, considera que sólo el fin dota de contenido al concepto de culpabilidad, y este fin es la prevención general, vista desde el punto no de la intimidación, sino del ejercicio de fidelidad al Derecho. De modo que, la culpabilidad se convierte en la estabilización de la confianza en el ordenamiento, perturbada por la conducta delictiva, pues, solo mediante la atribución de culpabilidad y la punición ligada a ella se confirmaría la corrección de la confianza en la norma.

Concepción no exenta de objeciones, fundadas en el hecho de que abandona la función restrictiva de la punibilidad del principio de culpabilidad en atención a la prevención general. La punibilidad pierde el carácter individual para girar en torno a la colectividad, esto es, la punibilidad del particular no depende ya de las circunstancias que radiquen en la persona sino de lo que presuntamente sea necesario para el ejercicio de los ciudadanos en la fidelidad al Derecho, para la estabilización de la confianza en el ordenamiento. Derivando en una instrumentalización del individuo, que queda relegado a un mero instrumento de los intereses sociales de estabilización. Convirtiéndose en una “violación de la dignidad del ser humano”, KANT (citados por ROXIN, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I...*op cit, pág 805 y ss)

¹⁴² ROXIN, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I...*op cit, pág 807 y ss, Centra su atención en la disponibilidad del sujeto, en el momento del hecho, desde su estado mental y anímico, para valorar la llamada de la norma, cuando le eran psíquicamente asequibles las posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma. No se trata, para ROXIN, de una hipótesis indemostrable, sino de un fenómeno científico empírico, pues se trata de determinar la posibilidad (libre o determinada) psíquica de control que existe en el adulto sano en la situación concreta. Esta teoría se basa en la suposición de libertad, como “aserción normativa”, una regla de juego, cuyo valor social es independiente del problema de teoría del conocimiento y de las ciencias naturales. La autocomprensión natural del ser humano se basa en la conciencia de libertad, entendiendo que la ordenación razonable de la vida humana en sociedad no es posible sin la concesión recíproca de libertad. De modo que una persona con capacidad de actuar en un determinado momento se halla en posición de actuar libremente.

¹⁴³ STRATENWERTH, *EL futuro del principio jurídico penal de la culpabilidad*, Ed. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980, pág 72.

¹⁴⁴ CORDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, Ed Casa Editorial, Barcelona, 1977, pág 20; También QUINTERO OLIVARES, “Determinación de la pena y política criminal” en Cuadernos de Política Criminal, núm 4, 1978, pág 58, “cualquier represión innecesaria desautoriza o invalida al instrumento punitivo”.

En este sentido, la culpabilidad, como juicio referido a la acción, se centra en no tomar en consideración presupuestos distintos a los concernientes a la acción culpable a los efectos de crear o agravar la responsabilidad evitando, de este modo, que los elementos de un modo de ser o comportarse puedan motivar los referidos efectos jurídicos penales¹⁴⁵.

La estrecha relación que se manifiesta en la interacción culpabilidad-pena nos da paso al doble brazo de la pena, de difícil equilibrio: de un lado, la acomodación de la pena a la gravedad de la culpabilidad por el hecho cometido, y de otro lado, la prevención general y especial que moldean la sanción penal hacia un determinado fin¹⁴⁶.

No obstante, el carácter medidor de la pena se materializa en el “conjunto de momentos que poseen relevancia para la magnitud de la pena en el caso concreto”¹⁴⁷. Momentos en los que se abarca “la actitud interna que expresa el hecho y la voluntad en éste”¹⁴⁸. Actitud interna, que despierta el vector más alejado de la racionalidad objetiva al conllevar juicios de carácter ético en los que se debe huir de valoraciones globales sobre el carácter del autor¹⁴⁹, pues “sólo ha de influir sobre la individualización de la pena la actitud interna que “expresa el hecho”¹⁵⁰. Todo ello, conlleva a una sensibilidad exquisita del Juez a la hora de motivar la individualización, de modo que quede palpable en los sentidos del autor y de la colectividad la razón que ha llevado al órgano jurisdiccional a crear la armonía individualizadora ajena a la “colpevolezza per il character” o la “colpevolezza per la condotta di vita”, sin el riesgo de colocar en el centro de gravedad del delito el modo de ser del agente¹⁵¹.

¹⁴⁵ CORDOBA RODA, *Culpabilidad y pena...* op cit, pág 21, manifestando el autor la vulneración en sentido material de garantía que al referido postulado corresponde en aquellos supuestos en los que la Ley prescribe bajo la fórmula de medidas de seguridad para prevenir la peligrosidad, propios y verdades castigos para presupuestos por efectivos modos de ser o comportarse.

¹⁴⁶ En similares términos, CHOCLAN MONTALVO, “La pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad” en *Revista Jurídica La Ley*, núm 4, 18 de diciembre de 1996, pág 168.

¹⁴⁷ ROXIN, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I...* op cit, pág 814. Culpabilidad que no deja de tener espacios fuera de su aplicabilidad, distinguiendo entre las causas de exclusión de la culpabilidad, en las que falta la culpabilidad desde el principio porque el sujeto no ha podido actuar de otro modo (falta de imputabilidad, error de prohibición invencible). Y, las causas de exculpación, manifestadas por una reducción de la culpabilidad, renunciando el legislador a la formulación del reproche, si fuera posible (legítima defensa, estado de necesidad).

¹⁴⁸ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Ed Comares, Granada, 2002, pág 958.

¹⁴⁹ En el mismo sentido, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...* op cit, pág 958.

¹⁵⁰ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...* op cit, pág 958.

¹⁵¹ MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Ed Zanichelli, Torino, 2014, pág 328 y 329, como manifiesta el autor, se considera inadmisibles la figura de la culpa del autor, “el riesgo de colocar el centro de gravedad del delito en el modo de ser del agente”.

La pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad¹⁵² genera un límite máximo pero, así mismo, origina un efecto de prevención general positiva o integradora en tanto que la sociedad contempla la reacción punitiva como justa y adecuada¹⁵³, resultante de la interacción de la pena y culpabilidad en el fundamento de la pena. En este orden, la prevención general cumple una función de límite a las exigencias de prevención especial, que ha de ser tenida en cuenta por el Juez para completar, en fase de determinación judicial de la pena, el marco penal adecuado a la culpabilidad; pues, existe un mínimo retributivo al que no renuncia la comunidad jurídica a raíz de la comisión de un hecho punible que coexiste con la posibilidad de eludir, por la parte inferior, el límite mínimo, cuando así lo precise la reeducación del penado (cumplimiento de la pena que por la culpabilidad origine consecuencias desocializadoras).

Sólo mediante el reconocimiento de culpabilidad y necesidad preventiva como presupuestos de igual rango de la responsabilidad jurídico-penal, puede la dogmática jurídico-penal conseguir conectar con la teoría de los fines de la pena.

La determinación de la pena ha de estar guiada hacia la consecución de los fines que se pretendan obtener mediante la vigencia del derecho penal¹⁵⁴. Pues la exigencia del reconocimiento de la necesidad preventiva como presupuesto adicional de la punibilidad significa únicamente una ulterior protección del Derecho penal.

“La gravedad de la pena impuesta no puede exceder del desvalor de la respectiva acción”. Con esta expresión, no se desconoce la vaguedad o neblina a la que somete a los operadores jurídicos a la hora de determinar cuál es el desvalor o gravedad de la acción¹⁵⁵. Estamos, con ello,

¹⁵² En el mismo sentido, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Ed Zanichelli, Torino, 2014, pág 328, “debe subsistir un grado de proporcionalidad entre la forma de culpabilidad y la intensidad de la respuesta sancionatoria: la reacción penal debe ser proporcionada al grado de participación interior del sujeto”.

¹⁵³ En este sentido, MUSCO, E, *Diritto penale. Parte generale*, Ed Zanichelli, Torino, 2014, pág 334 y ss, “hoy día se asiste a una insuperable fractura entre la idea de culpabilidad y la teoría retributiva de la pena,” cuestionándose el autor si “la tradicional categoría de la culpabilidad tiene una verdadera razón de ser en el interno del Derecho penal de la prevención o, su supervivencia es el resultado de una suerte de provisión de contenidos del viejo derecho penal retributivo? Viene entendiendo la doctrina dominante que la culpa como presupuesto del delito se envuelve hoy de una renovada legitimación propia de su carácter de instrumental respecto a la función preventiva de la pena. Para el autor, “la culpabilidad es un presupuesto y garantía de la libertad de elección individual frente a la capacidad de intimidación de la amenaza penal”.

¹⁵⁴ CASTELLO NICAS, *Arbitrio judicial y la determinación de la pena en los delitos dolosos*, Ed Comares, Granada, 2007, pág 35, recogiendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS, 13 de septiembre de 2000) sobre la necesidad, mediante motivación, de controlar el Juez la relación, con el necesario ajuste de las penas, de la culpabilidad del autor y de las necesidades de prevención general y especial.

¹⁵⁵ En similares términos, CORDOBA RODA, *Culpabilidad y pena* Ed Casa Editorial, Barcelona, 1977, pág 45

abogando por la preeminencia de la proporcionalidad entre la sanción y la conducta enjuiciada¹⁵⁶ como ejercicio de culpabilidad, fijando una conexión directa con la dignidad humana, descartando la utilización del condenado como instrumento o respuesta al máximo exponente de los fines de la pena (retributivo/preventivo).

Cuando se interpreta el derecho vigente no se trata de posibilitar al Juez una exención de pena conforme a sus propias representaciones política-criminales, sino que se deben clarificar las hipótesis preventivas que sirven de base a la ley. Ello no abre mayores espacios de libertad que los que, en otros casos, se conceden a la interpretación del Derecho vigente.

En todo caso, la pena ha de ser proporcionada a la culpabilidad. Ello implica el establecimiento del grado de culpabilidad presente en el delito¹⁵⁷.

La proporcionalidad aparece como un límite a las necesidades preventivas que se reflejan en dos esferas. De un lado, la esfera preventiva general, que juega un doble papel de tope e impulsor: la de límite a las necesidades preventivas generales y la de requisito de eficacia de la pena. De otro lado, en la esfera preventiva especial, donde la necesidad de proporcionalidad en el delito y la pena es un límite en sí mismo¹⁵⁸.

“Si en el marco penal genérico se establece una pena proporcionada al delito abstracto, *en la decisión judicial se debe establecer en concreto* para que las posibles desigualdades de gravedad, entre los hechos con la misma calificación, tengan también su tratamiento desigual”¹⁵⁹.

Cuestionándose GARCIA ARAN, cuál es la magnitud respecto de la cual debe ser proporcionada la pena y, cuáles son los datos que la integran. Llega a la conclusión que el concepto estricto dogmático de culpabilidad es insuficiente para referir a él la proporcionalidad de la pena y, por tanto, difícilmente pueda jugar como límite de ésta¹⁶⁰.

¹⁵⁶ En este sentido, CORDOBA RODA, *Culpabilidad y pena...* op cit, págs 44 y 45, se decanta por la proporcionalidad como diferenciador de la necesidad por motivos de prevención general o especial, que permitirían la aplicación de penas desproporcionadas a la gravedad del acto, si ello resulta necesario para prevenir la comisión de hechos causantes de elevada alarma o inquietud para la comunidad estatal.

¹⁵⁷ GARCIA ARAN, *Fundamentos y aplicaciones de las penas y medidas de seguridad del Código Penal de 1995*, Ed Aranzadi, Pamplona, 1997, pág 68.

¹⁵⁸ En términos similares, GARCIA ARAN, *Fundamentos y aplicaciones...* op cit, pág 63.

¹⁵⁹ GARCIA ARÁN, *Fundamentos y aplicación...* op cit, pág 72.

¹⁶⁰ GARCIA ARÁN, *Fundamentos y Aplicación...* op cit, pág 73.

El concepto dogmático de culpabilidad es insuficiente para englobar la proporcionalidad de la pena, *porque no supone una valoración global del hecho*¹⁶¹. Si en el marco genérico se recoge la pena adecuada (proporcionada) al hecho plenamente antijurídico y plenamente responsable (o reprochable), en la elección de la pena concreta se debe modular tanto la específica lesión del bien jurídico cómo la específica responsabilidad del autor (o la específica posibilidad de atribución de responsabilidad por el hecho injusto)¹⁶².

Entendiendo GARCIA ARAN que en el Derecho penal español esta modulación de la gravedad del hecho y de la culpabilidad del autor en la determinación concreta de la pena se realiza a través de la estimación de las circunstancias agravantes y atenuantes¹⁶³.

Si entendemos la culpabilidad como factor de determinación de la pena y como concepto que opera como límite de ésta, provocando la pena proporcionada al delito¹⁶⁴, estamos ante la culpabilidad como inicio y fin del sistema. Se inicia porque la conducta no se ha ajustado a derecho (reproche) y se finaliza como límite y parámetro de la respuesta punitiva.

Retomando los fines de la pena, la retribución, prevención general y prevención especial adquieren relevancia práctica desde el momento en el que debe elegirse la magnitud concreta a imponer¹⁶⁵, no permaneciendo, únicamente, en el plano de las ideas sin proyección concreta.

GARCIA ARAN parte de la consideración de abstracto de los fines de la pena para otorgarle coherencia al sistema de determinación de la pena, que se traduce por una confluencia de distintas variables que pueden empujar a la decisión en direcciones distintas e incluso contradictorias¹⁶⁶. De forma que, al imponer la pena en concreto, el Juez podrá orientar su decisión en un triple sentido:

- La búsqueda por antonomasia de la equivalencia de la gravedad de la pena y del delito, a fin de imponer un castigo justo, con independencia de lo que pueda aconsejar la prevención (general o especial) de futuros delitos.
- El grado de la pena alcance la meta de que el reo no vuelva a delinquir, integrándose en las

¹⁶¹ GARCIA ARÁN, *Fundamentos y Aplicación...* op cit, pág 74.

¹⁶² GARCIA ARAN, *Fundamentos y Aplicación...* op cit, pág 74.

¹⁶³ GARCIA ARAN, *Fundamentos y Aplicación...* op cit, pág 74.

¹⁶⁴ GARCIA ARÁN, *Fundamentos y Aplicación...* op cit, pág 72.

¹⁶⁵ QUINTERO OLIVARES, “La determinación de la pena y política criminal” en *CPC*, 4, 1978, pág 52.

¹⁶⁶ GARCIA ARÁN, *Fundamentos y Aplicación...* op cit, pág 62.

normas de convivencia social.

- Identificación de la pena como medio para evitar el contagio de la influencia delictiva al resto de la sociedad¹⁶⁷.

El propio legislador reconoce la existencia de elementos de valor o desvalor frente a los que se encuentra en incapacidad de individualizar en abstracto, dejando la determinación en concreto y sobre la función propia de cada circunstancia al Juez¹⁶⁸, manteniendo con vida la circunstancia genérica, la apertura del sistema hacia valores nuevos¹⁶⁹. Pero, sin dejar huérfana la apreciación judicial de la misma, al fijar el “criterio de analogía” que ha de guiar al Juez en la búsqueda de la apreciación de la circunstancia genérica (apartado 7 del artículo 21 del CP).

La triplicidad de sentidos se ha de reconducir a través de la proporcionalidad (vid capítulo IV). Reconducción que no está exenta de interrogantes. GARCIA ARÁN formula diversas cuestiones: ¿Las circunstancias son sólo una concreción de la proporcionalidad respecto de la gravedad objetivo del hecho, tal y como se produjo? o ¿Debe primar la gravedad del hecho como base de la proporcionalidad de la pena? ¿Pueden ser valoradas en clave preventiva especial, considerando que dicha valoración forma parte de la culpabilidad y decidiendo la rebaja penal? ¿Qué valor tiene la necesidad preventiva general en las consideraciones de esas circunstancias del hecho? O, la gravedad del hecho ¿debe valorarse en atención a la alarma social causada y la evitación de hechos preventivos, empujando a la máxima pena? Admitidos los fines preventivos, ¿prevalece la prevención general o la prevención especial?¹⁷⁰.

“La proporcionalidad con el delito se encuentra abstractamente establecida en el marco penal y, a la hora de concretarla a la gravedad del delito, la gravedad del resultado (cómo parte del injusto) empuja hacia el límite máximo. Pero teniendo en cuenta que al delito pertenece también la culpabilidad, ¿cabría la disminución de responsabilidad...puede renunciarse, en parte, a la equivalencia de la proporción para que prevalezca el criterio preventivo especial?”¹⁷¹.

¹⁶⁷ En términos similares, GARCIA ARÁN, *Fundamentos y Aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*. Ed Aranzadi, Pamplona, 1997, pág 63.

¹⁶⁸ LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, 1962, pág 244 y ss. “La esfera del significado se deja a la determinación, en concreto, del Juez”.

¹⁶⁹ MASSA, *Le attenuanti generiche*, Ed Eugeni Jovene, Napoli, 1959, pág 15, “supone el renacimiento de la imposibilidad por parte de del Derecho positivo, de prever, de forma anticipada, con la vestidura propia de ley, directa, general y abstracta, la infinidad de circunstancias concreta al caso... revela un valor de amortiguación de la que no puede escapar de la ley sin comprometer su función, ajustada a la proporción y la realidad de la vida”.

¹⁷⁰ GARCIA ARÁN, *Fundamentos y Aplicación...* op cit, pág 64.

¹⁷¹ GARCIA ARÁN, *Fundamentos y Aplicación...* op cit, pág 65.

El conflicto entre prevención general y prevención especial es la materialización del conflicto entre el interés de la colectividad y el interés del individuo. Debiendo resolverlo el ordenamiento en su conjunto, ya que no cabe su resolución al momento de aplicación al individuo en concreto, en ese instante ha de prevalecer el individuo o la sociedad¹⁷².

Se forma para la autora dos situaciones distintas: de un lado, la proporcionalidad respecto al delito, entendido como injusto y culpabilidad; de otro, la necesidad preventiva especial que presente el autor. Materializándose este plano individual por las circunstancias del delito y del autor¹⁷³.

Para la valoración de la culpabilidad se parte de esta magnitud base sobre la que operan diferentes circunstancias de signo muy diverso: desde el pronóstico de los efectos de la pena (pronóstico de prevención especial) a el grado de infracción del deber (que puede ser interpretado como incremento del injusto o incremento de la culpabilidad) pasando por las circunstancias personales o económicas (pudiendo ser interpretadas como indicadores de menor culpabilidad o necesidad preventiva especial)¹⁷⁴. Condicionando el punto de partida en la pena proporcionada a la culpabilidad para luego operar con las finalidades preventivas.

En este sentido, nos encontramos con la teoría de la pena exacta de KAUFMAN. Considera que sobre la pena adecuada a la culpabilidad deben operar modulaciones hacia arriba o hacia abajo en función de las necesidades preventivas. En cambio, la teoría del margen de libertad de ROXIN, entiende que no hay una magnitud de pena exactamente adecuada a la culpabilidad, sino un marco de pena dentro del cual habrán de jugar los criterios preventivos¹⁷⁵.

De la misma forma que la valoración del injusto oscila entre el beneficio o perjuicio hacia el autor a la hora de individualizar la pena, la evaluación de la culpabilidad no se halla preceptivamente encaminada al sentido adverso, por el contrario, su propia esencia como “possibilità di agire diversamente da parte del soggetto cui il fatto viene attribuito”¹⁷⁶, exige oscilar en la misma dirección de la “relazione psicologica fatto-autore”¹⁷⁷, lo que conlleva una disminución

¹⁷² GARCIA ARÁN, *Fundamentos y Aplicación...* op cit, pág 66.

¹⁷³ GARCIA ARÁN, *Fundamentos y Aplicación...* op cit, pág 66.

¹⁷⁴ GARCIA ARÁN, *Fundamentos y Aplicación...* op cit, pág 67.

¹⁷⁵ ROXIN, “La determinación de la pena a la luz de las teorías de los fines de la pena” en *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, (trad Muñoz Conde) Madrid, 1981, pág 100 y ss.

¹⁷⁶ MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Ed Zanichelli, Torino, 2014, pág 328.

¹⁷⁷ MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Ed Zanichelli, Torino, 2014, pág 328y 338, pues la “la culpa y la

de la culpabilidad en el autor débil de voluntad o con facilidad para ser instigado al delito¹⁷⁸, incrementado la pena la voluntad persistente del autor¹⁷⁹. Con ello, no nos ciega la realidad de la praxis judicial, donde se dificulta los medios para “determinar la capacidad de autodeterminación del agente concreto desde la perspectiva de la verificación empírica”¹⁸⁰.

V. 3.3.2 LAS PENAS ALTERNATIVAS. LA SELECCIÓN DE UNA MAGNITUD.

Dentro del marco abstracto absoluto y, junto a los elementos configuradores del mismo, es necesario hacer un inciso respecto a uno de los recursos dados por el legislador y que condicionan la actividad sancionadora. Así, a la hora de facilitar la partitura que el Juez habrá de ejecutar en la melodía de la individualización de la pena, en cumplimiento de las exigencias de la Exposición de motivos de la LO de 10/1995 de 23 de noviembre, el legislador brinda uno de los ejes del instrumento punitivo, tal es, la concesión, en consonancia con la prevención especial, de amplias facultades discrecionales al Juez, al otorgarle la posibilidad, no sólo de desplazarse en el marco de la sanción concreta fijada por el legislador sino, también la capacidad de seleccionar la magnitud dentro del marco opcional establecido por el legislador¹⁸¹, sin que ello implique un factor

posibilidad de actuar diversamente como presupuesto del reproche”.

¹⁷⁸ En el mismo sentido, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Ed Comares, Granada, 2002, pág 958; También MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Ed Zanichelli, Bologna, 2014, pág 343 y ss, la “voluntad humana puede definirse como libre...en la medida que el sujeto no sucumba pasivamente a los impulsos psicológicos que los costrañen a actuar de un determinado modo” de forma que “la desaprobación, la reprobación, no tiene sentido si se dirige a aspectos privados de la posibilidad de actuar de otra manera”.

¹⁷⁹ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...* op cit, pág 958, el autor a título ejemplificativo, habla de planificación detallada del delito, obstinación en la persecución del objetivo criminal, o la superación de numerosos obstáculos.

¹⁸⁰ MUSCO, E, *Diritto penale. Parte generale*, Ed Zanichelli, Bologna, 2014, pág 338, insistiendo el autor en la necesidad de “valorar la capacidad de elegir individualmente” evitando que “la referencia al hombre medio sustraiga al Juzgador de la culpar con fundamento real, con la consiguiente categoría de vacía de contenido”.

El ordenamiento se aleja del carácter descriptivo del alemán. El Código penal alemán establece en su artículo 46 que “la culpabilidad es el fundamento de la determinación de la pena. El juez debe tener en cuenta los efectos de la pena para la vida futura del reo en la sociedad. Debe tenerse en cuenta las circunstancias favorables o contrarias al reo, especialmente: los motivos y fines. La actitud derivada del hecho y de la voluntad empleada en el mismo. El grado de infracción del deber. La clase de ejecución. La vida anterior del reo, las circunstancias personales y económicas y el comportamiento posterior al hecho, especialmente, los esfuerzos por reparar el daño”.

¹⁸¹ La posibilidad de seleccionar una magnitud la hallamos en diversos pasajes del Código penal. En el libro II: 146, imprudencia grave en el aborto (penas de prisión o multa); 147.2, tipo atenuado lesiones (prisión o multa); 153, maltrato de obra (prisión o trabajos en beneficio de la comunidad, sin perjuicio de imponer preceptivamente, privación del derecho a la tenencia y porte de armas, y cuando, el Juez lo estime conveniente, en interés del menor o incapaz, la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela); 154 riña acometiéndose tumultuosamente (prisión o multa); 147 lesiones al feto por imprudencia grave (prisión o multa); las amenazas de un mal que no constituya delito (prisión o multa); 172.1, tipo básico de coacciones (prisión o multa); 172.2, coacciones en el ámbito de la violencia de género (prisión o trabajos en beneficio de la comunidad, sin perjuicio de imponer preceptivamente, privación del derecho a la tenencia y porte de armas, y cuando, el Juez lo estime conveniente, en interés del menor o incapaz, la inhabilitación

perturbador excesivamente cercano a la arbitrariedad y que se extiende a distintos bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico.

Si analizamos los distintos supuestos en los que se permite al Juez seleccionar la magnitud objeto de la sanción, se comprueba que en la mayoría de los casos¹⁸² la elección en el péndulo de la alternatividad recae dentro de los tipos de las penas que se pueden imponer de conformidad con el artículo 32 del Texto Punitivo¹⁸³, fundamentalmente, dentro del arco formado por penas privativas de libertad (en la modalidad prisión/localización permanente) y la multa.

Este arco parece contradecir uno de los objetivos de la moderna Política-criminal: favorecer la elección de las penas privativas de derecho o multa en lugar de imponer penas privativas de libertad cortas¹⁸⁴. No obstante, esta contradicción ha de ser examinada en el escenario material de la aplicación, donde se han planteado numerosas objeciones en términos de eficacia real, ante las dificultades que surgen en la realidad de la ejecución, deviniendo en inútil, en bastantes casos, su imposición. Quizás por ello, el legislador se ha decantado en el 90% de los supuestos por una alternativa a la prisión o localización permanente realizable en la realidad empírica, tal es, la multa.

Por otro lado, la valoración positiva que merecen las penas privativas de derechos cuando

para el ejercicio de la patria potestad, tutela); 181, abusos sexuales (prisión o multa); 182, abusos sexuales interviniendo engaño (prisión o multa); 183, bis contacto con menor de trece años a fin de cometer los delitos comprendidos en los artículos 178 a 183 y 189 (prisión o multa); 184 acoso sexual (prisión o multa); 185 y 186 delitos de exhibicionismo y provocación sexual (prisión y multa); 205-206 calumnias sin publicidad (prisión o multa); 225, la restitución de menores (prisión o multa); 226, incumplimiento de los deberes de asistencia (prisión o multa); 227, incumplimiento de la obligación de págo de pensiones de alimento (prisión o multa); 244, sustracción/uso de vehículo a motor (prisión o multa); 291, 292, 294, 295 delitos societarios (prisión o multa// prisión o multa proporcional); 314, delito contra los derechos de los trabajadores-grave discriminación (prisión o multa); 322, delitos contra el patrimonio histórico prevaricación (prisión o multa, sin perjuicio de la pena prevista en el 404, esto es inhabilitación especial para empleo o cargo público); 332 delitos relativos a la protección de la flora y fauna, con grave perjuicio del medio ambiente (prisión o multa); 334 cace o pesque especies amenazadas (prisión o multa, sin perjuicio de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a cazar o pescar); 336 empleo de medios destructivos para la caza o pesca sin estar autorizado (prisión o multa); 379, delitos contra la seguridad del tráfico (prisión o multa o trabajos en beneficio de la comunidad, y, en cualquier caso, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotor); conducción con pérdida del carnet o sin adquisición del mismo (prisión o multa o trabajos en beneficio de la comunidad); 386 expedición de moneda falsa que ha recibido de buena fe (prisión o multa). Desaparecido el Libro III, regulador de las antiguas faltas, los actuales delitos leves se reagrupan en los distintos tipos especiales previstos y penados en el Libro II, perdiendo el carácter sancionador alternativo.

¹⁸² De las excepciones, se puede extraer, los delitos contra la seguridad del tráfico, añade la privación de los derechos (concretamente, trabajos en beneficio de la comunidad) y los delitos en materia de violencia de género que centra la alternativa entre la privación de libertad (la prisión) y la privación de los derechos (los trabajos en beneficio de la comunidad).

¹⁸³ Art 32 del CP, dispone que las penas que se pueden imponer con arreglo a este Código, son las penas privativas de libertad, las penas privativas de derecho y la multa.

¹⁸⁴ FARALDO CABANA/ PUENTE ALBA, *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Ed. Tirant lo Blanch, Madrid, 2003, pág 8.

funcionan como penas alternativas a la pena corta de prisión debe ser matizada cuando se suman a penas graves o menos graves de prisión impuestas con carácter principal e incluso a otras penas principales distintas de la prisión¹⁸⁵.

Las sanciones privativas de derechos cumplen un fin de prevención general negativa, en tanto, privan al penado de un derecho, de la posibilidad de realizar una actividad que, de ordinario, representa una parte fundamental de la vida del ciudadano, por ello, no cabe negar un efecto intimidante o preventivo-general en su cara negativa¹⁸⁶. Este efecto intimidante ha de encontrar su acomodo o equilibrio en el efecto preventivo especial emanado de la elección del Juez, al seleccionar la privación del derecho al penado dentro de las magnitudes fijadas por el legislador. Privación de derecho que ha de estar en relación directa con el delito, impidiendo con ello, o al menos dificultando, la reiteración delictiva¹⁸⁷. El Juez debe fijar en sentencia la actividad, no limitándose a adoptar el modelo general de trabajos en beneficio de la comunidad, mediante la motivación de la resolución, “ofreciéndose un observatorio privilegiado que consiste en colegiar los aspectos del proceso penal... a los parámetros de legalidad y razonabilidad”¹⁸⁸.

El problema surge, cómo ha señalado FARALDO CABANA, en los supuestos de aplicación automática en la privación de derechos, concretamente trabajos en beneficio de la comunidad que contraviniendo la redacción del artículo 49 del Texto punitivo, imponga trabajos, con la conformidad del penado, que se alejen de actividades “de delitos de similar naturaleza al cometido por el penado”, verificando, con ello, el aspecto de la inocuización¹⁸⁹. En los que no se busca corregir ni advertir sino el mantenimiento del orden social asegurando o garantizando al delincuente la neutralización del mismo. Alcanzando una finalidad similar a la conseguida por las penas privativas de libertad, obstaculizando la finalidad de prevención especial dirigida a la

¹⁸⁵ FARALDO CABANA/ PUENTE ABA, *Las penas privativas de Derecho...* op cit, pág 29.

¹⁸⁶ CHOCLAN MONTALVO, “Las penas privativas de derecho en la reforma penal”, *Actualidad penal*, 1997, pág 148; MIR PUIG, S, *Derecho penal. Parte general*. Ed Reppetor, Barcelona, 2001, pág 82; MORENO-TORRES HERRERA, R.M., en ZUGALDÍA ESPINAR, (Dir) *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs 52-53.

¹⁸⁷ GRACIA MARTIN en GRACIA MARTÍN, (Coord), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2006 págs 64-65; MORENO-TORRES HERRERA, en ZUGALDÍA ESPINAR, (Dir) *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs 53-54; LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996//2005 págs 20-21.

¹⁸⁸ AMOIO, E., “Motivazione della sentenza penale”, in *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, 1977, págs 181, 182. “ofrece un observatorio privilegiado que permite unir en diversos aspectos del proceso penal... a los parámetros de legalidad y razonabilidad”.

¹⁸⁹ VALEIJE ALVAREZ, “La reforma del régimen de accesoriadad penal. Especial referencia al Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de Código Penal de 2007” en ALVAREZ GARCÍA, (Dir), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág 207; GUTIERREZ CASTAÑEDA, *Las penas privativas de derechos políticos y profesionales. Bases para un nuevo modelo regulativo*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pgs, 404 y ss.

resocialización¹⁹⁰. No cabe pues, que la posibilidad de aplicación alternativa favorezca la naturaleza de esta pena concebida como un cajón de sastre, integrada por defecto, de aquellas sanciones que no pueden ser consideradas penas privativas de libertad o pecuniarias¹⁹¹. En las que, no obviando el contenido aflictivo de la sanción materializado en la exacción no remunerada de la fuerza de trabajo del condenado a la hora de proceder a la privación de una parte de tiempo libre y la restricción de su libertad ambulatoria¹⁹², el Juez ha de adoptar, como criterio rector de su elección o fijación en el marco de la alternitud, los criterios de gravedad del hecho y circunstancias del infractor¹⁹³. Respondiendo el Juez, al frágil equilibrio de la reacción del Estado por la irregular actuación que percibe el autor del ilícito penal como la respuesta proporcionada a su ataque a las normas que priman en una sociedad democrática, y a la posibilidad de erigirse como sanción que refleje el principio orientador de resocialización que enmarca la Constitución.

Conformando esta selección de magnitud y, dentro de ella, el trabajo concreto en beneficio de la comunidad fijado en la resolución de condena como supuesto más paradigmático, una forma de manifestación de cómo los fines de la pena no se encuentran circunscritos a la esfera del legislador, sino que extienden sus ramas a la individualización judicial de la pena. En las que las notas de resocialización se hallan presentes, no sólo en el marco de flexibilidad que encuadra la ejecución¹⁹⁴ que permite eludir las notas de marginalidad y exclusión propias de la privación de libertad en las que la inoquización o separación de la sociedad es el punto de partida, sino que al definir el Juez la mecánica sobre la que girarán los trabajos en beneficio de la comunidad¹⁹⁵ contribuye a dar un paso más en el camino de la resocialización. Se responde con esta alternitud a colmar el trabajo de individualización armónica por parte del órgano jurisdiccional, en el que

¹⁹⁰ En relación a las penas accesorias que el CP permite imponer junto a las penas principales han surgido voces que alertan de la posibilidad de convertirse en un obstáculo para la normal reintegración del sujeto en la comunidad social MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed Civitas, Madrid, 2011, págs 290-291; GRACIA MARTIN en GRACIA MARTÍN, (Coord), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág 84.

¹⁹¹ BLAY GIL, *Trabajo en beneficio de la comunidad. Regulación y aplicación práctica*, Atelier, Barcelona, 2007, pág 95-96; LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed Tecnos, Madrid, 1996, pág, 86.

¹⁹² CID MOLINÉ, “El trabajo en beneficio de la comunidad”, en CID/LARRAURI, (Eds), *Penas alternativas a la la prisión*, Ed Bosch, Barcelona, 1997, pág 107, 114; HIRSCH, *Censurar y castigar*, Ed Trotta, Madrid, 1998, pág 103.

¹⁹³ En este sentido, BRANDARIZ GARCIA, *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs 246-248; TORRES ROSELL, *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs 346-348. SSTS 493/2006, de 4 de mayo, y 264/2009, de 12 de marzo.

¹⁹⁴ Art 5.2 del Real Decreto 690/1996, de 26 de abril, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad que señala que “la ejecución de esta pena estará regida por un principio de flexibilidad a fin de hacer compatible en la medida de lo posible el normal desarrollo de las actividades diarias del penado con el cumplimiento de la pena impuesta. A tal efecto, cuando concurra causa justificada, podrá autorizarse por el Juez o Tribunal el cumplimiento de la misma de forma partida, en el mismo o diferentes días y en periodos mínimos de dos horas”.

¹⁹⁵ Dentro de la pauta legislativa de “podrán consistir en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas”. Art 49 del Código Penal.

resulta necesario rescatar la idea de inicio del capítulo de la individualización como el arte más fino del Juez, con la necesidad de profundos y variados conocimientos en diversos órdenes, plenamente presente en la selección de los trabajos en beneficio de la comunidad, en los que debe participar el Juez, no como mero instrumento de autorización tras la selección efectuada por los Servicios Sociales Penitenciarios¹⁹⁶ sino, por el contrario, como materialización de la necesidad de dar respuesta a la adecuada resocialización mediante la elección adecuada por parte del Juez sentenciador del trabajo en beneficio de la comunidad, que es fijada en la condena como alternativa a la pena de prisión¹⁹⁷.

La potencialidad preventiva de esta medida no ha sido adecuadamente aprovechada por el legislador, consciente, quizás, de la necesidad de “consolidar los recursos infraestructurales y humanos necesarios para su aplicación normalizada”¹⁹⁸, al resultar preciso articular mecanismos de coordinación y protocolización para que su puesta en práctica sea una realidad, como manifestación de la dependencia de la actuación conjunta y coordinada de distintas instituciones, quedando reducida su virtualidad práctica a tintes de marginalidad. No siendo extensibles a diferentes tipos penales en los que el legislador ha favorecido la alternatividad sino que, por el contrario, se prevén como alternativa a la multa o, en su caso, prisión en un grupo reducido. Son los ilícitos de violencia doméstica y de género, de robo y hurto de uso de vehículo a motor, y los delitos contra la seguridad del tráfico. Entendiendo la doctrina que su presencia únicamente se explica por la desproporción de la prisión y la convicción del legislador de la inidoneidad de la multa en este ámbito¹⁹⁹.

¹⁹⁶ En sentido contrario, MAGRO SERVET, “La ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad” en *Las penas alternativas y sus alternativas*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2005 pág 36, considera que la selección debe ser efectuada por los Servicios Sociales Penitenciarios, sin perjuicio de que su propuesta debe ser aprobada por el Juez o Tribunal sentenciador, argumentando que la falta de “organismo” que centralice la asignación de trabajo. Se corre el riesgo de que un mismo puesto de trabajo sea asignado a varios penados. Abogando, así mismo, por la dificultad para el Juez sentenciador de conocer los trabajos disponibles para el penado en su domicilio.

¹⁹⁷ En este sentido, MAGRO SERVET, “La ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad” en *Las penas alternativas y sus alternativas*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2005 pág 35, se ha recalado, por distintos operadores jurídicos, la necesidad de que tanto los escritos de calificación de la acusación, así como la resolución judicial, contengan los distintos elementos de la alternatividad. Necesidad basada en la interrelación de ésta sanción con el consentimiento del penado, de modo que, la ausencia de ésta última, no impida el cumplimiento de la sanción subsidiaria dentro del marco de la alternatividad.

¹⁹⁸ BRANDAIZ GARCÍA, “La pena de trabajos en beneficio de la comunidad” en FARALDO CAGAN/ PUENTE ALBA, (Dir) *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág 372.

¹⁹⁹ BLAY GIL, “El trabajo en beneficio de la comunidad como pena para la violencia familiar”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 19, 2007, pág 397 y ss; BRANDAIZ GARCIA, “La sanción de trabajos en beneficio de la comunidad como respuesta a la violencia de género”, en PUENTE ABA, (Dir), *La respuesta penal a la violencia de género*, Ed Comares, Granada, 2009, pág 213, y ss; TENA ARAGÓN, “La pena de trabajos en beneficio de la comunidad en los delitos de violencia de género” en MARTÍNEZ GARCÍA/VEGAS AGUILAR, *La ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad por los delitos de violencia de género*, de Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág 63 y ss.

SANCHEZ MELGAR efectúa una crítica, por la inoperancia de la medida: “demasiados ríos de tinta se han vertido en los últimos años sobre esta pena, algunas esperanzas se han frustrado y el desencanto se fue generalizando, puesto que, sin dejar de reconocer sus bondades teóricas, también fueron muchos los que advirtieron de las numerosas dificultades que en el orden práctico y para su efectividad habrían planteado en nuestro país...”²⁰⁰.

Con independencia de las críticas, estamos ante situaciones en las que el hecho es en esencia antijurídico pero la carcasa que lo envuelve, propicia una variabilidad sancionatoria en tanto una sola pena no responde al escenario de la culpabilidad. Una respuesta concreta determinada podría provocar una desproporción en la respuesta penal al hecho en sí misma, así como una inadecuación al marco de culpabilidad, en el que el legislador reconoce la necesidad de valoración de forma más cercana y concreta. Con ello, uno de los instrumentos de los que dispone el Juez a la hora de leer y ejecutar la partitura es la alternatividad en las penas fijada por el legislador. Medidas alternativas que integran un conjunto heterogéneo de mecanismos en los que no existe uniformidad al operar, ni con carácter general ni respecto de la pena que pretende evitar, y que incluso tienen diferente naturaleza jurídica²⁰¹.

Esta indeterminación en el concepto no ha impedido, en opinión de VILLACAMPA, la determinación de las alternativas políticas criminales a la prisión, que han de responder e incidir en la opción “hasta el punto de incluir la desformalización y despenalización, mecanismos que juntamente con estrategias sociales, económicas y educativas tenderían a contraer el campo de aplicación del Derecho penal”²⁰².

La alternatividad se manifiesta, pues, en dos momentos distintos: el primero, aparece en la fase previa de individualización, en el que el director de orquesta, el Juez, atendidas las variables o circunstancias concurrentes, ha de optar entre la aplicación de la pena de prisión o multa o magnitud tipificada por el legislador como sanción ante un hecho punible previsto en la legislación penal; y el segundo, al fijar Juez la condena correspondiente a un determinado hecho punible, analizadas las circunstancias concurrentes. Apareciendo una figura que afecta a la sanción objeto de la condena, en

²⁰⁰ Código penal comentado. Sepín, pág 373.

²⁰¹ DE LA CUESTA ARMENDIZ, “Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el proyecto de 1992” en *Política Criminal y Reforma Penal*, L.H. al Prof. Juan del Rosal, Madrid, 1993, pág 332.

²⁰² VILLACAMPA/ TORRES/ LUQUE, *Penas alternativas a la prisión y reincidencia: Un estudio empírico*, Ed Thomson Aranzadi, 2006, pág 16, las sanciones alternativas suponen la previsión de consecuencias jurídicas para el delito diferentes a la prisión, esto es, la previsión legal de penas no privativas de libertad.

sus efectos o en su existencia: la suspensión (habiéndose suprimido la sustitución)²⁰³. Con ello, se reconoce un ámbito de culpabilidad acorde con una nota musical más larga o una nota más corta, en un marco de antijuricidad inamovible. Un juego de notas que afecta directamente a otra pieza del juego: los fines de prevención general o especial, uno u otro en directa relación en la selección de la magnitud. En el que va a adquirir fuerza el peligro de valorar más allá del marco abstracto absoluto, con sus elementos de antijuricidad y culpabilidad y extrapolarse a las circunstancias personales del autor y del hecho, con el consiguiente peligro de doble valoración.

V.3.4 MARCO ABSTRACTO CONCRETIZADO

V.3.4.1 INSTRUMENTOS DE CONCRECIÓN

V.3.4.1.1 PENA SUPERIOR E INFERIOR EN GRADO

En un ejercicio de simplicidad, el Código penal español ha optado por una serie de normas que regulan, de forma general, la posición dentro del *iter criminis* partiendo como centro del “autor consumado”.

Puede ocurrir que en el hecho delictivo medie una serie de factores determinantes del aumento o disminución de la responsabilidad del agente no abarcadas por las mitades en las que se divide el marco penal, resultando preciso, por ello, otro instrumento proporcional que entre en juego atendiendo a la naturaleza temporal de la pena, con el consiguiente desbordamiento de los límites mínimo o máximo del marco abstracto absoluto²⁰⁴, mediante la materialización de la pena inferior en grado y la pena superior en grado. Un nuevo instrumento matemático que no puede dejarnos indiferentes, en la medida que provoca la aparición dentro de la operación de determinación de la pena de un nuevo marco penal: el marco abstracto concretizado sirviendo al Juez para desplazarse a la hora de valorar la gravedad del hecho y las circunstancias personales del autor como criterios

²⁰³ VILLACAMPA... *Penas alternativas...* op cit, pág 22. Las autoras entienden que la posibilidad de resurgimiento a la vida de la pena suspendida cuando se incumpla las condiciones, determina que la suspensión no tenga naturaleza de sanción, sino de renuncia condicionada a la pena.

²⁰⁴ En similares términos LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág 20.

para fijar la pena concreta armonizada.

Estos instrumentos matemáticos de dosimetría penal se configuran como una llamada de atención preventiva, con el doble carácter de: preventiva especial, en los supuestos de pena inferior en grado²⁰⁵, y de preventiva general²⁰⁶, en los supuestos de pena superior en grado, con el consiguiente peligro de exasperación de la sanción penal. Un reconocimiento, por parte del legislador, de los ajustados márgenes en los que se mueve el marco abstracto y, la necesidad, en determinados supuestos, de ampliar las aristas del mismo.

¿Cuándo entran en juego estos instrumentos matemáticos generadores de un nuevo marco? Para responder a la cuestión, se ha de retroceder a la clasificación antes mencionada y, a la finalidad perseguida, por esta herramienta de concretización pues, la determinación de la pena e individualización armonizadora no deja de ser un juego de marcos dentro del *percorso* dirigido a la pena concreta armonizada. En el que, cada marco, representa un momento dentro de la determinación de la pena. El primero, es el encaje general y más abstracto, manifestado por la verificación de los signos mínimos a valorar a la hora de imponer la pena: el injusto y la culpabilidad. El segundo, acreditado los elementos del tipo y la capacidad de culpabilidad del sujeto, nace de la necesidad de comenzar a reconocer las circunstancias que, en términos generales, se pueden dan en la historia del acto delictivo. Para ello, aleja las posibles dudas de la racionalidad de la decisión, optando el legislador por un doble instrumental matemático: la división del marco en dos mitades y la creación de un nuevo marco (abstracto concretizado) al desbordar las aristas de los máximos o mínimos del marco abstracto absoluto. En el que utilizándose como guía y límite la culpabilidad, el nuevo marco se proporciona a la mayor o menor responsabilidad en referencia al autor y la consumación como ejes.

En el marco abstracto concretizado, el legislador veta la posibilidad de libre selección al órgano jurisdiccional en el ejercicio de un estricto cumplimiento del principio de legalidad, teniendo lugar, con carácter discrecional o preceptivo cuando la ley lo prevea²⁰⁷, la elevación de la pena o la

²⁰⁵ En términos de prevención especial positiva, la pena cumple la finalidad de advertencia al individuo, de educación a fin de alcanzar la reinserción social.

²⁰⁶ La prevención general, manda un aviso o advertencia a la sociedad, técnicas de publicidad con destino a la sociedad. No obstante, el fin de la pena superior en grado, la prevención general puede compartirse con los fines de prevención especial negativa, esto es, el de proteger a la sociedad contra quienes cometan los delitos, la inocuización.

²⁰⁷ Dentro de la parte artística o parte general: la provocación, conspiración, o proposición (cuando la ley lo prevea 141, 151, 168, 269, 304, 373, 477, 488, 519, 548, 553, 578, 585), pena inferior en uno o dos grados; la tentativa (62), pena inferior en uno o dos grados; la complicidad (63), pena inferior en grado; atenuante muy cualificada o dos o mas

degradación de la misma mediante la pena superior o inferior en grado. Con justificación de su uso

atenuantes (66.1.2º), pena inferior en uno o dos grados; dos o más agravantes y sin que concurra circunstancia atenuante podrá llegar a aplicar pena superior en grado (66.1.4); agravante de reincidencia con la cualificación de haber sido condenado ejecutoriamente tres veces, que puede llegar a la pena superior en grado (66.1.5); agravantes y atenuantes con la cualificación de persistir la atenuante, aplicación de la pena inferior en grado (66.1.7); eximentes incompletas (68), se impondrá pena inferior en uno o dos grados.

En la parte especial: Homicidio, serán castigados con pena superior en grado en atención a la concurrencia de determinadas circunstancias (138.2); Eutanasia se impondrá pena inferior en uno o dos grados (143.4); Maltrato de obra en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho podrá imponer pena inferior en grado (153. 4); Secuestro, se impondrá pena superior en grado o inferior, según concurren las circunstancias del art 163. 3 o 163.2 (164); delitos de detención ilegal o secuestro cometido por autoridad o funcionario, puede llegar a la pena superior en grado (167); Amenazas de un mal constitutivo de delito contra grupo, se impondrá pena superior en grado (170); Amenazas de un mal no constitutivas de delito frente a personas incluidas en el artículo 173.2, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho podrá imponer pena inferior en grado (171.6); Coacción de modo leve en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho podrá imponer pena inferior en grado (172.2 in fine); Trata de seres humanos, se impondrá pena superior en grado (177 bis. 4) y del mismo precepto apartado 6, podrá elevarse a la inmediata pena superior en grado; Inducción o favorecimiento de la prostitución de un menor de edad se impondrá pena superior en grado cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el cuerpo legal (188); Corrupción de menores concurriendo violencia e intimidación se impondrá pena superior en grado (189); Delitos de corrupción en los negocios cuando revistiera especial gravedad, puede llegar a la pena superior en grado (286 quater); imprudencia grave en prevención de riesgos laborales, se impondrá pena inferior en grado (317); Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, teniendo en cuenta la gravedad, condiciones del culpable y finalidad perseguida podrán imponer pena inferior en grado (318 bis); Daños de especial gravedad o bienes de valor especialmente relevantes sobre bienes históricos, artísticos, científicos, cultural, o monumental, yacimientos arqueológicos, terrestres, acuáticos, podrá imponerse pena superior en grado (323.2); Subtipo agravado de los delitos contra los recursos naturales y medio ambiente, se impondrá pena superior en grado (327); Imprudencia grave de los delitos contra los recursos naturales y medio ambiente, se impondrá pena inferior en grado (331); Imprudencia grave de los delitos de incendio, se impondrá pena inferior en grado (358); Delitos contra la salud pública tipificados en los artículo 361, 362, 362 bis, 362 ter cuando concurren algunas de las circunstancias prescritas en la ley, se impondrá pena superior en grado (362 quater); Imprudencia grave de los delitos contra la salud pública, se impondrá pena inferior en grado (367); Delitos contra la salud pública en su vertiente drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas cuando concurren las circunstancias previstas en la ley, se impondrá pena superior en grado (369); a los jefes, administradores o encargados de la organización en delitos contra la salud pública en su vertiente drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, se impondrá pena superior en grado (369 bis); Subtipo agravado de delitos contra la salud pública en su vertiente drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, cuando concurren las circunstancias previstas en la ley, se impondrá pena superior en uno o dos grados (370); En situaciones de drogodependencia y acreditación de deshabitación en los delitos contra la salud pública en su vertiente drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, se podrá imponer pena inferior en uno o dos grados (376.2); En los delitos contra la seguridad vial, concretamente en los delitos tipificados en los arts 379, 383, 384, 385, en atención a la menor entidad del riesgo y demás circunstancias del hecho, se podrá rebajar la pena de prisión en un grado (385 ter); Subtipo atenuado, delitos relativos a la falsificación de documento público, a sabiendas hiciere uso o presentare en juicio, se impondrá pena inferior en grado (393); Falsificación del despacho telegráfico, a sabiendas hiciere uso para perjudicar a otro, se impondrá pena inferior en grado (394.2); Falsificación de documento privado, a sabiendas hiciera uso para perjudicar o presentare en juicio, se impondrá pena inferior en grado (396); Malversación, el reintegro o colaboración activa se impondrá pena inferior en uno o dos grados (434); Delitos contra la corona, la tentativa podrá imponerse pena inferior en grado (485); Delitos contra la corona coacción sin violencia o intimidación graves, se impondrá pena inferior en un grado (489); Delitos cometidos por los funcionarios contra la libertad individual, con la entrega de la persona del detenido, se impondrá pena superior en grado (529); Sedición, cuando no haya llegado a entorpecer de modo grave ejercicio de autoridad o no causado perpetración de delito grave, se impondrá pena inferior en uno o dos grados (547); Subtipo agravado de atentado contra la autoridad, se impondrá pena superior en grado (551); Desordenes públicos con allanamiento de morada y concurrencia de las circunstancias previstas en 1, 3, 4, 5, del 557 bis, se impondrá pena superior en grado (557 ter); De las organizaciones y grupos criminales, subtipo agravada cuando concurren dos o mas circunstancias se impondrá las penas superiores en grado (570 bis, 570 ter); Subtipo agravado de los delitos de terrorismo (573 bis. 3 y 4); Enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo idóneos para alterar gravemente paz o seguridad, podrá elevarse hasta la pena superior en grado (578); La difusión pública idónea para la comisión de los delitos de terrorismo, se impondrá pena inferior en uno o dos grados (579); Abandono voluntario de las actividades de Delito de terrorismo se podrá imponer pena inferior en uno o dos grados (579 bis); Delitos que comprometan la paz o la independencia del Estado, cuando no llegara a declararse la guerra, se impondrá la pena inferior en grado (590).

en la Parte general, en cuanto fija las reglas abstractas aplicables a cualquier supuesto en atención al grado de responsabilidad.

Las últimas reformas, experimentadas por el Código penal, han transformado este instrumento de naturaleza excepcional a un instrumento habitual de quiebra de la legalidad del tipo (marco) dando respuesta a las exigencias prevencionistas de la ciudadanía en la Parte especial. Si examinamos los cambios legislativos comprobamos que el uso del desbordamiento se ha ido centrando en el núcleo duro de los bienes jurídicos protegidos, relativos a la persona (vida, dignidad, libertad personal, libertad sexual), así como en la extensión que se ha ido produciendo en la órbita penal y a la que aludimos en el estudio de la política criminal (medio ambiente, patrimonio histórico, salud pública, seguridad nacional).

Con un marcado tinte de corrección de la realidad, en aquellos supuestos en los que, la rigidez de la previsión legislativa no permite jugar en el marco típico (al haber eliminado la alternatividad o la naturaleza facultativa que se adapta mejor al amplio espectro de las variables concurrente al hecho delictivo), admite, facultativamente, la creación de un nuevo marco inferior en grado, más acorde con la naturaleza del hecho o la gravedad del mismo y las circunstancias del autor (son los supuestos de amenazas leves y coacciones leves arts 171.6 y 172.2 in fine, respectivamente; delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros art 318; en las situaciones de drogodependencia y acreditación de deshabituación en los delitos contra la salud pública en su vertiente drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, se podrá imponer pena inferior en uno o dos grados art 376.2; la tentativa en los delitos contra la corona art 485). Una rápida lectura acredita el carácter preceptivo de las demás graduaciones de la pena hacia abajo de la Parte especial, en un intento de acotar el arbitrio judicial en la determinación de la pena.

La degradación de la pena prevista legislativamente se desarrolla en un solo grado o, en uno o dos grados. Este último caso queda reducido a: la eutanasia (art 143), a la drogodependencia en los delitos contra la salud pública (art 376), sedición, cuando no haya llegado a entorpecer de modo grave ejercicio de autoridad o no ha causado perpetración de delito grave (art 547), la difusión pública idónea para la comisión de los delitos de terrorismo (art 579), abandono voluntario de las actividades de delito de terrorismo (art 579 bis). En la elección realizada por el legislador ha entrado en juego criterios de proporcionalidad, valorando no sólo los bienes jurídicos atacados sino, también, la realidad delictiva desde la posición del autor. Siendo utilizado la rebaja de un grado en el resto de tipos penales.

La consecuencia de la aplicación de la pena inferior en grado, en relación a las circunstancias modificativas de la responsabilidad al provocar la aparición de un nuevo marco, ha llevado a algunos autores a distinguir entre circunstancias ordinarias, aquellas que dividen el marco abstracto absoluto pero no se desbordan de él (art 66. 1/3) y, las circunstancias extraordinarias, creadoras de un nuevo marco: marco absoluto concretizado.

Así mismo, se ha de tener presente que la pena inferior en grado se completa con el artículo 71, de modo que los tribunales no quedarán sujetos por las cuantías mínimas establecidas en la ley. Y se podrán hacer tantas graduaciones de la pena hacia abajo como faculte la ley, sin que se halle limitado por los mínimos establecidos para cada una de las penas.

Las consecuencias mas inmediatas se encuentran en la calificación del delito conforme a la pena previsto en el artículo 13 del Texto punitivo. Pues, él mismo estructura la conducta delictiva sobre la cualificación de la sanción, de modo que, será delito grave aquel que se sancione con pena grave (en atención este último, de conformidad con el artículo 33, a la naturaleza de la pena y su duración). Planteándonos si un delito que el legislador ha considerado grave por la imposición de una pena grave, podría llegar a ser sancionado con pena menos grave e incluso leve, pudiendo llegar a producirse una degradación del ataque real al bien jurídico. La sanción penal no deja de ser un reflejo de la realidad concurrente, son las circunstancias o variables del hecho delictivo las que acotan la determinación de la pena e individualización, por lo que una degradación de la pena como consecuencia de instrumentos de inferior en grado no supondría una transformación. Planteamiento que se ve reforzado con la desaparición de la clasificación bipartita de delitos y faltas.

En este sentido, la ordenación del Código penal sobre un sistema de penas autárquicas²⁰⁸ mantiene la identidad sancionadora, a pesar de los ascensos o descensos, pues, como ha señalado LLORCA ORTEGA, cuando el legislador ordena elevar o aminorar una pena determinada, lo hace en función de una mayor o menor culpabilidad en el agente²⁰⁹, sin perjuicio de que “todos estos sujetos y sus respectivas conductas revelan y condicionan una responsabilidad semejante, de índole

²⁰⁸ Tradicionalmente, sin embargo, la historia de la codificación española se ha basado en el sistema de escalas graduales, mediante la agrupación de las penas en tablas en atención a su naturaleza afín, dentro de las cuales los castigos aparecían ordenados de mayor a menor. Jerarquía que permitía que pena es superior y a qué pena era necesario acudir para ascender o descender el castigo.

²⁰⁹ La complicidad conlleva una culpabilidad menor que en la autoría. Así mismo la tentativa acredita una culpabilidad menor que la consumación.

parecido”²¹⁰, pero manteniendo el tipo delictivo.

En este punto, cabe preguntarse si la creación de un nuevo marco concretizado a razón de la rebaja en dos grados permite la creación de un nuevo marco consecuencia de la apreciación de la concurrencia de circunstancias atenuantes muy cualificadas o dos o más atenuantes, con la consiguiente degradación, nuevamente, de la pena en uno o dos grados.

La solución la hallamos en la prohibición de doble valoración, pues, si para formar el marco en uno o dos grados se analiza la conducta del reo, la motivación o la realidad del daño, estos factores no pueden volver a ser objeto de evaluación en caso de concurrencia de atenuantes o, posteriormente, en la determinación de la pena concreta. Con ello, difícilmente, se puede dar la posibilidad de rebajar grados más allá del segundo grado como conjunción del intrincado encaje de bolillos que la determinación de la pena supone.

En otros supuestos, la creación de un nuevo marco ha sido utilizado para reajustar los parámetros preventivos generales demandados por la sociedad. La exasperación preceptiva corrobora el mensaje, reservándose la naturaleza facultativa a los daños (art 323) de especial gravedad a bienes de valor histórico, cultural, científico o monumental; delitos de corrupción en los negocios cuando revistiera especial gravedad, pudiendo llegar a la pena superior en grado (art 286 quater); trata de seres humanos, a los encargados de la organización se le castigará con pena en su mitad superior que podrá llegar la inmediata superior en grado (art 177.6); enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo idóneos para alterar gravemente paz o seguridad, se impondrá la pena en su mitad superior que podrá elevarse hasta la pena superior en grado (art 578). El resto de los supuestos en los que se prevé el desbordamiento de la arista máxima del marco, a raíz de un subtipo agravado, se efectúa de forma imperativa.

¿Cómo se lleva a cabo el cálculo? La premisa de la que debemos partir, y una de las diferencias con el Código penal de 1973, se centra en el no cambio de naturaleza de las penas a imponer ²¹¹, ocasionada por la subida o bajada en la determinación de la pena.

²¹⁰ LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág 43, tal y como sostiene el autor este elemento común o análogo entre conductas de distinta intensidad, pero vinculadas a un mismo delito, conlleva la imposición de penas de la misma naturaleza, aunque de menor o mayor extensión.

²¹¹ Como ha señalado, MOLINA BLAZQUEZ, *La aplicación de la pena*, Ed Bosch, Barcelona, 2002, pág 59, nota 2, la determinación de la pena conforme a las reglas del Texto punitivo de 1973, suponía una transformación en las penas a imponer.

La desaparición inicial de las penas indivisibles con el Código penal de 1995 dejaba el catálogo de sanciones en unidades temporales con un máximo y un mínimo, de naturaleza divisible²¹², posibilitando la elevación y degradación de la pena. De modo que, el cálculo de la pena inferior o superior en grado se efectúa de la misma forma para: la pena de prisión, la pena de inhabilitación absoluta o especial, las penas de privaciones o prohibiciones, la multa y la localización permanente, al tratarse en todas ellas de una sencilla operación matemática sobre la unidad temporal.

Calculo que “sí se desprende claramente del tenor literal del propio artículo 70 del nuevo Código penal, cuando establece que las penas superiores o inferiores en grado se formarán partiendo de las cifras máximas o mínimas señaladas por la Ley para el delito de que se trate, y precisamente, estas cifras se integran en la nueva pena constituyendo su punto de arranque o de llegada a su punto máximo, de tal manera que el máximo de la pena inferior coincide con el mínimo de la pena superior”²¹³. Esto es, la simplicidad de la operación matemática ocasionaba la coincidencia de los límites²¹⁴, no siendo posible conocer si, a título ejemplificativo, la pena de tres años de prisión por tráfico de drogas era el máximo de la señalada para las sustancias que no causen grave daño a la salud o, el mínimo de las que sí causan grave daño a la salud. Situaciones éstas que a nivel práctico podían influir en el riesgo de solapamiento²¹⁵ y que fueron solventadas por la reforma de 2003 con el incremento del límite mínimo de la pena inferior en un grado en un día o día

²¹² En el mismo sentido LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág 44; STS de 9 de febrero de 1990 declara que se “ha abandonado el criterio de establecer un tracto sucesivo entre las diferentes clases de penas privativas que existían en el antiguo CP, si bien más con carácter nominal que efectivo. Ahora se sigue el sistema de tramos que confluyen en un determinado punto de llegada o de partida de la pena de prisión. Así se desprende claramente del tenor literal del propio artículo 70 del nuevo Código penal cuando establece que las penas superiores e inferiores en grado se formarán partiendo de las cifras máximas y mínimas señaladas por la ley para el delito de que se trate, y precisamente esas cifras se integran en la nueva pena constituyendo su punto de arranque o de llegada a su punto máximo, de tal manera que el máximo de la pena inferior coincide con el mínimo de la pena superior”.

²¹³ STS 19 de enero de 1998.

²¹⁴ En este sentido, se planteó, como sostiene LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág 46, dos soluciones: haciendo coincidir el suelo de la pena superior con el techo de la pena inferior, o, una segunda opción, estimar como suelo de la nueva pena el techo de la pena base añadiéndole una unidad, (un día en las temporales, un euro en las multas proporcionales).

²¹⁵ La coincidencia entre el suelo de la pena superior y el techo de la inferior no facilita la diferenciación sancionatoria de las formas de ejecución, subtipos agravados o atenuados (cuando se determina por pena inferior o superior), de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, en definitiva, aquellas divergencias del desvalor tipo que provocan una adaptación penológica mediante pena inferior o superior. Y no facilita la diferenciación en tanto que existe una coincidencia que permite encuadrarlo en dos situaciones distintas: la pena de tres años de prisión por tráfico de drogas era el máximo de la señalada para las sustancias que no causen grave daño a la salud o, el mínimo de las que sí causan grave daño a la salud. En el mismo sentido, LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág 46.

multa y en la reducción de un día o día multa²¹⁶. Sin excepcionar que el límite de inferior de la pena superior en grado incluye el límite superior de la pena base como punto de partida²¹⁷.

Ha olvidado nuestro legislador la naturaleza no divisible de la multa proporcional, al no operar sobre unidades temporales sino económicas, mientras que los instrumentos de dosimetría penal son esencialmente temporales, desplazándose o desbordando las aristas del marco sancionador.

La diferencia entre las unidades temporales (como criterio rector del catálogo de clasificación de las sanciones penales, art 33 del CP) y las unidades económicas, puede reducirse si atendemos a la esencia de la cuantificación: la numerología, en tanto no dejamos de cifrar en números (dígitos matemáticos) los datos aportados por el desvalor de la acción o desvalor del resultado del hecho delictivo. Si dejamos de un lado la naturaleza temporal de uno y la naturaleza económica de otro, y nos limitamos a la idea de la cuantificación, cabe la aplicación analógica de las reglas superior en grado e inferior en grado a las multas proporcionales, concretamente, a los tantos por cientos que forman el marco punitivo del daño ocasionado o del beneficio obtenido o pretendido²¹⁸, sobre el que será posible realizar la elevación o degradación de la pena. En este sentido, el artículo 376 prevé una degradación de la pena en uno o dos grados respecto a los delitos contra la salud pública en su versión de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Pongamos como ejemplo el delito de drogas que no cause grave daño a la salud sancionado con pena de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en atención al valor de la droga. Si el valor de la droga objeto del delito fuera de 6.000 €, el marco de la multa proporcional sería de 6.000 a 12.000 €. La rebaja de un grado genera un marco de multa proporcional de 3.000 a 5.999 €. La disminución de dos grados da como resultado un marco de multa proporcional de 1.500 € a 2.999 €. Sin perjuicio de la conjunción de la pena que veremos más adelante.

Continuando con el estudio de las circunstancias en las que se desenvuelve la aplicación de

²¹⁶ Siguiendo, como ha manifestado LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la penal*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág 46, el criterio tradicionalmente empleado por la Jurisprudencia, facilitando la individualización de la pena llevada a cabo por el órgano jurisdiccional.

²¹⁷ MOLINA BLAZQUEZ, *La aplicación de la pena*, Ed Bosch, Barcelona, 2002, pág 59, nota 1; también STS 9 de febrero de 1998.

²¹⁸ En el mismo sentido, Acuerdo de TS de 22 de junio de 2008 “En los casos de multa proporcional la inexistencia de una regla específica para determinar la pena superior en grado impide su imposición, salvo lo establecido para las reglas específicas para algún tipo delictivo. El grado proporcional de la multa proporcional, sin embargo si podrá determinarse mediante la aplicación analógica de la regla prevista en el artículo 70 del CP, la cifra mínima que se tendrá en cuenta en cada caso, será la que resulte una vez aplicados los porcentajes legales”.

la pena inferior/superior en grado, se ha de tener en cuenta que las sanciones aplicadas alternativamente plantean la cuestión de la pena base sobre la cual operar; concreción que ha de realizarse por el órgano juzgador²¹⁹. En estos casos, el arbitrio judicial es más dilatado que en otros en los que se establezca un marco punitivo con una sola sanción, pues el Juez podrá optar dentro del marco entre la naturaleza de la sanción: prisión o multa, multa o inhabilitación, prisión o inhabilitación, y dentro de la sanción la cuantificación de la misma. Constituyendo el desvalor de la acción y/o desvalor del resultado, así como la culpabilidad, los criterios que determinarán un extremo u otro del marco.

Como ejemplo, podemos señalar el artículo 258 Bis del CP: *”Serán castigados con una pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a veinticuatro meses, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, quienes hagan uso de bienes embargados por autoridad pública que hubieran sido constituidos en depósito sin estar autorizados para ello”*. Si la determinación de la pena efectuada por el Juez del marco abstracto se reconduce por la prisión, el marco a partir del cual se puede formar el marco abstracto concretizado por aplicación del mayor o menor desborde de la arista como reflejo de la mayor o menor antijuricidad o culpabilidad, es el de prisión de tres años a 6 meses, dando lugar a un marco de 6 años menos un día a 3 meses (en aplicación de la pena inferior en grado), o un marco de 4 años y medio a 3 años y un día (en aplicación de la pena superior en grado).

Por el contrario, un desvalor más atenuado o culpabilidad de carácter menor dirigen la determinación de la pena hacia el marco base conformado por la pena de multa de 6 a 24 meses. La aplicación de la pena inferior en grado nos da como resultado un marco de 3 a 6 meses menos un día. La elevación de la pena en un grado provoca el desplazamiento al marco abstracto concretizado de 24 meses y un día a 36 meses.

Con todo ello, no dejamos de ser conscientes del peligro de la doble valoración, con una mayor presencia de este riesgo en los supuestos de alternatividad legal. En estos casos, el Juez no se limita a constatar la presencia del injusto y de la culpabilidad sino que, ha de realizar una elección con criterios difícilmente separables de los que conducen a la concreción del marco abstracto absoluto destinada a facilitar la sanción adecuada al grado de participación o desarrollo (*marco abstracto concretizado esencial*), o la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la

²¹⁹ En el mismo sentido, LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la penal*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág 50, Tribunal ha de elegir en pleno arbitrio, la pena adecuada.

responsabilidad (*marco abstracto concretizado pseudoesencial o accidental*).

¿Qué ocurre cuando la sanción penal es de naturaleza conjunta? Es decir, el marco punitivo sanciona la figura penal con más de una pena del catálogo sancionador. En estos supuestos, la elevación o degradación de la penalidad ha de ser pareja, abarcando “a todas las sanciones individuales asociadas al tipo penal”²²⁰, modulándose al mismo nivel de intensidad o de gravedad. La pena es una representación del desvalor (de acción y/o de resultado) del hecho delictivo por lo que no cabe una disgregación punitiva que refleje cada sanción una realidad distinta²²¹.

Pues, como ha señalado la Jurisprudencia, el criterio del art. 70 CP para incrementar o disminuir la pena es imperativo y rige por encima de la voluntad de las partes. “Si se acuerda bajar una penalidad, las penas posibles que integran la nueva penalidad deberá descender su gravedad en los términos estrictos previstos en el artículo mencionado”²²². Esta regla imperativa o “fuera de

²²⁰ STS 591/2003, de 15 de abril.

²²¹ En parecidos términos, LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la penal*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág 44, tal y como sostiene el autor, se excluyen del margen de los ascensos y descensos las consecuencias jurídicas y las penas accesorias.

²²² STS 200/2012 de 20 de marzo “El Ministerio Fiscal calificó definitivamente los hechos como constitutivos de un delito de falsificación de moneda del art. 386-2 y solicitó la imposición de la pena de 2 años de prisión, pena que suponía el mínimo en la rebaja en dos grados de la pena prevista en el párrafo 1 del art. 386 -8 años a 12 años prisión-, y multa de 5.600 €, con 60 días de responsabilidad penal subsidiaria. Pena equivalente al tanto del valor aparente de la moneda falsificada que se corresponde con la mínima del tipo previsto en el párrafo primero.

Por tanto, la sentencia recurrida al imponer la pena de dos años de prisión y multa de 5.600 euros ha rebajado en dos grados la pena privativa de libertad, pero no ha realizado tal degradación en cuanto a la pena pecuniaria al ser 5.600 euros el valor aparente de la moneda que poseía.

Pues bien, esta Sala en reiteradas ocasiones -por todas STS 1240/2009, de 2-12, ha precisado que en las penas conjuntas el aumento o disminución del grado de la pena debe alcanzar a la totalidad de ella, privación de libertad y multa (STS 20 de diciembre de 1983, 22 de enero de 1986, 1808/92, de 21 de junio). Esta reducción de su cuantía también afecta a las penas de multa fijadas con arreglo a un criterio proporcional, conforme se entendió en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala celebrado el 22-7-2008 en el cual se afirmó que el grado inferior de la pena de multa proporcional podía determinarse mediante una aplicación analógica de la regla prevista en el art. 70 CP. La cifra mínima que se tendría en cuenta en cada caso será la que resulte una vez aplicados los porcentajes legales”.

“En el mismo sentido la STS 750/2009, de 13 de junio, señaló que la idea definitiva es que el Fiscal y las partes puedan alcanzar cualquier acuerdo, siempre que la penalidad acordada se acomode a los cánones dosimétricos imperativamente establecidos en el código.

En caso de penas conjuntas, si se aumentan o rebajan lo hacen todas ellas, esto es, la penalidad prevista en el precepto abarca a todas las individuales sanciones asociadas al tipo penal. Dentro de cada marco penológico las penas pueden moverse del modo que las partes tengan por conveniente, pero si se suben o bajan no pueden hacerlo sí y otras no, manteniendo distintos niveles de gravedad. Cuando se sube o baja la pena uno o dos grados las nuevas magnitudes dosimétricas encierran como en un comportamiento todas las penas previstas por la ley al mismo nivel de gravedad o intensidad (por todas STS 591/2003, de 15-4). Por tanto, la sentencia recurrida al imponer la pena de dos años de prisión y multa de 5.600 euros ha rebajado en dos grados la pena privativa de libertad, pero no ha realizado tal degradación en cuanto a la pena pecuniaria al ser 5.600 euros el valor aparente de la moneda que poseía.

Pues bien, esta Sala en reiteradas ocasiones -por todas STS 1240/2009, de 2-12- ha precisado que en las penas conjuntas el aumento o disminución del grado de la pena debe alcanzar a la totalidad de ella, privación de libertad y multa (STS 20-12. 83, 22 - 1 - 86, 1808/92, de 21-7). Esta reducción de su cuantía también afecta a las penas de multa fijadas con arreglo a un criterio proporcional, conforme se entendió en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala celebrado el 22-7-2008 en el cual se afirmó que el grado inferior de la pena de multa proporcional podía determinarse

disposición de la parte” se encuadra en la colectividad de la pena, pero no afecta al carácter facultativo o preceptivo de la elevación de la pena o de degradación.

Colectividad que se proyecta sobre cada una de las penas principales que componen el tipo delictivo y en la misma intensidad. Especialmente significativo es la previsión legislativa de un grado preceptivo y un segundo grado facultativo, en el que el descenso o ascenso de la penalidad ha de ir parejo. En este sentido, podemos tomar como ejemplo el delito de alzamiento de bienes, sancionado con “*las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses*”²²³.

La presencia de una atenuante muy cualificada en el delito genera el desbordamiento de la arista mínima del marco base en un o dos grados. El primer grado es preceptivo, estando el Juez obligado a realizar la operación de disminución (el marco resultante de la degradación de la pena en un grado es: prisión de 6 meses a 1 año menos un día y multa de 6 a 12 meses menos un día). El segundo grado (el marco resultante de la degradación de la pena en dos grados es: prisión de 3 a 6 meses menos un día y multa de 3 a 6 meses, menos un día) tiene naturaleza facultativa dentro del sistema de dosimetría penal. Su aplicación, por ende, queda condicionada por una menor antijuricidad o culpabilidad y una mayor necesidad de prevención especial en atención a las circunstancias concurrentes (atenuante muy cualificada), exigiendo una dosis de motivación más intensa acorde a la discrecionalidad otorgada por el legislador.

Es importante no olvidar la necesaria individualización a la hora de efectuar la elevación o degradación de grado. Individualización, que se extiende a todos los intervinientes. Como consecuencia de ello, la penalidad conjunta a la que se ha hecho referencia en párrafos anteriores esta dotada de las particularidades circundantes a cada uno de los sujetos intervinientes, trayendo a la resolución judicial tantas condenas como personas actúen, en las que ha de valorar individualmente la oportunidad de aplicar la pena inferior en grado o superior en grado en uno o dos grados, provocando una pena concreta armonizada distinta por cada actor principal o secundario dentro del hecho delictivo. Esta individualidad en el tratamiento tiene una de sus manifestaciones en

mediante una aplicación analógica de la regla prevista en el art. 70 CP. La cifra mínima que se tendría en cuenta en cada caso será la que resulte una vez aplicados los porcentajes legales.

En el mismo sentido la STS 750/2009, de 13 de junio, señaló que la idea definitiva es que el Fiscal y las partes puedan alcanzar cualquier acuerdo, siempre que la penalidad acordada se acomode a los cánones dosimétricos imperativamente establecidos en el código”.

²²³ Art 257 del CP.

las circunstancias modificativas de la responsabilidad, donde la naturaleza personal o material de las circunstancias colma su incomunicabilidad o su conexión a los que tuvieran conocimiento²²⁴.

Esta penalidad conjunta, nos lleva a cuestionarnos ¿qué ocurre en los supuestos de combinación de una pena privativa de libertad y de una pena de multa proporcional? O, lo que lo mismo, la conjugación de una pena divisible y de una pena indivisible absoluta e inflexible, reservada a delitos más graves²²⁵.

La pena es una privación (de libertad, de derechos o económica) asociada a una unidad temporal proporcionada a la culpabilidad. Este equilibrio temporal, se diluye en los dos supuestos de indivisibilidad reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico: la multa proporcional y la prisión permanente revisable.

El sistema de penas en el ordenamiento español se centra en la divisibilidad como unidades temporales que permiten cuantificar el grado de gravedad del hecho delictivo; la multa proporcional, por el contrario, se centra en presupuestos económicos: el daño ocasionado y el beneficio obtenido o pretendido.

La aparición de la multa proporcional y de la prisión permanente revisable en el elenco sancionador nos hace preguntarnos sobre la compatibilidad de la pena superior e inferior en grado con estas penas indivisibles.

Ya hemos visto la aplicación analógica que se da en la **multa proporcional** de las reglas matemáticas para elevar o degradar la pena. Ello permite que las reglas de penalidad conjunta, con el matiz de subida o bajada en bloque, así como el mantenimiento del bloque penológico en caso de aplicación facultativa en más de un grado tenga plena vigencia en la multa proporcional.

A título ejemplificativo nos podemos centrar en el art 319 del CP: “*Se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será*”

²²⁴ Art 23 del Texto Punitivo.

²²⁵ GALLEGO DIAZ, *El sistema español...* op cit, pág 368, las penas indivisibles, sostiene el autor, suelen ir acompañadas de otras penas.

del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección”.

En este caso, la degradación de la pena del marco base conllevaría la creación de un nuevo marco conformado por: prisión de 9 a 18 meses menos un día, multa de 6 a 12 meses menos un día, salvo que el beneficio obtenido (pongamos como ejemplo 200.000 €: marco de 200.000 a 600.000 €) sea mayor, en cuyo caso se impondrá multa proporcional de 100.000 a 199.999 €, e inhabilitación especial para profesión u oficio de 6 meses a 1 año menos un día.

La elevación de la pena del marco base provocaría un nuevo marco conformado por: prisión de 4 a 6 años, multa de 24 a 36 meses, salvo que el beneficio obtenido (pongamos como ejemplo 200.000 €: marco base de 200.000 a 600.000 €) sea mayor en cuyo caso se impondrá multa proporcional de 600.001 a 900.000 €, e inhabilitación especial para profesión u oficio de 4 años y un día a 6 años.

Sobre estos nuevos marcos habrá de operar el Juez para concretizar la pena como reflejo de la individualización armonizadora.

La **prisión permanente revisable**²²⁶ tiene como objetivo principal la incoincubación, y actúa como segregación social con el fin de aislar, de forma duradera, a quienes con sus actos suponen una amenaza para la sociedad y la paz social de la misma²²⁷. Con ello se pierde la imagen de eficaz proporción en la determinación de la pena y se asienta el ánimo ejemplarizante, mediante la

²²⁶ Se conforma como la respuesta legislativa a la sensación de inseguridad de la sociedad, en la que han influido el desencanto ideológico sobre la eficacia de la rehabilitación y los escasos y pobres resultados penitenciarios, así como los gastos económicos que conlleva el mantenimiento del sistema en una situación de crisis generalizada, así como la reincidencia de determinados delitos enfoca la preocupación de la sociedad hacia la “segregación punitiva”, en tanto se dirige a “aislar y apartar de la sociedad a quienes cometen los crímenes más graves”, como una forma de saciar “las exigencias punitivas de una sociedad educada en la venganza social”. Un camino que ya se inició con la reforma del artículo 78 del CP LO 5/2010, centrada en el cumplimiento íntegro de las condenas y que, a día de hoy, ha provocado la aparición, nuevamente en la escena punitiva de la cadena perpetua, denominada actualmente: la prisión permanente revisable. En el mismo sentido CERVELLO DONDERIS, *Prisión perpetua y de larga duración*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, págs 19, 25, 173 y ss.

²²⁷ CERVELLO DONDERIS, *Prisión perpetua...* op cit pág 20.

satisfacción de demandas populistas con tendencia a la neutralización. No encontrándose tradición en la historia de la codificación postilustrada, opuesta además a la consideración de la libertad como primer valor constitucional y negadora de la apuesta resocializadora de nuestra Constitución²²⁸. No obstante, la institución se halla presente en otros países europeos (Francia, Italia, Alemania) incluso ha obtenido el beneplácito TEDH, acorde con el art 3 del Convenio por el carácter real y efectivo de la posibilidad de revisión, con posibilidades reales de suspensión en el caso de que haya alteraciones positivas en el comportamiento del reo.

Hasta ahora, las posturas doctrinales y legislativas abogaban por la coexistencia simultánea de fines retributivos y resocializadores como componentes de control y neutralización del delincuente, impidiendo la comisión de nuevos delitos mediante y durante la inculpa. Pero, poco a poco, se ha ido recuperando la idea de aislamiento y segregación social como instrumento y objetivo de la prisión²²⁹. Respondiendo a la tendencia preventiva general que impera en la sociedad, la necesidad de atemorizar mediante el uso de la prisión a quien realiza la acción delictiva, como medio para “reforzar el sistema punitivo”.

Si bien es cierto que la Exposición de Motivos no renuncia a la reinserción del penado siempre que cumpla una parte mínima, los requisitos dificultan la orientación del sistema penal a la reinserción.

El primer requisito para la revisión de la prisión permanente es el transcurso efectivo de 25 años, sin perjuicio de lo dispuesto en el art 78 bis que lo amplía a 35 años (en los ordenamientos europeos se acogen a un máximo de 30 años con un mínimo revisable de 18 años). Revisión que no le devuelve a situaciones de plena libertad sino a periodos de libertad condicional siempre que se cumplan el resto de las exigencias legales. Se parte, como han sostenido diversos autores, de una situación legal de prisión permanente, de cadena perpetua.

El segundo requisito precisa que se halle en tercer grado penitenciario (con mínimos de cumplimiento de 18, 20 y 22 años en atención al mayor desvalor de la acción o desvalor del resultado²³⁰, en caso de delitos de terrorismo se amplía a los 35 años).

²²⁸ CARBONEL MATEU, “Prisión permanente revisable I (art 33, 35) en *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, Ed Tirant lo Blanch, 2015, pág 197.

²²⁹ CERVELLÓ DONDERIS *Prisión perpetua...* op cit pág 18.

²³⁰ El legislador, en atención al mayor desvalor de la acción o del resultado, ha propiciado una respuesta punitiva progresiva, valorando la concurrencia de la pena de prisión permanente revisable con la cuantificación del número de

Requisitos que necesariamente han de haberse cumplido para emitir un pronóstico favorable de reinserción social.

Superado todo esto, el penado pasaría a la situación de libertad condicional. La suspensión de la pena tendría una duración de 5 a 10 años computados desde la puesta en libertad del penado, debiendo el Tribunal verificar cada dos años, al menos, el cumplimiento de la libertad condicional del penado, con la posibilidad de fijar un plazo menor (de un año).

Es una excepción al sistema de penas, al no estar formada por un mínimo y un máximo, arrastrando un contenido cerrado y único. Suscitando problemas a la hora de determinación de la pena, fundamentalmente, en el desbordamiento de las aristas por una menor antijuricidad o culpabilidad manifestado en el grado de participación, de ejecución y la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad. Lo que ha obligado al legislador a brindar al órgano jurisdiccional una ficción legal ante una pena indivisible en el mínimo: un marco punitivo temporal a fin de realizar la operación de dosimetría penal de inferior en grado (y, sin embargo, ha creado un máximo y un mínimo que no coincide con el mínimo a cumplir)²³¹.

En relación a las operaciones matemáticas de formación de la pena superior e inferior en grado hay que aclarar la taxitividad del cálculo. El procedimiento para la determinación de la pena inferior en grado se establece a través de las reglas contenidas en el artículo 70 del Código Penal²³².

años de imposición de otras penas, con el que el legislador ha considerado el incremento de peligro a otros bienes jurídicos, así como aumento de la peligrosidad. La tarificación del alcance de la progresión del 3^a grado en base al castigo efectivo por el hecho cometido, dificulta claramente la reinserción del penado. Podemos decir que, nos hallamos ante “una remota posibilidad” de reinserción ante determinados hechos delictivos, primando la retribución frente a la prevención.

²³¹ CERVELLÓ, “Prisión permanente revisable II, art 36” en *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, Ed Tirant lo Blanch, 2015, pág 206. Se recoge en el listado de penas, pero no se trata de una pena con contenido propio, regulado y diferenciado, sino que se ha convertido en una privación de libertad de duración indeterminada, sometida a un proceso de revisión por el mismo Tribunal Sentenciador. Esta total falta de sistemática obliga a una continua búsqueda de preceptos relacionados con la misma. Con condiciones específicas de acceso a los permisos de salida, tercer grado y libertad condicional, al condicionarse su ejecución por un continuo bloqueo a eventuales salidas de prisión. Se trata de una pena privativa de libertad grave, de naturaleza excepcional para supuestos de extrema gravedad (asesinato cualificado, la muerte del Rey o el heredero, la muerte por atentado terrorista, la muerte de Jefe de Estado extranjero o persona internacionalmente protegida por Tratado; y muerte, agresiones sexuales o lesiones graves de una persona en delitos de genocidio, y crímenes de lesa humanidad). Pena preceptiva para el juez, nunca facultativa.

²³² Artículo 70.1 del C.P “la pena inferior en grado a la prevista por la ley para cualquier delito tendrá la extensión resultante de la aplicación de las siguientes reglas: la pena inferior en grado se formará partiendo de la cifra mínima señalada para el delito de que se trate y deduciendo de ésta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo. El límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la ley para el delito de que se trate, reducido en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer”.

La pena inferior en grado supone la creación de un nuevo marco penal frente al marco penal base²³³, comprendido entre su límite mínimo menos un día, que ahora pasará a ser el límite máximo, y el nuevo límite mínimo que vendrá determinado por la cuantía resultante de la deducción de la mitad del límite mínimo de la pena base. Esto es, el nuevo marco penal es fruto de dos operaciones aritméticas: la primera, se ha de dividir entre dos el límite mínimo de la pena base y la segunda: la cantidad resultante de la división anterior se ha deducir del límite inferior para formar, a su vez, el límite mínimo de la nueva pena²³⁴.

En los supuestos que ha de aplicarse la pena inferior en dos grados se repetiría la operación, tomando como base la obtenida anteriormente como pena inferior en un grado (no olvidar la naturaleza facultativa de la rebaja de la pena en dos grados, atendiendo a la confluencia y naturaleza de las circunstancias atenuantes o en palabras del propio Código Penal: “número y entidad”, siempre que no concurren circunstancias agravantes). Conformando, de este modo, la nueva o definitiva pena base de la pena inferior en dos grados, el marco sobre la que se procedería a la fase final de la individualización por parte del Juzgador.

A título ejemplificativo, se ha de aludir a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2003, apreciándose la existencia de dos atenuantes ordinarias: la atenuante de embriaguez del artículo 21.1º en relación con el artículo 20.2º del Código Penal, y la atenuante de auxilio a la víctima como analógica. Correspondiendo, al juicio del Tribunal, imponer la pena inferior en dos grados respecto a la pena base del delito de homicidio imprudente. Esto es, el marco penal base se conforma por la pena de prisión de 1 a 4 años²³⁵. La pena inferior en un grado queda fijada en 6 meses a un año menos 1 día de prisión; la pena inferior en dos grados sería, por ende, tres meses a seis meses menos un día. En este nuevo parámetro, se ha desplazar el Juez o Tribunal a la hora de imponer la pena concreta, teniendo en cuenta que, en la determinación de la pena inferior en grado, no quedan aquellos limitados por las cuantías mínimas señaladas en la ley para cada clase de pena, sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente, sin que ello suponga una imposibilidad para degradarlo a delito leve²³⁶. Esta “ausencia de límites”²³⁷ lo

²³³ GALLEGO DIAZ, “Procedimientos para la determinación de la pena superior e inferior en grado... op cit” pág 395.

²³⁴ SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código penal. Comentario y Jurisprudencia. Tomo I*, Ed Comares, Granada, 2000, pág 210.

²³⁵ El artículo 142 del CP, castiga como reo de homicidio imprudente al que ocasionara la muerte de otro por imprudencia grave, con la pena de prisión de 1 a 4 años.

²³⁶ El artículo 71 del CP añadía el párrafo 2: “no obstante, cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta, será, en todo caso, sustituida conforme a lo dispuesto en la sección segunda del capítulo III de este título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos que

diferencia de las operaciones de ascenso, pues en los casos de pena superior en grado se encuentran limitados por el apartado tercero del artículo 70 del C.P.

El procedimiento para la determinación de la pena superior en grado se establece también a través de las reglas contenidas en el artículo 70 del Código Penal. La pena superior en grado supone la creación de un nuevo marco penal frente al marco penal base²³⁸, comprendido entre el límite máximo del marco penal base más un día, que ahora pasará a ser el límite mínimo, y el nuevo límite máximo que vendrá determinado por la cuantía resultante de la suma de la mitad al límite máximo de la pena base.

Esto es, el nuevo marco penal es fruto de dos operaciones aritméticas: la primera, se han dividir entre dos el límite máximo de la pena base, y la segunda, la cantidad resultante se ha de incrementar al límite superior para formar, a su vez, el límite máximo de la nueva pena.

Finalmente, para concluir el estudio de este instrumento matemático es necesario indicar la posibilidad de aplicar la pena superior en dos grados de forma facultativa, mediante la reiteración de la operación descrita anteriormente.

V. 3.4.1.2 DIVISIÓN DE LA EXTENSIÓN INTERNA DEL MARCO.

El Código Penal no ofrece regla especial sobre la disección de la pena en dos mitades²³⁹, a

proceda". Tras la reforma experimentada por LO 1/2015, con la supresión de las faltas y la aparición en escena de los delitos, muchas cuestiones se han suscitado. DE LA MATA BARRANCO, "Las reglas de aplicación de las pena, (art 66, 66bis, 70, 71) en *Comentarios a la Reforma penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 285, sostiene, acertadamente, que si la legislación anterior no admitía la degradación a falta, en los supuestos de reducción cualitativa, Pues, si en las inhabilitaciones especiales, las suspensiones de empleo y cargo público, la multa proporcional, o la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones no estaban previsto la modalidad leve, en otras sanciones punitivas como las privaciones de derecho a conducir vehículo a motor o ciclomotor, o la tenencia o porte de armas, las prohibiciones de residir, acudir a determinados lugares o, de aproximarse o comunicarse con la víctima, la multa, la los trabajos en beneficio de la comunidad y la localización permanente, se hallaban previstas como consecuencias jurídicas punitivas de las faltas. Límites que se han difuminado tras la reforma por LO 1/2015, de forma que, una pena menos grave, cuando concurra algún factor que determine cualitativamente su rebaja en uno o dos grados (tentativa, complicidad, eximente incompleta, atenuantes muy cualificada, error de prohibición vencible) alcanzará la cuantía de la pena leve, degradándose a sanción leve.

²³⁷ GONZALEZ CUSSAC, *Comentarios al Código Penal...* op cit pág 407.

²³⁸ GALLEGOS DIAZ, "Procedimientos para la determinación de la pena superior e inferior en grado..." op cit, pág 395.

²³⁹ SALINERO ALONSO, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y el artículo 66*, Ed Comares, Granada, 2000, pág 62 considera que la omisión del legislador en este punto no es tan grave,

diferencia de lo que ocurre con la creación del nuevo marco llevado a cabo por las penas inferiores o superiores en grado.

Para formar las dos mitades habrá de sumarse al límite máximo de la pena su límite mínimo y dividir la cantidad resultante entre dos. Esta operación dará como resultado el punto medio de la extensión de la pena, de tal forma que el espacio de tiempo comprendido entre el límite mínimo y la mitad constituiría la mitad inferior y, el espacio de tiempo comprendido entre la mitad y el límite superior de la pena sería la mitad superior. Tomando como ejemplo el delito de homicidio castigado con penas de prisión de 10 a 15 años, sumamos los límites inferior y superior ($10+15=25$) y dividimos el resultado por dos ($25:2=12.5$), obteniendo el punto medio de extensión de la pena, situado en doce años y seis meses, de manera que la mitad inferior estaría formada por el periodo de tiempo entre los diez y doce años y seis meses, en tanto la mitad superior estaría conformada por el espacio temporal entre los doce años, seis meses y un día y los quince años.

Estas sencillas operaciones aritméticas no evitan el planteamiento de algunos problemas, tales como el solapamiento entre las dos mitades de la pena, esto es, la coincidencia entre el máximo de la pena que se puede imponer como mitad inferior y el mínimo de pena que puede imponer como mitad superior, así como el incremento o la reducción del día o día multa²⁴⁰. En este sentido, las dudas suscitadas se agravan al no aclarar el legislador la dimensión de los años y de los meses, respecto de los que se ha de aplicar, analógicamente, su conversión en días resultando 360 para el año y 30 para el mes. Así, la extensión de la pena está formada por años, meses e incluso días, lo que fuerza a convertir los años en meses o días en atención a las necesidades del caso concreto.

Tomemos como ejemplo el delito contra la propiedad intelectual del artículo 270 del CP que castiga el ilícito con la pena de prisión de seis meses a dos años. Resulta preciso convertir los años

al haber simplificado de manera evidente el sistema anterior que dividía la pena en tres grados, resolviéndose la actual cuestión mediante una sencilla operación aritmética. En este mismo sentido, CHOCLAN MONTALVO, *Individualización judicial de la pena...* pág 163 sostiene el carácter favorecedor respecto del texto originario del artículo 66 del CP, en relación a la función judicial de concreción del marco legal al abandonar la tradicional división de las penas en tres grados, en pos de una división bipartita de la pena, naturalmente divisible.

En contra, algunos autores como BELESTA SEGURA, “El artículo 66 del nuevo Código Penal y el arbitrio judicial”... op cit, pág 34, propone la recuperación de la división de la pena en tres grados (grado mínimo, medio y máximo) tal y cómo se había hecho en la codificación anterior, con las únicas salvedades de los Códigos Penales de 1822 y 1995, por considerarla más sencilla, facilitando, con ello, una ampliación del arbitrio judicial para poder rebajar la pena a la hora de individualizar la misma y limitar, seguidamente, este arbitrio judicial para aumentar la pena. Este sistema de grados resultaría compatible con el sistema de marco punitivo que establece el Código Penal actual para cada delito, frente al sistema de escalas graduales de los anteriores Códigos.

²⁴⁰ AYO FERNANDEZ, *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias*, citado por GALLEGOS DIAZ, M “Procedimientos para la determinación de la pena superior e inferior en grado...” op cit, pág 450.

en meses (2 años=24 meses) y sumar, a continuación, los meses correspondientes al límite inferior (6 meses) dividiendo entre dos el resultado (30 meses:2 =15 meses). De modo que, la mitad inferior oscilaría entre los seis meses y el año y tres meses (quince meses), y la mitad superior, entre el año y tres meses (quince meses) y los dos años.

Poniendo de manifiesto MAPELLI²⁴¹ la omisión del legislador a la hora de aclarar si nos encontramos ante dimensiones reales según la época del año en que se impone la pena o, por el contrario, debemos de partir de una ficción jurídica similar a la que se emplea en el ámbito de la multa previsto en el artículo 50.4 del CP²⁴².

La obtención de la mitad superior o inferior de la pena en aquellos supuestos en los que la extensión de la pena abarque días o días multa²⁴³ y su punto medio se fije en la mitad de estas unidades penológicas, por si indivisibles, refleja de un modo más claro la problemática estudiada. Las diversas posturas doctrinales se decantaron por dos opciones: la admisión del solapamiento entre los límites de ambas mitades o, por el contrario, la oposición a la misma. Dentro de ésta última, BOLDOVA PASAMAR, considera que “no es acorde con la voluntad de la ley admitir el solapamiento de las penas (...) las mitades correspondientes no terminarán ni empiezan en el mismo punto, para evitar que, in extremis, pueda recibir el mismo castigo quien acomete el mismo hecho concurriendo una atenuante (pena en su mitad inferior), que quien comete el mismo hecho concurriendo una agravante (pena en su mitad superior), puesto que no es esa la finalidad de la ley al distinguir ambos supuestos”²⁴⁴.

En este sentido, el legislador, a la hora de establecer la división de la pena en dos mitades, teniendo como objetivo o directriz la adecuación de la gravedad de la pena al hecho cometido en atención a la concurrencia o no de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, debió facilitar los mecanismos oportunos garantizando un correcto sistema fronterizo entre ambas

²⁴¹ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed Thomson, Madrid, 2011, pág 256.

²⁴² Art 50 del CP: “... a los efectos de cómputo, cuando se fije la duración por meses o por años se entenderá que los meses son de 30 días y los años de 360”.

²⁴³ Algunos autores se han mostrado favorable al solapamiento de los límites mínimos y máximos de la pena mitad inferior y de la pena mitad superior, respectivamente. Así, MIR PUIG, *Derecho General. Parte General*, Ed. Repertor, Barcelona, 2015, pág 201; en este sentido también, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pag 145 para el cual, la reforma experimentada por el Código Penal tras la LO15/2003 ha supuesto la recuperación decimonónica que había sido eliminada por el Código Penal de 1995, según la cual, la realización de la justicia parece depender de un sólo día de condena que diferencia la pena inferior de la superior, lo cual constituye la “máxima expresión del pensamiento simbólico retribucionista”. Evitando la coincidencia del máximo de la pena inferior en grado con el mínimo de la pena superior en grado mediante la diferenciación de un día.

²⁴⁴ BOLDOVA PASAMAR, *Lecciones de las consecuencias jurídicas*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág 200.

mitades. Sin embargo, en una lectura rápida de las reglas para la determinación de la mitad superior o inferior dentro del mismo grado, se constata que no se establece de modo expreso la separación formal entre mitades. La propia Fiscalía General del Estado tras reconocer, como filosofía subyacente la Ley Orgánica 15/2003, que se propicie la utilización de reglas análogas a las previstas para la separación de las pena superior e inferior en grado al objeto de distinguir entre la mitad superior e inferior dentro de un mismo grado, continúa, sin embargo, manifestando que “la inexistencia de previsión legal expresa unida a la complicación que para el sistema supondría asumir tal interpretación, que por lo demás no generaría ningún beneficio, ha de llevar a optar por entender que no es precisa la separación formal de mitades dentro del mismo grado”²⁴⁵. Para terminar negando la diferencia formal entre mitades del mismo grado, salvo “cuando devenga aplicable lo dispuesto en el artículo 70.2 del Código Penal: *<a los efectos de determinar la mitad superior o inferior de la pena el día o el día multa se considerarán indivisibles y actuarán como unidades penológicas de más o menos, según los casos>*”. Es decir, si operamos por ejemplo con una pena de entre 15 y 50 jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad, la mitad inferior abarcaría de 15 a 32 jornadas y la superior de 33 a 50”.

Ahora bien, este precepto (el artículo 70 del Código Penal) no sólo afecta a la determinación de las penas superiores e inferiores en grado, sino que también, hace referencia a la determinación de la mitad superior e inferior de la pena mas no constituye en principio, una regla sobre la formación de las mitades de la pena.

La finalidad pretendida por el legislador es facilitar, meramente, las operaciones divisorias de la pena en aquellos supuestos en los que como consecuencia de las sucesivas operaciones de ascenso o descenso en aplicación del segundo inciso de las reglas del apartado 1 del artículo 70, se vea afectado por el incrementado o la reducción de un día o de un día multa²⁴⁶. No buscándose una identificación de las mitades penológicas con identidades matemáticas, de modo que resulta suficiente “dos espacios proporcionados y equilibrados, sin perjuicio de que cada uno de ellos pueda tener una diferencia de un día más o menos”²⁴⁷. Es más, la praxis judicial acredita la conciencia del juzgador en el peligro de solapamiento optando, en los supuestos de presencia de una atenuante, por aplicar la pena en la parte inferior de la mitad inferior, generando, con ello, una mayor distancia entre ambas mitades. No obstante, algunos autores alertan ante la ausencia de la obligatoriedad

²⁴⁵ Circular de la Fiscalía General del Estado, 2/2004, de aplicación de la Reforma del Código penal operada por la LO 15/2003, de 15 de noviembre.

²⁴⁶ GALLEGO DIAZ “Procedimientos para la determinación de la pena superior e inferior en grado... op cit, pág 751.

²⁴⁷ GALLEGO DIAZ, “Procedimientos para la determinación de la pena superior e inferior en grado... op cit pág 751.

jurídica de esta práctica judicial que puede dar lugar a una no correcta diferenciación entre un caso en que esté presente una atenuante y otro en el que concurran una o varias circunstancias agravantes²⁴⁸.

Pese a estas lógicas reticencias, creemos que la mera coincidencia de dos penas en un día no ha de poner necesariamente en peligro el principio de proporcionalidad, pues como ha manifestado CHOCLAN “debe limitarse claramente la individualización legislativa de la judicial y, desde este punto de vista, resulta evidente que no presenta idéntica significación agotar el máximo de la pena base que aplicar el mínimo de la agravada aunque la magnitud penal concreta resulte equivalente, pues la aplicación de la pena en la mitad superior o inferior se rige por criterios que deben ser explicitados por el Juzgador y resultan distintos de los elementos a valorar para determinar la imposición de la pena básica o superior en grado en los casos en que esta cuestión se remita a la decisión del Tribunal”²⁴⁹.

Con independencia de la complejidad implícita en el solapamiento de ambas mitades y, partiendo de la idea de crear dos espacios proporcionados y equilibrados, el legislador pretende ofrecer un abanico más amplio de posibilidades, al objeto de extrapolar el marco penal abstracto correspondiente del delito, materia de enjuiciamiento, a las exigencias de proporcionalidad y prevención general y prevención especial. Sin que ello suponga una quiebra del principio de seguridad por desembocar en un excesivo arbitrio judicial, toda vez que la amplitud de la potestad judicial en la individualización de la pena fijando la cuantía de la condena de un ilícito penal, se halla dentro de los parámetros del principio de legalidad, proporcionalidad o gravedad del principio del hecho.

La suspensión de la pena privativa de libertad conforma el mecanismo alternativo a la pena de prisión (y a otras penas privativas de libertad), en la que la ley, una vez aseguradas las finalidades preventivos-generales²⁵⁰ esencialmente de carácter intimidatorio y a través del establecimiento de límites cuantitativos y cualitativos a la pena susceptible y sustituible, renuncia a

²⁴⁸ CASTELLO NICAS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos*. Ed Comares, Granada, 2007, pág 108.

²⁴⁹ CHOCLAN MONTALVO, *Individualización judicial de la pena...* op cit, pág 135.

²⁵⁰ En sentido contrario, GARCIA ARÁN, *Fundamentos y Aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*. Ed Aranzadi, Pamplona, 1997, págs 42, 43. Favoreciendo la alternatividad en fase ejecutiva como manifestación de la renuncia a la prevención general y/o retribución, otorgándole un papel de mayor peso a la prevención especial.

la ejecución de ésta, mediante de la sumisión del condenado a un periodo de prueba cuando consideraciones de carácter preventivo especial así lo aconsejen²⁵¹.

Hasta la reforma de 2015 el legislador distinguía entre la sustitución de la pena (hoy desaparecida) y la suspensión, la primera intervenía en el plano objetivo, centrado en la gravedad del delito, la suspensión, en cambio, incide sobre el plano subjetivo de no reincidencia²⁵². Se adicionaba, en el plano de las diferencias, la incidencia de la aplicabilidad, al recaer la sustitución directamente sobre la existencia misma de la sanción. En la suspensión, en cambio, la alternatividad se halla atenuada, o incluso se podría hablar de alternatividad simbólica condicionada, permitiendo la posibilidad de “supervivencia” o retroactividad de la pena suspendida si no se cumplen los requisitos establecidos en la ley. En definitiva, incide sobre los efectos de la pena suspendida mas no así sobre la existencia de la misma, adquiriendo la forma de renuncia condicionada²⁵³.

Nos hallamos ante alternativas directamente relacionadas con el mandato de resocialización y reinserción social del condenado, reconocido como criterio orientador en la Constitución Española, en las que el tratamiento resocializador no es una apuesta directa sino, por el contrario, un modo de evitar el contacto corruptor. En este sentido, el TS en S. 1200/2000 de 5 de julio, establece que “el fundamento de la suspensión de la ejecución de las penas cortas privativas de libertad radica en la finalidad de evitar el previsible contagio criminológico que puede tener lugar en la prisión en casos en los que la corta duración de la pena no permite un tratamiento resocializador”, además el TC en S. 165/1993, considera que “la condena condicional está concebida para evitar el probable efecto corruptor de la vida carcelaria de los delincuentes primarios”.

²⁵¹ VILLACAMPA ESTIRIARTE/TORRES ROSELL/ LUQUE REINA, *Penas alternativas...* op cit, pág 21. Teniendo, por ende, ambos mecanismos, la finalidad común de evitar el ingreso en prisión. Sin perjuicio de mantener su propia singularidad.

²⁵² SANZ MULAS, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, Ed Colex, Madrid, 2000, págs 272 y ss. El autor considera que la sustitución conformaba una respuesta sancionadora formal a la delincuencia de escasa gravedad, una especie de peldaño intermedio entre la despenalización y el traspaso de la pena retentiva a una posición de ultima ratio. La suspensión, en cambio, está más claramente centrada en la valoración de la personalidad del condenado.

MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed Civitas, Madrid, 2011, pág 105, los diferentes planos en los que inciden conlleva que, el Juez, haya de optar por una figura u otra en función de las consideraciones preventivas especiales. En sentido contrario, GRACIA MARTÍN/ALASTUEY DOBÓN, en GRACIA MARTÍN (Coord), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs 293-294.

²⁵³ En términos parecidos, VILLACAMPA ESTIRIARTE/TORRES ROSELL/ LUQUE REINA, *Penas alternativas a la Prisión y Reincidencia...* op cit pág 22.

Igualmente, SANCHEZ YLLERA, “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad” en *Comentarios al Código penal de 1995*, (Coor. Vives Anton), Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág 464, se sustituye la efectividad de la pena por la amenaza de llevarse a efecto la pena si se incumplen las condiciones bajo las que se acuerda la suspensión.

Ahora bien, esta alternatividad en la ejecución de la pena en la que se manifiesta la guía orientativa de la resocialización²⁵⁴, concretamente la suspensión, no es un derecho subjetivo del penado, “no es un beneficio de concesión automática y obligatoria, como parece entenderse en el recurso, sino una facultad potestativo y discrecional, que puede acordarse o no según las circunstancias del hecho y del autor, desde luego de forma motivada (SSTC 224/1992, 115/1997 y 31/1999)”²⁵⁵. Vuelve, por tanto, a enlazarse con la condición del Juez como director de orquesta que ha de llevar a cabo un “fino” y exquisito razonamiento para que la melodía no emita discordancias propias de una actividad arbitraria. En la misma línea, el TC ha exigido “que la motivación no se limite a la constatación de la concurrencia o no de los requisitos legales establecidos, sino que debe extenderse a la ponderación de las circunstancias individuales del penado en relación con otros bienes o valores constitucionales comprometidos por la decisión”²⁵⁶.

Denominada esta actividad por MAPELLI como “discrecionalidad jurídicamente vinculada”²⁵⁷ pues, en el ejercicio de la potestad discrecional que le otorga el Código penal, el Juez ha de apreciar la armonización de las circunstancias del hecho y del autor a la ausencia de previsibilidad de futuras condenas, así como a la peligrosidad criminal del sujeto²⁵⁸.

No obstante, esta renuncia acotada se encuentra condicionada, no sólo a la necesaria armonización de las circunstancias del hecho y del autor sino, principalmente, como requisito sine quanun a una medida cuantitativa. La condena de una pena de prisión no superior a dos años conforma un ejemplo de la interacción de los distintos fines de la pena que ampara la doctrina, en los que no cabe la adopción exclusiva de uno de ellos, en tanto, la suspensión de la pena privativa

²⁵⁴ Esta guía orientativa no está exenta de críticas. VILLACAMPA/TORRES/LUQUE. *Penas alternativas a la prisión y reincidencia: Un estudio empírico...* op cit pág 25 la fundamenta en la ausencia que, de ordinario experimentan los órganos jurisdiccionales, de medios necesarios para efectuar juicios de pronóstico sobre la base de criterios científicos, con lo que las apreciaciones acostumbran a ser meramente intuitivas al respecto; GONZALEZ ZORRILLA, “Suspensión de la pena y probation” en CID/LARRAURI (Coords), *Penas alternativas a la prisión...* op cit, pág 72; SERRANO PASCUAL, *Las formas alternativas de la prisión en el Derecho penal español*, Ed Trivium, Madrid, 1999, pág 311 y ss. Determinados autores han dotado al concepto de peligrosidad criminal sobre la base de la *necesidad* (cursiva utilizada por los autores) de pena atendiendo a las características personales del sujeto GRACIA MARTI/ALASTUEY DOBÓN, en GRACIA MARTÍN (Coord.), *Lecciones sobre las consecuencias jurídicas del delito...* op cit, pág 308; GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad*, op cit págs 103,104. Debe tratarse de una valoración de si con la suspensión de la pena resulta suficiente como evitar el nuevo delito dentro el establecimiento “positivo” de un grado de peligrosidad como se lleva a cabo en las medidas de seguridad.

²⁵⁵ STS 349/2004, de 18 de marzo.

²⁵⁶ STC 202/2004, que cita la STC 25/2000, de 31 de enero,

²⁵⁷ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito...* op cit pág 94.

²⁵⁸ La indeterminación de este concepto ha sido objeto de diversas críticas, GONZALEZ ZORRILLA, “La suspensión de la pena y probation” en CID/LARRAURI (Coords) *Penas alternativas a la prisión*, Ed Bosch, Barcelona, 1997, pág 72.

de libertad al dejar en estado de aletargo la “supervivencia” de la pena, supone una renuncia a parte del contenido retributivo y/o preventivo general de la pena de prisión²⁵⁹. Se abre, con ello, la posibilidad de individualización a distintas opciones, GARCIA ARÁN habla de varias opciones distintas: hacer cumplir la pena, suspenderla o suspenderla imponiendo la observación de una regla de conducta²⁶⁰.

En definitiva, tras el camino recorrido por el Juez sentenciador dentro del marco punitivo abstracto a través de los parámetros de culpabilidad, proporcionalidad y concurrencia o no de circunstancias agravantes o atenuantes de la responsabilidad²⁶¹, y una vez concretada la individualización en sentido estricto, manifestada en un pronunciamiento condenatorio, la función jurisdiccional no concluye sino que, se extiende en los supuestos de condenas no superiores a dos años de prisión²⁶² a la denominada “potestad jurídicamente vinculada” a fin de pronunciarse sobre su letargo condicionado. Para este último ejercicio el legislador ha facilitado unas pautas.

Podrán ser objeto de suspensión la pena privativa de libertad no superior a dos años²⁶³. Nos

²⁵⁹ En términos similares, GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y Aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*. Ed Aranzadi, Pamplona, 1997, pág 40.

²⁶⁰ GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y Aplicación...* op cit, pág 40.

²⁶¹ AMODIO, “Motivazione della sentenza”, en *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, 1977, pág 189, pág 219, “en la motivación el Juez ha tenido que verificar si el hecho existe, si constituye delito, si concurren causas de justificación, o si deben concederse algún beneficio”. En el mismo sentido, “BELLAVISTA, Contributo allo studio della patologia della motivazione della sentenza penale”, in *Il Natale*, 1975, pág 17 y ss; TARTUFFO, *La motivazione della sentenza*, Padova, 1976, pág 450.

²⁶² Se está, por tanto, a la pena efectivamente impuesta en la sentencia, y no a la pena en abstracto. En iguales términos SANCHEZ YLLERA, “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad”, en *Comentarios al Código penal de 1995* (Coord Vives Anton, F), Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág 477.

²⁶³ La doctrina mayoritaria restringe la posibilidad de suspensión a las penas privativas de libertad con referencia a la clasificación establecida en el artículo 35 del CP: penas de prisión, localización permanente y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impágo de multa.

No obstante, existen autores que se muestran conformes a la posibilidad de suspender la pena de multa, entre ellos, MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas de delito...* op cit, pág 96; GARCIA ARÁN, *Fundamentos y aplicación...* op cit., pág 102; GONZALEZ ZORRILLA, “Suspensión de la pena y probation” en CID/LARRAURI (Coords), *Penas alternativas a la pena de prisión...* op cit, pág 67 y ss; Consulta 4/1999, de 17 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado.

En relación con la duración el texto punitivo exige que la pena o la suma de las penas impuestas no superen los dos años de prisión (sin incluir en el cómputo la derivada del impágo de la pena de multa), esto es, la resultante de la comisión de un sólo delito o, bien, del concurso ideal, el delito continuado o el concurso real no pueden superar los dos años de prisión.

Habiéndose pronunciado el TC en Sentencia 209/1993 en la posibilidad de suspender penas distintas a las penas privativas de libertad, negando esta opción: “ la distinta naturaleza así como las características tan dispares de la prisión y de la suspensión de derechos cívicos o inhabilitación para su ejercicio, cualquiera que sea su carácter, <pronunciamiento cuya carga infamante, como máximo reproche social, es la razón determinante de que el así señalado sea excluido de cargas y funciones públicas STC 165/1993>, son la más palmaria justificación de que el legislador ha optado por una justificación razonable, tanto y tan legítima, al menos, como sería la de extender el beneficio a toda clase de penas, si así creyera servir mejor al fin último del sistema penitenciario no solamente represivo, sino también constitucionalmente orientado a la reeducación y reinserción social”.

Junto al régimen general, existen dos regímenes especiales de suspensión, la suspensión de la ejecución de la pena

hallamos ante un delincuente primario o, que haya delinquido por primera vez, sin computar los antecedentes cancelados o que hubieran debido ser cancelados²⁶⁴, o que haya satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieran causado²⁶⁵, salvo que el Tribunal sentenciador declare la imposibilidad total o parcial que el condenado haga frente a las mismas²⁶⁶. Nos encontramos pues, con requisitos objetivos o el aspecto reglado de la concesión, con incidencia en la naturaleza y duración de la pena en la persona del condenado, así como en la satisfacción de las responsabilidades civiles²⁶⁷. A continuación, una vez acreditado los requisitos objetivos y en consonancia con la negación de derecho subjetivo a la suspensión de la pena, el Juez habrá de armonizar las circunstancias personales del delincuente y las características del hecho con la concesión o no de la suspensión de la pena privativa de libertad, quedando superado el argumento tradicional de automatismo arraigado a orientaciones de mayor dependencia a criterios legales fijos²⁶⁸.

La concesión de la pena concedida no es un derecho absoluto sino que se halla condicionado, como periodo de prueba, a la observación de una serie de obligaciones. La primera de ellas, que afecta uniformemente a toda suspensión, es la de no delinquir durante el periodo de

impuesta cuando esté aquejado de una enfermedad muy grave con sufrimientos incurables (prevista en el artículo 80.4 del CP), y la suspensión de la pena a quien haya cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia a las sustancias señaladas en el artículo 20.2 del Código Penal, prevista en el artículo 87 del mismo texto legal. La primera se fundamenta en razones humanitarias más que en sentidos preventivos especiales. La segunda responde a consideraciones preventivos especiales a pesar de la “profesionalidad delictiva” (VILLACAMPA/TORRES/LUQUE, *Penas alternativas a la prisión y reincidencia: un estudio empírico...* op cit, pág 33), al eximirse la habitualidad como requisito de la concesión de la suspensión. La valoración de los requisitos ausentes para apreciar la posibilidad de suspensión de la ejecución de la pena, en este último supuesto, así como el incremento cuantitativo en la apreciación de los requisitos concurrentes han llevado a algunos autores ha considerar la relajación de los supuestos especiales a ser meramente teórica. GARCIA ARAN, *Fundamentos y aplicación...* op cit, pág 114; LARRAURI PIJOÁN, “Suspensión y sustitución de la pena privativa de libertad” *En Estudios de Derecho penal y criminológico*, XIX, Santiago de Compostela, 1996, pág 212; SANZ MULAS, *Alternativas a las penas privativas de libertad, Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*, 2000, pág 292 y ss.

²⁶⁴ GARCIA ARÁN, *Fundamentos y aplicación...* op cit, pág 105 ponía de manifiesto que la opinión mayoritaria en la doctrina, se decantaba por la no consideración, al igual que las anteriores condenas por delitos imprudentes, de las condenas por falta, al interpretar la palabra “delito” prevista en la redacción del CP, en sentido técnico, sin identificación con ilícito penal. Esgrimiendo el argumento de que la comisión de faltas anteriores no suele ser reveladora de un claro pronóstico criminal.

²⁶⁵ En este sentido, y como ha señalado SANCHEZ YLLERA, “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad”, en *Comentarios al Código penal de 1995* (Coord Vives Anton) Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág 465, el cumplimiento de la responsabilidad civil permite comprobar que la suspensión de la pena no implica la consideración de no cometido el acto delictivo y no producidos sus efectos.

²⁶⁶ VILLACAMPA/TORRES/LUQUE, *Penas alternativas a la prisión y reincidencia: Un estudio empírico...* op cit pág 27. Para las autoras se trata de la previsión de una condición que tiene por objeto premiar actitudes favorables en la reparación a la víctima salvo declaración total o parcial de insolvencia.

²⁶⁷ En el mismo sentido, VILLACAMPA/TORRES/LUQUE. *Penas alternativas a la prisión y reincidencia: Un estudio empírico...* op cit, pág 25.

Sin que el cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos para su concesión “pueda llegar a objetivizar la naturaleza del beneficio” ATS 17 de septiembre de 1997.

²⁶⁸ GARCIA ARÁN, *Fundamentos y aplicación...* op cit, pág 102.

prueba determinado por el Juez. Entendiendo por no delinquir la ausencia de condenas firmes por la comisión de un delito durante el periodo de prueba, pues la no exigencia de firmeza podría entenderse como una conculcación del principio de presunción de inocencia²⁶⁹. Adicionando a esta regla general, la previsión legal de la posibilidad que el Juez acuerde la adopción de una serie de obligaciones o reglas de conducta cuando lo considere necesario, atendiendo como criterio rector al principio de proporcionalidad²⁷⁰.

Son reglas de comportamiento de muy diversa naturaleza, entre las que se comprenden de carácter meramente interdictivo o prohibitivo: prohibición de aproximarse a determinados lugares, prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos y la prohibición de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal del lugar de residencia. Medidas que comportan obligaciones preceptivas de naturaleza positiva como son: obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado o Tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen para informar de sus actividades y justificarlas; la obligación de participar en programas formativos, culturales, laborales, de educación vial, sexual u otros similares; y la obligación de cumplir con el resto de deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atente contra su dignidad como persona²⁷¹.

La armonización que ha de llevar a cabo el órgano jurisdiccional no deja de ser una manifestación de la facultad de discrecional que le otorga el legislador, con la finalidad esencial de

²⁶⁹ GARCIA ARÁN, *Fundamentos y aplicación...* op cit, pág 105; MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito...* op cit, pág 102; GRACIA MARTIN/ALASTUEY DOBÓN, en GRACIA MARTÍN (Coord), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito...* op cit, pág 312.

VILLACAMPA/LUQUE/TORRES, *Penas alternativas a la prisión y reincidencia: Un estudio empírico...* op cit, pág 29. Extiende, así mismo, el ámbito de no aplicación de la comisión de delito dentro del estudio de la remisión, entendiendo que no cabe afirmar que la persona que comete un hecho delictivo por el que es juzgado, una vez remitida la pena suspendida, no puede entenderse incumplida la condición, en primer lugar porque no puede considerarse enervada la presunción de inocencia, y, segundo, invoca el principio de legalidad, porque no se prevé normativamente ningún mecanismo con facultad de revocar una remisión definitiva de la pena ya acordada.

²⁷⁰ En el mismo sentido, VILLACAMPA/LUQUE/TORRES, *Penas alternativas a la prisión y reincidencia: Un estudio empírico...* op cit, pág 31. Considera la autora que el carácter preceptivo de la imposición de algunas reglas de conducta que van aparejadas a la comisión de delitos relacionados con la violencia de género, supone una quiebra al principio de proporcionalidad, pudiendo resultar inadecuado que la obligación “de prever reglas de conducta, que parece que se impone al Juez en todo caso, se refiere no sólo a reglas de carácter interdictivo como las previstas en las reglas primeras y segunda, sino también a obligaciones de carácter positivo, cuando a priori se desconoce si la participación en determinados programas puede incluso resultar desaconsejada atendiendo a consideraciones preventivos-especiales”.

²⁷¹ VILLACAMPA/LUQUE/TORRES, *Penas alternativas a la prisión y reincidencia: Un estudio empírico...* op cit, pág 30. Las reglas de conducta imponibles conforme al artículo 83 del CP no dejan de ser objeto de numerosas críticas, girando la mayoría al principio de legalidad. GONZALO ZORRILLA, “Suspensión de la pena y la probation”... op cit pág 80; SERRANO PASCUAL, *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español*, op cit pág 340; SANZ MULAS, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, Ed Colex, Madrid, 2000, pág 289 y ss.

individualizar al caso concreto, una exteriorización de su consideración, no de un derecho subjetivo, sino de una facultad por ministerio de la ley. En cuya función no se deja al operador jurídico huérfano, sino que se endurece o dificulta el camino hacia la arbitrariedad como una clara discordancia con la melodía final que persigue el legislador de motivación de la decisión alcanzada, exigencia derivada de la misma facultad discrecional²⁷². Se fija para esta discrecionalidad reglada y con carácter principal, la peligrosidad criminal del sujeto²⁷³ respecto de la cual la ley guarda silencio, pero que podemos identificar con las posibilidades objetivas de que vuelva a delinquir²⁷⁴ o con la consideración de una persona como potencialmente idónea para cometer acciones “antisociales” o dañosas. En alguna ocasión, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha identificado la peligrosidad criminal con “la peligrosidad de la acción delictiva concretamente ejecutada²⁷⁵. Para cuya valoración, se tendrá en cuenta las características del delito cometido, como la existencia de un pronóstico relativo a las posibilidades de comisión de nuevos delitos que habrá de llevarse a cabo en atención a los parámetros del hecho ejecutado y a las circunstancias personales del sujeto²⁷⁶. Nos hallamos ante una peligrosidad postdelictual²⁷⁷ para cuya valoración y, con la finalidad de evitar el

²⁷² En este sentido SSTC 224/1992, 209/1993, 55/1999, 25/2000, 110/2003, reiteran la exigencia de motivación de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, “sin que la discrecionalidad en la concesión o denegación del beneficio constituya justificación suficiente, sino que, por el contrario, el ejercicio de la facultad viene condicionado a la exigencia de que tal resolución esté motivada”.

²⁷³ Considera la Jurisprudencia que la inexistencia de peligrosidad es una exigencia insita en el principio de protección a las víctimas al imponer la evaluación de los riesgos de nueva victimización (AAP Guipúzcoa 1ª 76/2005, de 29 de junio).

²⁷⁴ La naturaleza dual de nuestro derecho penal en la que a las consecuencias esenciales de la infracción penal se refiere, esto es, la posibilidad de imponer pena o medida de seguridad, no nos impide proyectar, análogamente, el significado propio de peligrosidad criminal como fundamento de las medidas de seguridad previsto en el artículo 95 del CP: “que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”, ante la ausencia de contenido legal propio y diferenciado en materia de suspensión de ejecución de penas privativas de libertad.

Desde este punto de vista del párrafo anterior, la peligrosidad se entiende MUÑOZ CONDE, “Las medidas de seguridad en el Código penal de 1995” en *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal*, Cuadernos del Poder Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, págs 301 y 311 como la probabilidad de que se cometa en un futuro un delito por parte de persona determinada... se trata de la formulación de un pronóstico de comisión de futuro basado en el estado que presenta el sujeto, sin que quepa su presunción. También, SANCHEZ YLLERA, “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad”, en *Comentarios al Código penal de 1995* (Coord Vives Anton, F) Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág 466.

²⁷⁵ STS 208/2000, de 18 de febrero.

²⁷⁶ En similares términos de conformidad de aplicación analógica del artículo 95.2 del Código Penal relativo a las medidas de seguridad, COLMENERO MENÉDEZ DE LUARCA, “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003” *Las penas y sus alternativas*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2005, pág 185.

²⁷⁷ El TC, en materia de medidas de seguridad, en Sentencia de 27 de noviembre de 1985, entendió que aplicar una medida de seguridad a quien trafica con drogas antes de ser condenado por el delito de tráfico de drogas, implica una declaración de culpabilidad que viola la presunción de inocencia.

Se ha entendido por la Jurisprudencia que “con la fórmula actual, se viene a afirmar la necesidad de valorar datos ajenos a los que sirvieron para dictar Sentencia, como los antecedentes penales, las posibles detenciones e informes psicológicos y socioculturales, se hayan tenido o no en cuenta en la Sentencia, pues responden a distinta finalidad y además no va a afectar al resultado de la decisión firme adoptada” AAP Sevilla, 3ª, 171/2005, de 29 de enero.

automatismo en la decisión²⁷⁸, se ha condensado un “concepto, claro en su definición, pero difícil en su indagación”²⁷⁹, debiéndose tomar en consideración por el órgano jurisdiccional “todos aquellos factores a través de los cuales pueda deducirse que en el sujeto no existe una resistencia a la integración social, de modo que la ejecución de la pena resulte perturbadora o simplemente innecesaria”. Cabe citar, entre otros factores: “la personalidad del condenado, su trayectoria vital, su instrucción, su actividad laboral, su situación social y familiar, y su estado físico y mental”²⁸⁰. Manifestaciones de vida que se entrelazan con la necesidad de valorar las circunstancias del hecho y del autor previstas en el apartado 2 del artículo 80 del CP, que excluyen, por su propia naturaleza, la consideración de *numerus clausus*²⁸¹.

Se adiciona a este requisito de peligrosidad criminal, en una posición legal lineal, la existencia de otros procedimientos penales contra el penado, convirtiéndolo en la práctica en un “exponente de su existencia”²⁸². Para su valoración no se precisa la firmeza de una sentencia, bastando la mera existencia de un procedimiento penal en el que se atribuya la condición procesal o estatus de investigado, aunque no se haya procedido a la incoación del procedimiento abreviado o el dictado de un auto de procesamiento, en el supuesto de apertura de un procedimiento ordinario. Configurándose como una circunstancia mixta, apreciable desde la facultad discrecional del Juez, mas la apreciación se objetiviza por la mera existencia del procedimiento, sin esperar a la conclusión del mismo mediante el correspondiente pronunciamiento condenatorio, conculcándose con ello, la presunción de inocencia, al adelantar la pérdida de ésta por el mero hecho de la existencia de un procedimiento contra él.

Se dificulta, de este modo, la posibilidad de aplicación individualizada de la suspensión de la pena privativa de libertad, al relativizar el carácter posdelictual propio de la peligrosidad criminal, sirviendo como base o exponente del juicio de probabilidad de comisión de nuevos delitos

²⁷⁸ POZA CISNEROS, “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad” en *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1996, Madrid, pág 220.

²⁷⁹ POZA CISNEROS, “Formas sustitutivas... op cit, pág 220.

²⁸⁰ LLORCA ORTEGA, “Sustitución y suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad” en *El Código penal de 1995*, ens Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ.

La jurisprudencia lo ha concebido como un juicio de probabilidad que no exige certeza absoluta (AAP Cáceres, 2ª, 135/2005, de 29 de junio): “han de considerarse las circunstancias de autor, no la naturaleza del delito, y lo que determinará la innecesariedad de la pena será la sensibilidad del sujeto a la condena, su integración social, instrucción, personalidad, relación familiar” (AAP de Barcelona 6ª, 180/2005 de 29 de marzo y AAP de Barcelona 6ª, de 8 de enero de 2003).

²⁸¹ En este mismo sentido, ATSJ del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, 1ª, 15 de mayo de 2006.

²⁸² COLMERO MENEDEZ LUARCA, “la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003” *Las penas y sus alternativas*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2005, pág 185.

la mera existencia de otros procedimientos penales, como instrumentos objetivos que viola la presunción de inocencia.

En definitiva, la tendencia de prevención especial²⁸³, propia de la figura de la suspensión de la pena mediante la selección individualizadora de los candidatos idóneos, adicionándole, en su caso, unas medidas de control y asistencia que pretenden reforzar las posibilidades de rehabilitación del sujeto más allá de las facilitadas por la mera amenaza de revocación en caso de reincidencia²⁸⁴, se ha visto mermada por la anticipación del carácter postdelictual de la peligrosidad criminal al estamento de la imputabilidad (retributivo)²⁸⁵.

V.3.4.2 LA BUSQUEDA DEL MARCO BÁSICO. LA SELECCIÓN DE UNA MAGNITUD

Quizás el inicio más adecuado para comenzar la búsqueda del marco básico es el pensamiento de BENTHAM sobre la divisibilidad de las penas: “pueden admitir el más y el menos, en intensidad o en duración”, participando de las dificultades de una pena inflexible, pues “tendrá

²⁸³ STC 290/1993, establece que “el beneficio de la remisión condicional de la condena (cita STC 224/1992) viene inspirado por la necesidad de evitar el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que, en tales casos, la ejecución de una pena de tan breve duración no sólo impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo”.

²⁸⁴ POZA CISNEROS, “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad” en *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1996, Madrid, pág 220.

²⁸⁵ La sustitución de las penas privativas de libertad, con idénticos o similares criterios finalísticos de prevención especial, se hallaba orientada a la máxima individualización de la pena atendiendo a las circunstancias del hecho y del autor, de las penas privativas de libertad de duración corta. Se trataba de una flexibilización del cumplimiento de la pena privativa de libertad de corta de duración racionalizada en la dualidad de beneficio y utilidad: “más beneficioso para el condenado y la sociedad”... y “útil para su reinserción y toma de conciencia de los hechos y de las consecuencias de sus actos”, despejándonos las posibles dudas de caer en el sentido de impunidad del hecho. Sin que, así mismo, en la selección de las penas sustituibles, se hubieran olvidado los argumentos de prevención general, al reducir la posibilidad de sustitución a penas relativamente cortas, esto es, las penas de prisión no superior a un año de prisión y, excepcionalmente, de hasta dos años de prisión. La sustitución estaba presidida por el principio de adecuación de la respuesta a la significación antijurídica del hecho, el de protección de las víctimas y el de integración comunitaria del individuo. Su fundamento último se encontraba en el principio de prohibición del exceso y en su rechazo a la imposición de penas manifiestamente innecesarias desde la perspectiva de prevención general y especial. Su ejercicio se condicionaba a la no habitualidad del reo, manifestada por la no comisión de tres o más delitos dentro del mismo capítulo en un plazo de cinco años, precisando la condena para su apreciación. No tenía lugar, por ende, en la sustitución de la pena, el adelantamiento de la habitualidad al estamento de la imputabilidad. Solventado este primer escollo, el ejercicio jurisdiccional de la individualización precisaba responder a los criterios orientadores brindados por el legislador, la valoración de la naturaleza del hecho, las circunstancias personales del reo, su conducta, y, en especial, el esfuerzo para reparar el daño causado. Conformaba, en esquema idéntico a la suspensión de la pena, un conjunto mixto de criterios objetivos y subjetivos que ofrecen, al órgano jurisdiccional, las pautas de armonización, de modo que, la resolución halla su *Armonía* al responder al conjunto de circunstancias individualizadoras de modo que el profano visualice la racionalidad de la medida. Tras la reforma de LO 1/95, la institución de la sustitución ha desaparecido entremezclándose con la suspensión.

grandes inconvenientes si ocurriesen circunstancias imprevisibles o particulares”²⁸⁶.

La divisibilidad de las penas que reclamaba BENTHAM debe hacerse de forma “sumamente precisa, debe concretarse la materia penalmente prohibida sin que haya lugar, y se debe hacer todo lo posible para ello, a la arbitrariedad, atemperándose de esta suerte el llamado factor humano en la aplicación de la ley”²⁸⁷.

En los dos párrafos anteriores se muestra el ying y el yang de la determinación de la pena. Por un lado, la necesidad de certeza y seguridad jurídica, de otro lado, la indispensable flexibilidad para adaptar las circunstancias concurrentes al hecho concreto en manos de una persona: el Juez²⁸⁸.

Este frágil equilibrio, de existencia necesaria y condicionada entre ambos, llamados a entenderse²⁸⁹, se refleja por la fijación en la ley, con carácter general y abstracto, de la pena correspondiente a cada hecho delictivo²⁹⁰ y en la decisión judicial sobre la pena concreta que haya sido impuesta.

Y, entre media de los dos, una escrupulosa búsqueda del marco que condicione la magnitud concreta posterior. Interviene por primera vez como elemento de juego el arbitrio judicial o la valoración razonada de un hecho²⁹¹, caracterizado por la vinculación del Juez a la ley mediante la aplicación de las reglas instrumentales ofrecidas por el legislador sobre dos puntos: la personificación de la responsabilidad a lo largo del desarrollo del delito, y la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad.

²⁸⁶ BENTHAM, *La teoría de la pena y sus recompensas*, Barcelona, 1838, pág 30.

²⁸⁷ COBO DEL ROSAL, “Consideración general sobre el nuevo Código penal” en *La ley*, núm 4043 de 24 de mayo de 1996, pág 1332.

²⁸⁸ En este sentido, SILVA SANCHEZ, “La revisión en casación de la individualización judicial de la pena” en *CGPJ, Revista del Poder Judicial*, núm 6, 1987, la versión informática sostiene que: “lo que caracteriza a la discrecionalidad es la pluralidad de soluciones justas”, la facultad de elegir entre varias posibilidades igual de correctas. Pues bien, en la medición de la pena no se trata de eso, sino más bien de la concreción de los juicios de valor de la ley y de las consecuencias de los fines de aquellas”.

²⁸⁹ En similares términos, NIETO MARTIN, *El arbitrio judicial*, Barcelona, 2000, pág 224 “podría acudirse... el arbitrio es la sangre que recorre todo el cuerpo de la legalidad vivificándolo. Son dos elementos que no pueden vivir independientes”.

²⁹⁰ En este sentido, MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed Aranzadi, Pamplona, 2011, pág 188, sostiene que la ley fija el marco penal, respondiendo, ante todo, “a dos constantes de nuestro entorno político: el respeto al principio de legalidad, que supone que sólo la voluntad mayoritaria puede decidir sobre el cuánto y el cómo de la pena, y la pervivencia de una preocupación garantista que mira con recelo las posibilidades de arbitrariedad que abraza el confiar esta tarea a los jueces”.

²⁹¹ En este sentido, NIETO MARTIN, *El arbitrio judicial*, Barcelona, 2000, pág 350, sostiene el autor que la legalidad de una decisión debe ir unida a la razonabilidad de la misma, que ha de ser verdadero criterio de control de las decisiones judiciales.

Es el momento en el que vibra la melodía. Se trata de seguir un esquema predeterminado sopesando las circunstancias concurrentes para que no se produzcan disonancias, centrándose el órgano jurisdiccional en “las circunstancias que pueden ser relevantes para la individualización de la pena y bajo qué presupuestos esto ocurriría y cuál sería su sentido”. Se pretende alcanzar la *Armonía*²⁹². Superado la *fase matemática pura* que nos ha brindado una partitura, es ahora el momento de continuar la morfología de la pena desde la armonización.

Es una bella composición que no está exenta de riesgos derivados de los distintos factores decisivos que entran en juego como consecuencia de los elementos del autor (gravedad del hecho y circunstancias personales del autor)²⁹³.

V.3.4.2.1. LA PERSONIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

“La imputación de un hecho como culpable es sólo necesaria allí donde la lesión de la norma que fundamenta el conflicto no puede ser absorbida de otra manera”²⁹⁴.

No es suficiente para llevar a cabo la determinación de la pena y su posterior individualización judicial, la fijación del injusto penal en la que se clarifica al espectador la acomodación del acontecimiento al tipo descrito en la norma, así como la culpabilidad o responsabilidad sobre el mismo. Sino que, es necesario la visualización de una persona responsable del mismo y que va a ser el sujeto que sufra la actividad jurisdiccional del Juez.

²⁹² En este sentido, STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico penal de la culpabilidad*, Ed. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980, pág 81, llama la atención sobre la barrera principal, consistente en que los juicios de valor no admiten ser traducidos en expresiones numéricas, no cabe la cuantificación. Se trata de sopesar factores individuales, para los que en el marco de culpabilidad no hay criterios racionales.

²⁹³ STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico penal de la culpabilidad*, Ed. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980, pág 82, intensa crítica efectúa el autor en este sentido, haciendo hincapié en la profunda inseguridad y notable desigualdad, enraizado con la total indeterminación del peso real de los elementos del autor.

²⁹⁴ JAKOBS, citado por STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico penal de la culpabilidad*, Ed. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980, pág 74.

La personificación de la responsabilidad no es una operación matemática, no se suma, resta o divide y nos da de resultado quién es responsable del hecho. Por el contrario, se conjuga un sistema mixto que comienza con la identificación de las personas intervinientes en el hecho delictivo y el grado de intervención o proximidad al núcleo del acontecimiento delictivo. En la que resulta necesario plantearse las relaciones de los intervinientes en el supuesto que concurrieran varios: las circunstancias del dominio. Se suscitan las cuestiones de si ¿es un dominio real o ficticio? ¿cuál es la magnitud de la ficción? ¿abarca la responsabilidad cada una de las piezas de la actuación? O, por el contrario, ¿se limita o se individualiza respecto a alguna de estas piezas: ideología o alma, ejecución o consecuencias?

La fase de naturaleza objetiva, correspondiente a la determinación de la pena, se materializa con la aplicación de la horquilla legislativa prevista en el Texto punitivo, presidiendo esta fase el principio de legalidad y, con ello, la articulación de reglas precisas que permiten hacer realidad el deseo de la doctrina jurídica de encauzar la actividad del Juez a lo largo de la medición y concreción de la pena²⁹⁵. Para finalizar, se lleva a cabo la armonización de la pena a la gravedad del hecho y las circunstancias de la persona o personas intervinientes en el delito.

Tradicionalmente, los ordenamientos jurídicos conciben la intervención delictiva desde una doble perspectiva²⁹⁶: la autoría y la participación (esta última aglutina un escenario en el que intervienen conductas diversas). Vinculando la conducta descrita en los tipos de la Parte especial a la concepción de la autoría, y generando, necesariamente, un distanciamiento de la inducción y complicidad del núcleo del tipo que va a afectar a la extensión de la punibilidad²⁹⁷.

Del argumento anterior se infiere la colocación de la autoría dentro de la partitura que facilita la determinación e individualización judicial, en una posición de pieza gravitatoria, alrededor de la que giran (incitándola o ayudándola) otras piezas. No deja de ser, por tanto, una

²⁹⁵ GALLEGO, *El sistema español ...* op cit, pág 217.

²⁹⁶ ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II*, Ed Civitas, Madrid, 2014, pág 65, no dejan de existir teorías que unifican a los distintos intervinientes bajo la unicidad de la autoría, no permitiendo la modulación punitiva en atención a la mayor o menor proximidad con el núcleo de comisión del hecho delictivo (el autor habla de la intolerable ampliación punitiva por la reducción de la realización típica a la causalidad). Creando una amplificación punitiva atentatoria al principio de igualdad (desde la óptica de la diferencia tratada desigualmente).

²⁹⁷ En similares términos, ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II*, Ed Civitas, Madrid, 2014, pág 66, señala que el punto de partida correcto para la delimitación de la autoría y participación está en la realización del tipo y no en la causación. Reconociendo el peligro de la abstracción en la formulación de los bienes jurídicos (sobre todo en los colectivos) y de las conductas delictivas, en las que se desdibujan las diferencias entre las distintas formas de intervención. BACIGALUPO, “La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Diario la Ley*, nº 6962, 2008, recurso online, nuestro Código Penal respeta la tradicional distinción entre autoría y partícipe con inclusión de la inducción, participación y complicidad.

manifestación de la concepción de “figura central”²⁹⁸ en la realización de la acción ejecutiva típica, distinguiéndola de aquellas figuras que se transforman en determinación o ayuda de naturaleza dependiente a la concurrencia de la autoría dolosa. Esta colocación responde a uno de los elementos esenciales de la punición del delito: la culpabilidad como reproche, que debe enlazarse con la idea de capacidad.

Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia no han alcanzado un punto de acuerdo sobre los fundamentos de la *Armonía* a la hora de atribuir a una persona en concreto la comisión de un hecho delictivo. Para la doctrina, se considera imprescindible ofrecer una distinción dogmática troncal entre autor y partícipe, deslindándose en los que destacan el aspecto formal-descriptivo y los que se decantan por criterios materiales objetivos. Y para la jurisprudencia, por otro lado, se ha acentuado el camino punitivo y el recorrido casuístico dentro del marco abstracto concretizado y el marco concreto.

La jurisprudencia ha mantenido “un diálogo informal” con la teoría del dominio del hecho, distinguiendo entre acción, funcionalidad y la instrumentalidad (aparato de poder).

ROXIN defiende que el papel central de la autoría lo ofrece el dominio del acontecimiento que conduce a la realización del delito, en tanto los partícipes no configuran de manera decisiva o determinante su ejecución, si bien ejercen igualmente influencia en el acontecimiento²⁹⁹. Este papel secundario se ha de reflejar en la determinación de la pena como respuesta a los criterios orientadores del sistema penal: legalidad e intervención mínima³⁰⁰. Es la teoría del dominio del hecho³⁰¹ sobre parámetros objetivos materiales: “el sí y el cómo de su realización”³⁰². Frente a ella,

²⁹⁸ ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II*, ...op cit, págs 68 y 69, no se trata de un concepto concreto, sino de un baremo de diferenciación que ha de desarrollarse concretamente y paso a paso de la mano de las circunstancias reales de la actuación delictiva.

²⁹⁹ ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II*, ...op cit, pág 69, no duda el autor sobre la existencia de infracciones penales en la que la realización típica aparece sólo respecto a quien ha infringido un deber personal que no incumbe a cualquiera. Son los denominados, delitos de infracción del deber. Junto a ellos, ROXIN, menciona los delitos de propia mano, en los que no puede ser contemplado como figura central de la ejecución del delito sino quien realiza de propia mano el tipo.

³⁰⁰ DIAZ GARCIA CONLLEDO, “Inducción o autoría mediata en malversación impropia”, *La ley*, 1998, LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad en el delito*. Ed, Tirant lo Blanch Valencia, 1997, pág 35, ambos autores abogan por un sistema diferenciado frente a los sistemas unitarios que mantienen responsabilidad autónoma frente a los autores, pues, aunque supone una simplificación, lleva a consecuencias injustas.

³⁰¹ Algunos autores han puesto de manifiesto la insuficiencia de la teoría del dominio para formas delictivas como la imprudencia o la comisión por omisión, en el que el dominio del hecho no puede responder a la totalidad del hecho, precisando otros criterios específicos como la infracción del deber extraprocesal o la posición de garante conjugando ambos, LUZON PEÑA, “La participación por omisión en la jurisprudencia reciente en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”PJ, 1986; del mismo autor, “la determinación objetiva y positiva del hecho y la realización típica como

la teoría subjetiva de la participación, con un diálogo más personalista basado en la voluntad del interviniente, la voluntad del autor y la voluntad del partícipe³⁰³.

Ahora bien, el dominio del hecho es un reflejo de las distintas posiciones en la realización del hecho descrito en el tipo o, en otras palabras, de las “casillas” que ocupan los intervinientes, examinadas desde la posición de salida del *iter criminis*, respecto al que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha mantenido un “diálogo informal”³⁰⁴ sobre la materia. Así, presenciarnos en la doctrina un dominio de cada uno de los elementos del proceso, como dominio global de realización. Un dominio con un reflejo más selectivo dentro de la globalidad del acontecimiento y de tal importancia dentro del total, al afectar al elemento espiritual del acontecimiento, que predomina frente a cualquier otra consideración al anular cualquier voluntad interviniente en el mismo (encuentra su argumento en la conciencia y voluntad, culpabilidad y presunción de capacidad). Y, por último, un dominio de naturaleza orgánica en relación a la estructura necesaria para la

critérios de autoría”, *ADP*, 1989, considera el autor que en el delito imprudente, se precisa el dominio del hecho como dominio objetivo de la acción imprudente que, de acuerdo con los criterios de la causalidad y la imputación objetiva, determinan el resultado; no bastando el mero favorecimiento o inducción a esa acción imprudente para fundamentar la autoría por el resultado.

³⁰² MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte General*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 462.

³⁰³ Como ha señalado, ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II*, Ed Civitas, Madrid, 2014, pág 70 y ss, la teoría subjetiva de la participación no se ha mantenido estática, sino que ha pasado por el criterio de la independencia, y, posteriormente, por la presencia del interés, para la determinación de la autoría frente a la participación. No faltando, en la jurisprudencia alemana, el intento de fijar la frontera entre la autoría y la participación, surgiendo la teoría normativa de la combinación en la que la voluntad del autor se atribuye valorativamente sobre la base de una combinación de distintos indicios: “el grado de interés propio en el resultado del hecho, en la magnitud de la intervención en el hecho y en el dominio del hecho o, al menos, en la voluntad del dominio del hecho, de modo que la realización y desenlace o resultado del hecho dependan de forma determinante de voluntad del acusado”.

Otros intentos de delimitar la autoría y participación, fuera de la posición dominante actual (el dominio del hecho) y la teoría subjetiva de la participación, se centran en la totalidad o globalidad: SCHMIDHÁUSER, considera la necesidad de efectuar una disección de cada momento individual dentro del contexto global, para ello, y a pesar de llevar a cabo una enumeración no cerrada de momentos, deja en manos del Juez, en cada caso concreto, la frontera entre el autor y el partícipe. STEIN, basa la diferenciación según la perentoriedad de la norma de conducta, de modo que, a medida que nos alejemos de la urgencia o perentoriedad de la norma de conducta nos hallamos ante los partícipes.

MEYER, fundamenta la autoría mediata en la ausencia de libertad del ejecutor inmediato, en la afectación o merma de su autonomía. RENZIKOWSKI, se apoya en el principio de autonomía, entendiendo que en la autoría mediata la autonomía del sujeto de delante excluye por regla general el dominio del hecho del sujeto de atrás, relegándolo al papel de inductor o cooperador. KÖHLER, parte del principio de autonomía, pero no con una visión global sino en las particularidades del contexto o relaciones de conducta entre los sujetos libres derivados de ellas. SCHUMANN, defiende el principio de autorresponsabilidad (similar al principio de autonomía) como limitación de la imputación objetiva, trasladándolo a la delimitación de la autoría mediata y participación (autores citados por ROXIN, *Derecho Penal, Parte general. Tomo II, ...op cit*, págs. 70 y ss; DIAZ y GARCIA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, Ed Universidad de Salamanca, 1991, pág 651, considera la autora que quien no ejecuta la acción típica por sí mismo, sólo ejerce un “dominio negativo del hecho”. Con esta diferenciación delimita la coautoría al dominio positivo del hecho. Limitando, igualmente, la coautoría a la fase ejecutiva, lo que lleva a restringir la coautoría mediante el dominio funcional del hecho al plano de la ejecución, excluyendo la fase ejecutiva.

³⁰⁴ BACIGALUPO, “Teoría del Dominio del hecho en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo” *Diario la Ley*, 2008, recurso online, pág 1. Destaca este autor la interrelación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el contexto histórico en el que se ha desarrollado, así como el apego de un sector doctrinal a las teorías causalistas con especial incidencia en la interpretación gramatical del Texto punitivo.

realización de la acción.

Esta trilogía ha sido denominada por ROXIN como: dominio de la acción, propio de la autoría inmediata (dominio del hecho mediante la ejecución de propia mano convirtiéndose a través de la acción en el centro del acontecimiento)³⁰⁵.

El dominio de la voluntad o, autoría mediata se manifiesta mediante el dominio del acontecimiento, sin necesidad de participar en el momento de la realización típica o tener que colaborar de otro modo, dominando al ejecutor o instrumentalizándolo. Este dominio de la voluntad puede tener su origen en diversas causas: por razón de error, mediante el engaño al ejecutor³⁰⁶, o por

³⁰⁵ BACIGALUPO, "Teoría del dominio del hecho... op cit, pág 5, la jurisprudencia española extiende la clasificación distinguiendo entre dominio de la acción y el dominio del instrumento. Llamando la atención el autor sobre la inaplicación práctica por la Jurisprudencia del dominio del aparato de poder. Así como la inexistencia de un panorama unitario en el que se entremezclan teoría formal objetiva y la teoría subjetiva con reminiscencia del acuerdo previo, es lo que el autor denomina una posición pragmática, "entendiendo por pragmático el uso de una argumentación que piensa adecuada para la solución intuitivamente justa de cada caso particular".

³⁰⁶ ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II*, ...op cit, pág 91 y ss, El dominio sobre la voluntad manifestado por el error, tiene su base en aquellos supuestos en los que el ejecutor actúa sin dolo, o sin culpa, o con imprudencia inconsciente (manifestada por la visión más amplia del autor de atrás respecto al ejecutor inmediato, sin que éste cause el resultado "ciegamente"), en el que el instigador del hecho es el único que comprende o ve el curso causal. Sin perjuicio de que el autor de atrás no haya provocado el error del ejecutor sino que lo hubiese aprovechado (excluyendo la autoría mediata y apreciándose complicidad, cuando el ejecutor actúa dolosamente). Nos hallamos ante situaciones que precisan de una individualización de las circunstancias concurrentes pues, es posible situaciones tan vario pintas como la simulación ante el ejecutor de situaciones justificantes o aprovechando error de tipo permisivo. Es posible, así mismo, que en el tráfico privado, un engaño pueda producir un instrumento que actúe no sólo sin dolo sino conforme a derecho (por ejemplo, legítima defensa).

Se aprecia, igualmente, en los supuestos en los que el ejecutor actúa sin culpabilidad, y, sin posibilidad de alcanzar un conocimiento o comprensión de la ilicitud o injusto inhibitor de la comisión del hecho, cuando se ocasiona un error de prohibición invencible. No existe unanimidad en caso de vencibilidad del error: la teoría de la participación, atribuye la responsabilidad como autor doloso al que ejecutó inmediatamente, con una disminución la culpabilidad, en tanto el autor mediato adquiere el papel de inductor. Para la teoría de la autoría, basándose en identificación de la estructura psicológica de la relación de dominio con el error de prohibición invencible, no transfieren la responsabilidad en el caso de error.

Roxin, incluye en el error los supuestos en los que el ejecutor yerra sobre los requisitos del estado de necesidad disculpante, o exculpante, con un tratamiento similar al error de prohibición.

Por último, el autor valora los supuestos en los que el ejecutor actúe de manera plenamente delictiva (típica, antijurídica y culpable, sin que concurran atenuantes de la culpabilidad). En la que el ejecutor no pierde la autoría en relación al tercero, respondiendo, éste último por inducción, cooperación o complicidad, aun cuando se sirva como medio del engaño. No obstante, el autor, atiende a distintos supuestos de engaño: el engaño sobre la magnitud del injusto, de cierta notoriedad o importancia para "hacer aparecer como otro el hecho causado por el sujeto de atrás en relación con el que imagina ejecutor"; el engaño sobre las circunstancias cualificantes y el engaño sobre la identidad de la víctima; circunstancias, estas dos últimas, que no impiden, según el autor, en apreciar la doble calificación de autoría (mediata e inmediata), en la que no es posible la calificación de la autoría mediata como inducción, en cuanto el autor inmediato está resuelto a cometer un acto delictivo, ni como complicidad, en tanto el autor mediato frustra la comisión de un hecho delictivo originario (para lograr la comisión de un hecho delictivo de la misma naturaleza, con calificación de circunstancias o sobre persona distinta).

Quizás, los supuestos que menos dificultades plantean se manifiestan mediante el dominio de la voluntad en caso de inimputables o sujetos con imputabilidad disminuida. Actuando como medio del hecho, convirtiéndose la autoría mediata en una mezcla de dominio por error (la falta de capacidad de comprensión determina un error de prohibición del ejecutor, que, en sí mismo, debería conducir a la exclusión de la culpabilidad) y dominio por coacción, sin que entre en juego en el caso concreto que el inimputable (menor de edad o enfermo mental) posean en el caso concreto una

coacción, a través de “la presión ejercida por el sujeto de atrás que produce el efecto de fundamentar el dominio en el momento en que se cumplen los requisitos que eximen de responsabilidad penal al ejecutor”³⁰⁷. Esta presión ejercida sobre el autor carece de parámetros de certeza para su medición y, delega a la individualización de la pena la determinación de la eliminación del motivo de inhibición del ejecutor bajo criterios psicológicos; en tanto se sirven de aparatos orgánicos de poder que, sin fuerza o engaño, garanticen la ejecución del hecho delictivo, permitiendo al autor de atrás o mediato dominar el suceso, sin perjuicio de la flexibilidad del autor mediato, al ser sustituible en cualquier momento³⁰⁸.

Nos hallamos ante supuestos en los que el Juez debe determinar la ausencia de comprensión o capacidad de control, real o efectiva en el caso concreto, pues ha de modular la personificación de la responsabilidad. Sobre los que ROXIN reclama “especificaciones normativas”, como deslinde del error de prohibición de errores irrelevantes de subsunción y de punibilidad³⁰⁹.

Y, por último, el dominio funcional, donde se encuadra la coautoría y reflejada en la división de trabajos con otros cuando domina una función esencial para el éxito del hecho en la ejecución, generando un dominio del conjunto del acontecimiento a través de su parte o participación en el hecho³¹⁰. Se precisa, un plan conjunto o común del hecho³¹¹, una colaboración o actuación conjunta de la fase ejecutiva³¹², una contribución de naturaleza esencial³¹³ en la fase ejecutiva, en la que se

voluntad propia.

³⁰⁷ Principio de responsabilidad, ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II*, Ed Civitas, Madrid, 2014, pág 85.

³⁰⁸ No dejan de existir objeciones al dominio de organización aduciendo la falta de seguridad del autor mediato de la comisión del hecho delictivo por el autor mediato que lo asemeja a la inducción. Así como la inexistencia del mismo hecho cuando la ejecución de un mandato se asegura mediante la sustitución del que actúa de manera inmediata. O el fracaso del dominio por organización en los supuestos de utilización de especialistas que no son intercambiables. Los autores críticos con la teoría del dominio de organización aprecian, por el contrario, la concurrencia de coautoría, entendiéndolo que no es posible una autoría sobre el autor plenamente responsable (ROXIN, por el contrario, cree que no se debe confundir el dominio de la acción, propia del ejecutor, con el dominio de la voluntad característico del autor de atrás). No dejan de existir voces que lo identifican con inducción (objeta ROXIN que, si bien la inducción y el dominio por organización comparten estructura vertical y consisten en la puesta en marcha de un suceso realizado por mano ajena, se diferencian en que el inductor no domina la ejecución del hecho, en la que la realización del tipo no depende de la voluntad del inductor). ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II*, Ed Civitas, Madrid, 2014, pág 118 y ss.

³⁰⁹ ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II...* op cit, pág 101, permite también señalar la frontera de supuestos de duda sobre la prohibición, en los que el sujeto de atrás adquiere la condición de inductor.

³¹⁰ ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II...* op cit, pág 75 y ss.

³¹¹ ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II...* op cit, pág 147 y ss, pues, no puede existir coautoría cuando las personas que colaboran con un mismo fin no saben nada unas de otras, no bastando el mero conocimiento (que daría lugar al aprovechamiento de la misma situación), o la colaboración conjunta individual. Es necesario el acuerdo, antes o después del comienzo del hecho, pero antes de su conclusión (el acuerdo posterior a la conclusión del hecho generaría complicidad, o, en su caso, autoría ante un delito de receptación o encubrimiento), en la realización del hecho y en la ejecución del mismo. El exceso o la evolución del hecho, queda fuera del dominio funcional y, por tanto, de la apreciación de coautoría, sin que ello, se pueda confundir con la libertad de actuar o reaccionar de acuerdo a la concreta situación que se hallaría cubierto por el acuerdo y las formas de conductas adecuadas al plan.

³¹² ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II...* op cit, pág 151 y ss, para el autor la fase ejecutiva se extiende

cumplan en la persona de cada autor las actitudes internas, tendencias u otros elementos del tipo subjetivo³¹⁴.

Dominio funcional que facilita una riqueza de variables desencadenantes de la necesaria individualización por el Juez, a fin de materializar la personificación de la responsabilidad: coautorías parciales (en los que a través del delito más grave se realicen simultáneamente los elementos menos graves, incluso bajo la premisa de autonomía o independencia, en tanto no se excluyan entre sí) y coautoría en caso de inculpabilidad de un interviniente (la razón se encuentra en la ubicación de la autoría o participación como manifestaciones del injusto, no obstaculizando la aparición de la inculpabilidad, siempre que la actuación del coautor no se base en el conocimiento y aprovechamiento de la inculpabilidad de uno de ellos pues, en este caso, estaríamos ante un supuesto de dominio de la voluntad³¹⁵).

No obstante, la teoría del dominio del hecho, de predominante apoyo doctrinal, no es capaz de responder a las distintas conductas delictivas pues, si se encardina fácilmente en los delitos dolosos, no ocurre igual en los delitos de infracción de deber, imprudencia y en los de omisión³¹⁶. Estos problemas se han intentado solucionar dando credibilidad al modelo unitario de autor mediante la creación de “ámbitos especiales de responsabilidad dentro de la teoría del dominio del hecho”³¹⁷. Otros autores abordan la cuestión desde la individualidad de la unidad, reconociendo esencialidad propia a la imprudencia respecto de la conducta dolosa que se extiende a la autoría. Así, “aunque se estime que en el delito imprudente debe ser aceptada la distinción entre autores y

desde la tentativa hasta la conclusión del hecho, sin perjuicio de que en ese lapso de tiempo, las acciones ejecutivas de los distintos coautores puedan sucederse, tanto en la actividad en sí misma, como en la concatenación temporal de actos, al entenderse la coautoría como realización del tipo, no en sentido objetivo-formal, sino, desde la perspectiva material. Quedando excluidas las actividades que influyan pero carezcan del dominio del hecho.

JAKOBS, desde una perspectiva intermedia entre la doctrina del dominio del hecho y la teoría subjetiva formula el dominio configurativo, para aquellas contribuciones preparatorias previas que no confieren dominio de decisión que no serían, por tanto, suficientes para una autoría mediata, como participación subordinada al dominio de decisión pero que se compensan con un plus de dominio material, es el dominio configurativo.

³¹³ ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II*, ...op cit, pág 157 y ss, como consecuencia de la estructura de la coautoría como dominio funcional del hecho. Resultando preciso, el reparto entre varias personas de los actos ejecutivos relevantes para el delito, en las que no es preciso la tipicidad absoluta de todos y cada uno de los actos ejecutivos, siempre que se determine su relevancia esencial para la realización del tipo. Esencialidad que no se valora individualmente causal para el resultado sino que la contribución sea en su conjunto causal para el resultado.

³¹⁴ ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II*, ...op cit, pág 165.

³¹⁵ ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II*, ...op cit, pág 166 y ss.

³¹⁶ En este sentido, BACIGALUPO ZAPATER, “La teoría del dominio del hecho en la Jurisprudencia de Tribunal Supremo” en *ADCP*, 2008, pág 1, considera que la teoría del dominio de hecho es válida básicamente, para los delitos dolosos y que, por tanto, no tiene pretensión de responder a todos los problemas de la autoría y la participación; BACIGALUPO, *S Autoría y participación en los delitos de infracción del deber*, Ed Marcial Pons, 2007, pág 100; LOPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, Ed Akal, Madrid, 1996, pág 129.

³¹⁷ En este sentido, BACIGALUPO ZAPATER, “La teoría del dominio del hecho en la Jurisprudencia de Tribunal Supremo” en *ADCP*, 2008, pág 10.

partícipes, es discutible si el CP debe castigar a ambos intervinientes en los delitos imprudentes o sólo a los autores en sentido estricto”³¹⁸.

Se abre, de este modo en la dogmática, la separación de la concepción meramente formal y la aproximación a acepciones que permitan un mayor contacto con el hecho en sí, bordeando la teoría del dominio del hecho y ajustándola a las necesidades globales de la autoría. Se habla de que la “autoría supone... una relación de pertenencia”, para determinar quién es el sujeto principal de la realización³¹⁹, recurriéndose en otros casos a “la imputación objetiva y normativa del hecho típico”³²⁰.

Tal y como iniciábamos este apartado, resulta necesario diferenciar el recorrido doctrinal de la evolución jurisprudencial a la hora de justificar la personificación de la responsabilidad o autoría. La Jurisprudencia parte de un enfoque unitario, sin especial incidencia a la hora de delimitar conceptualmente la personificación de la responsabilidad, que se centra en el “acuerdo previo”³²¹ como elemento determinante de la unificación de todas las formas de participación en autoría cualquiera que fuera la aportación objetiva a la ejecución del hecho. Esta despreocupación hacia la diferenciación se enlaza con la posición predominante de la época, la teoría de la equivalencia de las condiciones que provocaba la inexistencia de diferencias conceptuales entre autores y partícipes³²², y con la consiguiente disolución de la diferencia en la variabilidad de la pena³²³. Este problema de identidad punitiva se solventaba complementando la idea del acuerdo previo con la teoría subjetiva como fundamento de la diferencia sancionadora entre los autores y los cómplices, bajo el prisma de “animus auctoris”, manifestado en el interés del partícipe que presupone el acuerdo de todos para la comisión conjunta del delito. Esta teoría del “acuerdo previo” no se

³¹⁸ MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, Ed Reppertor, Madrid, 2015, pág 376; En el mismo sentido, BACIGALUPO ZAPATER, “La teoría del dominio del hecho... op cit, pág 11, se muestra a favor de una noción de autor diferente en el delito doloso y al imprudente, pues si se admite que la dogmática de los tipos dolosos e imprudentes no es coincidente,” el diferente sistema de la autoría de cada uno de ellos será dogmáticamente, por lo menos, tan válido como la unidad”.

³¹⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, Ed Reppertor, Madrid, 2015, pág 379.

³²⁰ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Curso de Derecho Penal*, Ed Cedecs, Barcelona, 1996, pág 479.

³²¹ STS, 21 de noviembre de 1920, “el acuerdo previo, genera un vínculo de solidaridad que los hace, a los que ejecutan el hecho conjuntamente, responsables en el mismo grado independientemente de la cooperación objetivamente prestada”.

³²² STS, 12 de febrero de 1976, “la distinción entre cooperadores necesarios, es decir, autores y cómplices ha de hacerse mediante el criterio de la equivalencia de las condiciones, de suerte que, si suprimido mentalmente el acto desaparece la cooperación esta será necesaria”.

³²³ BACIGALUPO ZAPATER, “La teoría del dominio del hecho en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *ADCP*, 2008, pág 5.

abandonó totalmente sino que se combinó con la teoría del dominio del hecho³²⁴ de apoyo mayoritario doctrinal, conviviendo entonces dos pilares: formal y material³²⁵, en un intento de responder de forma individualizada al hecho concreto³²⁶.

En el panorama actual, la incardinación del Derecho Penal en el contexto histórico aplicado exige la búsqueda de nuevas premisas que armonicen la individualización de la pena a los recientes fenómenos criminológicos (terrorismo, organización criminal, lesa humanidad) y que generen axiomas a los que no cabe responder mediante una única perspectiva de responsabilidad penal. Entendiendo BACIGALUPO que estamos ante una situación de transformación del *modelo naturalista* (con la cooperación causal como punto de partida) a un *modelo normativo*, en el que lo decisivo es la responsabilidad desligada de la causalidad. En este modelo aparecen nuevas figuras de conexión, como: “imputación jerarquizada”, la “infracción de deberes de supervisión”, “la responsabilidad institucional colectiva”, la “participación activa en una organización”, o “contribución conspirativa”³²⁷.

³²⁴ Así aparece la idea del dominio del hecho en la Jurisprudencia En STS de 09/05/1967. La utilización del término *señorío de la acción* se refleja en STS de 27/06/1967, STS 11/12/1970. En otras sentencias se manifiesta que tanto el autor directo, como el cooperador necesario, tienen el dominio del hecho, así STS de 21/02/1973 y STS 27/03/1973. En STS 11/04/1977 se acude al dominio del hecho y a la realización de "actos nucleares y capitales de la dinámica comisiva", para fundamentar la autoría material que encuadraba el artículo 14.1 del derogado Código Penal de 1973.

³²⁵ BACIGALUPO ZAPATER, "La teoría del dominio del hecho... op cit, pág 5, recalca el autor la ausencia de compatibilidad absoluta entre las dos posturas".

³²⁶ En Sentencia 2/01/1985, el Tribunal Supremo fija los parámetros de la autoría de forma combinada: "*precisará, no sólo el concierto previo con la finalidad de delinquir, donde resultaría el dolo necesario..., sino aportación de actos ejecutivos para el fin propuesto y además que estos actos sean necesarios. Por ello, la jurisprudencia habla de la importancia objetiva de la acción, que en la cooperación lo decisivo es su eficacia, necesidad o trascendencia para el resultado, de tal forma que la hagan indispensable. De ahí han surgido como criterios que califican la autoría: 1º El de la equivalencia de condiciones, 2º La doctrina del dominio del acto del autor, que tiene así poder sobre la acción*". Más reciente, en términos igualmente mixtos, STS 822/2013, de 6 de noviembre: "*Dos son los planos -apuntábamos en las SSTs 170/2013, 28 de febrero; 516/2012, 15 de junio y 1280/2009, 9 de diciembre- en que necesariamente se apoya la apreciación de una coautoría: a) existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo, que puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores, con o sin expreso reparto de papeles, o bien puede presentarse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o en todo caso muy brevemente anterior a ésta. Y puede ser expresa, o tácita, la cual es frecuente en casos en los que todos los que participan en la ejecución del hecho demuestran su acuerdo precisamente mediante su aportación; b) la coautoría requiere en todo caso una aportación al hecho que puede valorarse como una acción esencial en la fase ejecutoria, que integre el elemento objetivo apreciable, aunque el coautor no realice la acción nuclear del tipo delictivo. La trascendencia de esa aportación se fija por el dominio funcional del hecho en el coautor (STS 529/2005 de 27 de abril).*

Interesa aquí subrayar ese aspecto objetivo, porque el simple acuerdo de voluntades o "societas sceleris" no es suficiente para configurar el concepto de autor. Como declara la Sentencia de esta Sala 154/2002 de 5 de febrero, debe ir acompañado de un reparto de funciones dirigidas todas a la consecución del objetivo común asumido, y que sean relevantes para el éxito del plan proyectado, de suerte que aunque exista el acuerdo común no podrá legalmente calificarse de coautoría la participación en el delito de quien desempeña una función subsidiaria sin suficiente relación causal y eficacia con el resultado perseguido; pero sí cuando el individuo aporta una contribución objetiva y causal para la producción del hecho típico querido por todos, porque si el sujeto no ha ejecutado personalmente los actos materiales que integran el núcleo del tipo, pero ha desempeñado funciones asignadas en el plan común, relevantes, principales y causalmente decisivas, en este caso la aportación revela el dominio funcional sobre el hecho a realizar".

³²⁷ BACIGALUPO, "La teoría del dominio del hecho... op cit, págs 10, 11. Pone de manifiesto el autor la flexibilización

V.3.4.2.2 INCIDENCIA DE LAS FORMAS DE PARTICIPACION EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

Junto a la personificación de la responsabilidad por la realización, en calidad de autor, de un hecho típico antijurídico (o típicamente antijurídico) como eje, orbitan los demás intervinientes en el hecho como manifestación de la participación.

La órbita del partícipe, en clave de inducción o complicidad, sobre la autoría no impide su autonomía con un núcleo común. En este sentido, ROXIN ha definido la participación como “ataque autónomo al bien jurídico³²⁸ mediante la colaboración dolosa no constitutiva de autoría en un hecho típicamente antijurídico cometido con dolo típico”³²⁹, de forma que el cómplice no deja de ser autor de su propio hecho pero, en el marco de la punibilidad del hecho global, asume el castigo del partícipe, en su relación o dependencia con el hecho típico antijurídico cometido. Es por ello, que la doctrina dominante habla de la accesoriadad³³⁰ de la participación.

No existe unanimidad a la hora de considerar el grado de accesoriadad de la participación en relación al hecho cometido por el autor (o actor principal). Se habla de accesoriadad máxima, media

efectuada por el propio legislador del concepto restrictivo de autor, cuando equipara la acción típica al favorecimiento de la misma, identificando autoría y partícipe en supuestos de tráfico de drogas, prostitución, o delitos contra los derechos de los trabajadores.

³²⁸ La exigencia de ataque autónomo a un bien jurídico viene determinada por la propia esencia del Derecho penal, de naturaleza subsidiaria y última ratio, interviniendo en los ataques frente a los bienes jurídicos esenciales.

³²⁹ ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II*, Ed Civitas, Madrid, 2014, pág 204; Por el contrario, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte General*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 461, defiende la consideración de la participación como “concepto de referencia”, que presupone la existencia de un autor principal, en función de cual se tipifica el hecho cometido. Para cuyo deslinde la línea más correcta es el dominio del hecho, sin perjuicio de la necesidad de ser completado con otros en los supuestos de delitos imprudentes o comisión por omisión, en los que, además, se incorporan elementos como deber de garante o infracción de un deber extrapenal. También se decanta por la posición secundaria del partícipe, MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, Ed Reppetor, 2015, pág 410.

³³⁰ También, JESCHECK *Tratado de Derecho Penal...* op cit, pág 715, el injusto del hecho del partícipe consiste en que “colabora en la infracción de la norma del autor”. El injusto del hecho del partícipe es por ello dependiente en fundamento o causa y medida del injusto del hecho principal; HERRXBERG, citado por ROXIN, *Derecho penal, Parte General. Tomo II...* op cit, pág 215, ha puesto de relieve la no accesoriadad del dolo, es decir, la necesidad de un dolo independiente o autónomo de consumación del delito en la persona del partícipe. Basando la naturaleza del dolo en un elemento personal especial, que generaría, a efectos de punibilidad, una atenuación de la pena por falta de elementos personales del partícipe, pero que no alcanza la impunidad en los supuestos en los que no hay ataque, por parte del partícipe, a un bien jurídico; DIAZ Y GARCÍA COLLEDO, *La autoría en el derecho penal*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona 1991, pág 198, considera este autor que, aunque un sistema unitario resuelve mejor los supuestos de codelincuencia, la adopción de un sistema diferenciado se adapta a la regulación vigente y a los principios de legalidad e intervención mínima; del mismo autor, “Autoría y participación”, *La Ley*, 1996; En el mismo sentido LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad en el delito*, Ed Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pág 78.

y limitada, ciñéndose esta última a la necesidad de la tipicidad y antijuricidad del hecho principal realizado por su autor pero no a la culpabilidad, lo que le otorga un rango mayor de autonomía en la dependencia con el hecho principal, sin perder la condición de secundario, pues la naturaleza primaria en ambos hechos determinaría la condición de coautoría mas no de participación³³¹. De este modo se evita el desbordamiento de la punibilidad de la participación³³² al fijar un marco delimitado por la accesoriadad.

Son, precisamente, la accesoriadad y el dominio del hecho las directrices que han de guiar al Juez a la hora de calificar la personificación de la responsabilidad en el supuesto de pluralidad de intervinientes en el hecho, como manifestación de la armonización de la individualización. Nos hallamos ante un proceso que suena en clara clave de arbitrio judicial, delimitado por la legalidad³³³.

³³¹ En este mismo sentido, ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II*, Ed Civitas, Madrid, 2014, pág 207, entiende que el injusto de la participación se deriva del injusto del autor, pero que no deja de ser, en parte autónomo e independiente (en tanto la colaboración en el hecho del autor representa simultáneamente un ataque propio al bien jurídico por parte del partícipe).

En sentido contrario, SCHMIDHÄUSER, se aparta de la accesoriadad, y, se centra en la independencia o autonomía del tipo injusto del delito del partícipe, entendiendo que “el que la ley penal haga depender ampliamente el delito del partícipe de un hecho principal cometido tiene su fundamento, sólo en la punibilidad o merecimiento de la pena”. Es la *teoría pura de la causación*, que trata de resolver los problemas con el extraneus a través de una matización del concepto, transformándolo, según la necesidad, en un presupuesto material alejado de la normatividad con la que es revestida en el Texto punitivo la punibilidad; La *teoría de la participación en la culpabilidad*, parte de la independencia del injusto o del ilícito del partícipe en relación al injusto o ilícito del autor, fundamentándola en la propia actividad del partícipe que condiciona, implica o involucra al autor en la culpabilidad, superadas las dos anteriores en la medida que el Código penal presupone un hecho principal antijurídico, pero no fija la necesidad de la culpabilidad del principal, esto es, altera el orden de los factores, no siendo determinante que la actividad del partícipe implique o involucre al autor en la culpabilidad, elemento esencial o punto de partida de las dos concepciones anteriores; La *teoría modificada de la participación en la culpabilidad*, fundamenta la punición del partícipe en la actividad de éste involucrando al autor en una actuación injusta, ilícita, sin que transforme la actividad del autor en culpable y punible. Colocando al partícipe en posición principal frente al autor en materia de punición. Lo que lleva a plantear algunas complicaciones a la hora de explicar la inducción, en la que la pena del autor es base para fijar la inducción contrario, pues, a la idea de desintegración del autor; tampoco cabe la fundamentación de la responsabilidad del partícipe en la desintegración del autor, en tanto, el partícipe es responsable de sus propias decisiones y acciones; La *solidarización con el injusto ajeno como fundamento del castigo de la participación*, SHUMANN, parte de la autonomía del injusto del partícipe, fundamentando su punición en “que el partícipe se solidariza con el ilícito o injusto doloroso ajeno mediante su contribución dolosa, se mezcla o pone en común con el hecho ajeno”. Convirtiendo la participación mediante esta solidarización “en un ejemplo insoportable para la comunidad jurídica”. Citados por ROXIN *Derecho Penal, Parte general. Tomo II...*op cit, pág 210 y ss . Con esta teoría se sustituye la materialización de la actividad del partícipe, aquella que repercute en el resultado, por la intangible de la psico-sociológica de solidarizarse con el autor.

³³² En el mismo sentido, ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II*, ...op cit, pág 217.

³³³ En la Crónica del Tribunal Supremo comprobamos la adaptación de las distintas teorías para distinguir autoría y participación. La regulación que el CP establece en materia de autoría-complicidad (arts. 28 y 29), en la que esta última modalidad de participación se define por exclusión de la primera, sigue propiciando resoluciones de interés, dentro del «complejo universo de la asignación de responsabilidades penales», cuando intervienen dos o más personas en un hecho delictivo. Y así, la STS 26-2-2004 (RC 271/03P), aborda la diferencia entre la complicidad y la autoría, indicando que: “La complicidad consiste en la cooperación anterior o simultánea a la ejecución del hecho mediante una aportación relevante pero no necesaria según el plan del autor. De esta forma, el cómplice, que colabora al hecho de otro, no tiene el dominio funcional del hecho”.

Por el contrario, el autor tiene el dominio del hecho. Y cada coautor, sobre la base de un acuerdo, previo o simultáneo,

expreso o tácito, tiene el dominio funcional, que es una consecuencia de la actividad que aporta a la fase ejecutiva y que lo sitúa en una posición desde la que domina el hecho, al mismo tiempo y conjuntamente con los demás coautores. Esta es la ejecución conjunta a la que se refiere el Código Penal (...). En consecuencia, a través del desarrollo del «pactum scaeleris» y del co-dominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones no integrantes del núcleo del tipo, que sin embargo contribuyen de forma decisiva a su ejecución...”. “Por su parte, la STS 22-9-2003 (RC 1752/02), profundizando en esta cuestión, trata la cuestión de la «aportación en la ejecución del plan delictivo» por quienes parecen tener una participación secundaria. Y discrepando del criterio de la Audiencia que se fija exclusivamente en el «dominio del hecho», subraya que lo decisivo para diferenciar una cooperación necesaria de la que no lo es, estriba en «la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores». De ese modo, no es sólo la causalidad o la «conditio sine qua non», lo que determina la responsabilidad sino la necesidad o no de la aportación de la cooperación efectuada. Doctrina que se aplica al caso en cuestión, en estos términos:

Desde este punto de vista, la custodia de un vehículo mientras es preparado para ser utilizado en la comisión del delito y la puesta a disposición del mismo en el lugar y en el momento en el que los autores lo necesitan según su plan, configuran una aportación sin la cual el hecho no hubiera podido ser cometido, dada la importancia que tienen en la programación de un delito, que requiere un vehículo de identidad falsificada para el transporte de los objetos del mismo. Sin ese vehículo y sin disponer de él en ese momento el delito no se hubiera podido cometer según el plan de los autores y, no obstante, el partícipe carece del dominio del hecho. Con otras palabras: el dominio del hecho no se determina sólo mediante la causalidad”.

“Las últimas sentencias del tribunal Supremo mantienen la línea argumental individualizada, así, la STS 07-02-2013 (Rc 671/2012) se refiere a un supuesto de condena de varias personas como coautores de un delito contra la salud pública, las cuales fueron sorprendidas de madrugada en el momento en el que estaban descargando fardos de hachís de una embarcación; tratando de huir al percatarse de la presencia policial.

Los verbos que maneja el artículo 368 del CP, «promueva, favorezca o facilite», son de gran amplitud, por lo que los casos de complicidad serán muy excepcionales, desbordando la conducta de los recurrentes esos supuestos. Una cosa es, declara la sentencia, que los acusados actúen por encargo o al servicio de otros, que sean meros peones, lo que puede servir para excluir alguna de las agravaciones del artículo 370 del CP, y otra muy diferente que estando ante actuaciones conjuntas y concertadas, con varios partícipes, se pretenda separar a los principales, para considerarlos autores, y a los subalternos, para entender que estos son cómplices.

En definitiva, concluye la sentencia que la actuación de estos peones o subalternos queda integrada dentro de los actos descritos en el artículo 368 del CP, puesto que con su labor facilitan y favorecen el consumo de drogas tóxicas, y por lo tanto integra un supuesto que encaja en el art. 28 CP, siendo cuestión distinta que a efectos de individualizar la pena, se tenga en cuenta la labor concreta de cada uno de los acusados, distinguiendo entre los organizadores de la operación y los que se mueven en un estadio muy secundario realizando tareas de descarga o vigilancia.

La STS 25-09-2012 (Rc 29/2012) expone, por su parte, qué criterios han de tenerse en cuenta para concluir que todos los intervinientes en una agresión conjunta han de ser condenados como coautores respecto a las lesiones causadas durante la misma.

A este respecto, se exponen los siguientes criterios:

Todos los que intervienen en una pelea, para la que existe una decisión común de agredir, aceptan lo que cada uno de ellos haga contra la seguridad física de las víctimas, resultando también coautores desde el punto de vista del dominio del hecho. Es lo que ha venido a **llamarse principio de imputación recíproca**.

En todo caso, es necesario comprobar dos cuestiones, que cada interviniente sea autor, en el sentido de tener **dominio del hecho; y la efectiva acción que ha realizado**.

No obstante, junto a la decisión conjunta que se basa en un acuerdo, previo o simultáneo, debe valorarse la posibilidad de excesos por alguno de los partícipes, excesos de los que los demás podrán quedar exculpados porque, más allá del acuerdo, no hay imputación recíproca. Solo cuando no se aprecia exceso alguno sobre lo tácitamente acordado, es cuando todos ellos responden de la totalidad del resultado lesivo producido.

En definitiva, **habrá de valorarse si existe acuerdo previo o simultáneo entre los agresores, y considerar si alguno de ellos se ha excedido de lo acordado, con el fin de no imputar ese exceso a los demás coautores. Partiendo de estas normas, habrá de estarse a cada caso concreto**.

En la misma línea, la STS-27-12-2012 (Rc 11898/20119) se refiere a un supuesto de delito de allanamiento de morada, en concurso medial con un delito de robo con violencia, y un delito de asesinato en grado de tentativa, en el que los acusados son condenados como coautores.

La Sala de lo Penal expone los criterios para determinar la coautoría, y concluye que la realización conjunta del hecho sólo requiere que los coautores sumen conscientemente sus actos, en función de una finalidad objetiva común manifestada en los hechos; determinando que esto fue lo que ocurrió en el supuesto de autos, en el que los acusados, de común acuerdo, acudieron al domicilio de la víctima con la intención de robarle, y la golpearon reiteradamente con un bate, causándole graves lesiones.

La STS 22-10-2012 (Rc 10423/2012) se refiere a un supuesto en el que los tres acusados fueron condenados como

autores de un delito de detención ilegal, y una falta de lesiones, y respecto al delito de violación por el que también habían sido acusados, dos de ellos fueron condenados como autores, y otro como cómplice.

Uno de los condenados por el delito de detención ilegal alegó en su recurso de casación que su intervención debió calificarse como complicidad o encubrimiento, pero no como coautoría, pues cuando interviene en la secuencia de hechos, este delito ya se ha consumado.

Según el relato de hechos probados, la víctima acude a un domicilio de forma voluntaria, pero cuando quiere salir de allí no se lo permiten. Posteriormente, llegó al lugar el recurrente, y movido por ánimo lascivo y en contra de su voluntad, la encierra en una habitación, y tras golpearla y amenazarla con cortar el pelo si no se acostaba con él, la obliga a que le hiciera una felación, penetrándola a continuación vaginalmente. Entonces, abandona el domicilio sin auxiliar a la víctima, a quien dejaron marchar los otros dos acusados al día siguiente de estos hechos.

La Sala de lo Penal concluye que el recurrente ha de ser condenado como autor del delito de detención ilegal, pues si bien no formó parte de la trama inicial de los hechos, sí se aprovechó de esa situación de detención ilegal y además la acentuó, pues dentro de la casa, encerró a la víctima en una habitación.

Es decir, **iniciada una situación de privación de libertad deambulatoria de una persona, quien durante la misma se incorpora, es obvio que tiene conocimiento de esa privación, y la mantiene libremente, con total dominio funcional del hecho, puesto que el acusado pudo haber dado libertad a la víctima y no solo no lo hizo, sino que, como se ha indicado, acentuó la situación de privación, siendo por lo tanto autor del delito.**

En relación a la necesidad de la cooperación, la STS-26-03-2012 (Rc 1036/2012) versa sobre un delito de prevaricación. Estamos ante un delito especial propio del que sólo pueden ser autores los funcionarios públicos con capacidad para dictar resoluciones administrativas. En esta sentencia se analiza la posibilidad de condenar como cooperadores necesarios de esta infracción penal a aquellos sujetos que no reúnen esta condición.

Se trata de un supuesto en el que los acusados, técnicos municipales, manipularon cierta documentación que habían de presentar ante un organismo municipal, y que resultó determinante para la adjudicación de una obra a una empresa que, de otro modo, no hubiera resultado adjudicataria de la misma. Los técnicos fueron condenados como autores de un delito de falsedad y además como cooperadores necesarios de un delito de prevaricación, y ello aún cuando, con respecto a esta última infracción, no se condenó a ningún funcionario como autor de la misma, puesto que en ninguno concurrían los elementos del tipo penal aplicable. Los acusados recurrieron su condena alegando que esta implicaba que eran cooperadores necesarios de un autor que no existía, por lo que se estaría vulnerando el principio de accesoriidad.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo establece en esta sentencia, remitiéndose a otras anteriores, que el principio de accesoriidad, pese a la sutil propuesta de la defensa del recurrente, no se explica por la relación entre el partícipe y el autor material, sino por la acción que uno y otro protagonizan. Para que pueda haber accesoriidad es indispensable que exista un hecho principal típicamente antijurídico. El que ese hecho de relevancia jurídico-penal pueda ser atribuido a una persona concreta o que aquella a la que inicialmente se imputaba resulte absuelta, en nada afecta a la afirmación de accesoriidad.

En definitiva, no hay obstáculo para afirmar la cooperación necesaria en este delito especial cuando concurre una decisión arbitraria, objetivamente considerada, en un asunto administrativo, aunque las autoridades y funcionarios que decidieron no lo hicieran a sabiendas de su injusticia, y, en consecuencia, no sean condenados.

La STS 03-12-2012 (Rc 10631/2012) se refiere a un supuesto en el que el recurrente había sido condenado como autor de un delito de atentado a un miembro de la Policía Autónoma Vasca, y por un delito de utilización ilegítima de un vehículo de motor.

Dice la Sala de lo Penal que, respecto al segundo de los delitos mencionados, es cierto que el recurrente, materialmente, no ejecutó el acto típico: la fractura de los mecanismos de seguridad del vehículo y el apoderamiento del mismo. No obstante, **sí ejecutó actos nucleares imprescindibles para su realización, prestando una colaboración esencial** como fue la conducción hasta el lugar de los tres miembros del comando, y la vigilancia desde el interior de su vehículo.

En definitiva, siendo su aporte esencial, de acuerdo con el concepto amplio de autor, su condición de autor por cooperación necesaria, se considera indiscutible.

Sin embargo, en relación con el delito de atentado, **la actuación del recurrente careció de tal relevancia, y por tanto su aporte fue claramente prescindible**, pues solo queda acreditado que realizó alguna vigilancia de la víctima.

Por lo tanto, no puede predicarse que ostentara un dominio del hecho relativo a este delito. Tal dominio solo lo tuvieron los tres miembros del comando, de los que dependía la realización del atentado. El recurrente colaboró de forma eficaz, pero periférica y prescindible, por más que, obviamente, tuviera intención de ayudar y de realizar un aporte a lo decidido y ejecutado por otros. En este sentido señala la Sala de lo Penal, que **lo característico de la complicidad, es que el cómplice conoce y comparte el dolo del autor, realizando un aporte que debe tener eficacia, pero siempre considerando que dicha colaboración no es nuclear, es prescindible.**

En relación a la complicidad En la STS 27-01-2013 (Rc 704/2012), el recurrente, que fue condenado por el Tribunal del Jurado como autor del delito de asesinato, es condenado en concepto de cómplice por el Tribunal Superior de Justicia.

En la sentencia del Tribunal del Jurado se declararon probados dos hechos respecto al recurrente: uno, que agarró a la

Es el dominio del hecho el que va a facilitar el proceso de armonización, en conjugación con la naturaleza causal de la actividad del inductor. La respuesta a la cuestión ¿cuál es el dominio del hecho del autor en relación a la determinación causal de la actividad del inductor? determina la punibilidad o no del inductor. En este sentido juega un papel determinante la preponderancia de los motivos del autor para la comisión del hecho o, por el contrario, su vacilación y estabilización en la decisión por un tercero. Esta oscilación ha de ser valorada por el órgano jurisdiccional³³⁴. Valoración que se amplía en la necesidad de adecuación de la inducción a la actividad real efectuada, manifestada bien por un exceso en la conducta respecto a la inducción o, en sentido contrario, por una disminución del riesgo o lesión ocasionado por la conducta en relación a la inducción llevada a cabo por el tercero, con repercusiones en el ámbito de la punibilidad y lo penológico.

Para la apreciación de inducción, el Juez ha de tener en cuenta la posible creación dolosa de estímulos que afectan de manera significativa o relevante al riesgo generado sobre los bienes jurídicos, excluyendo la atribución de autonomía de ataque a los mismos, cuando la acción de inducción no ha creado un riesgo que” sobrepase los riesgos cotidianos”³³⁵. Sin perjuicio de la

víctima mientras el otro acusado le golpeaba; y el otro, que siendo su intención inicial apoderarse de los objetos que llevara esta última, decidió, además, ayudar al otro acusado a causarle la muerte, siendo consciente de que no podría defenderse al estar afectadas sus facultades por el consumo de alcohol.

El Tribunal del Jurado condenó a los dos acusados como autores responsables de un delito de asesinato.

El Tribunal Superior de Justicia, por su parte, no aceptó como probado que el recurrente agarrara a la víctima mientras el otro acusado le golpeaba. En consecuencia, le condenó como cómplice y no como autor del delito de asesinato.

Examinados los hechos en casación, se comprueba que el recurrente, propinó un fuerte cabezazo en la cara a la víctima, y después observó como su compañero cogió un listón de madera de un banco, y le dio varios golpes en el cráneo, teniendo el recurrente una actitud pasiva, y llevándose finalmente el móvil de la víctima. Ante estos hechos y al no considerarse probado que agarrara a la víctima mientras el otro acusado le golpeaba, considera la Sala de lo Penal que nos encontramos **con una ayuda inespecífica por parte del recurrente, que justifica su condena como cómplice y no como autor, puesto que la imprecisión ha de interpretarse a favor del reo** y por lo tanto ha de mantenerse la calificación del Tribunal Superior de Justicia.

Puede citarse también como supuesto de complicidad, en esta ocasión, en relación con un delito contra la salud pública de extrema gravedad por transporte marítimo de hachís, la STS 04-03-2013 (Rc 954/2012), en la que el recurrente, condenado como cómplice, no intervino personalmente, pero facilitó el uso de su vehículo para transportar la droga una vez esta había sido desembarcada”.

³³⁴ En este sentido ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II*, Ed Civitas, Madrid, 2014, pág 229, considera que la resolución al hecho ya no es accesible a la inducción cuando “los motivos que presionan a cometer el hecho hayan alcanzado en el autor una clara preponderancia sobre los reparos que acaso aún pueda tener”, pues quien en el fondo está resuelto a ejecutar el hecho, pero aún tiene reparos concretos, ya no es inducible; NEIDLINGER, concibe al inductor como quien “ha desencadenado “decisivamente” la voluntad de acción... que impele a la ejecución del hecho”; STEIN, considera que un modo de conducta participativo es inducción si menoscaba “la fuerza motivadora del deber de conducta impuesto por el sujeto de delante”; PUPPE, hace depender la inducción de que el autor se “obligue mediante una concertación al hecho, la cual motiva o co-motiva a éste en el momento del hecho” (citados por ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* op cit, págs. 220 y ss). Las tres últimas teorías suponen una excesiva ampliación de la punibilidad del inductor, que pierde el carácter determinante por el de mero consejero o coautor.

³³⁵ HILGENDORF, citado por ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II...* op cit, pág 233.

posibilidad de que los medios de inducción puedan ser cualesquiera, siempre que hagan valer “su carácter de provocación o incitación”³³⁶, exigiéndose, por otros autores, una cuota más intensa que que esta mera provocación o incitación: “la dominancia del motivador del hecho”³³⁷, dominio que va a provocar el cambio en la calificación, perdiendo el carácter de inductor y adquiriendo el de autor mediato, desde el momento que ejerce dominio sobre el hecho (criterio de atribución de la autoría)³³⁸.

Obviamente, provocar la actuación jurisdiccional de determinación de la pena e individualización, exige que la inducción tenga por objeto una acción típica, antijurídica (o típicamente antijurídica) y dolosa³³⁹. No perdiendo la inducción su carácter por mutaciones o cambios experimentados a lo largo del *iter criminis* a raíz de la propia incitación, que pueden ir dirigidos a modificaciones subjetivas (el cambio del autor) o, de naturaleza objetiva (cambio del tipo, del objeto del hecho)³⁴⁰, en cuanto imprimen al plan trazado por el autor, su propia impronta o

³³⁶ ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II...* op cit, pág 233, considera este autor como formas de inducción: pedir, reclamar, persuadir, instigar, captar, comprometer, amenazar; que no impiden otras formas más sutiles de inducción.

³³⁷ JAKOBS, citado por ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II...* op cit, pág 236, para el que no es suficiente la influencia psíquica para apreciar inducción si el autor no adopta y mantiene su resolución bajo la dependencia de la voluntad del influidor.

³³⁸ En el mismo sentido, ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II...* op cit, pág 237, la inducción presupone que el autor tiene el dominio del hecho y “decide sobre el sí y el cómo de la ejecución”.

³³⁹ Resulta necesario acotar la actuación del inductor para cubrir la imputación y, posterior condena, que efectúa el órgano jurisdiccional dentro de los límites legales, pues no toda actividad cumple los mínimos penales de actuación dolosa como manifestación del carácter subsidiario del orden penal. El dolo del inductor va proyectado a la obtención de un hecho, la comisión del acto delictivo por el autor. El problema surge a la hora de determinar el contenido del dolo. Siguiendo a ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II*, Ed Civitas, Madrid, 2014, pág 254, comprobamos la falta de unanimidad doctrinal en la materia, decantándose la jurisprudencia alemana porque los elementos individualizantes (objeto, tiempo, lugar y demás circunstancias de la ejecución del hecho) del suceso concreto sean abarcados por el dolo del inductor. Para ROXIN, en cambio, la apreciación del dolo se enmarca dentro de las dimensiones esenciales del injusto del hecho del autor, criterios más flexibles que los fijados por la jurisprudencia encaminados al “daño y dirección del ataque”. HERZBERG, examina la cuestión desde un punto de vista más autónomo: “creación del riesgo de que el influido realmente realice el hecho que se le ha sugerido”.

Dolo que no es necesario vaya dirigido a una persona individualmente determinada, bastando que “se provoque a una persona cualquiera de un círculo de personas individualmente determinado”. Pero si es exigible que el dolo del inductor este dirigido a la comisión por parte del autor del hecho consumado, extendiéndose a los propósitos y móviles que forman parte de la realización del tipo, esto es, los componentes subjetivos en la psique del autor.

³⁴⁰ Para un mayor ahondamiento, ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II...* op cit, pág 238 y ss, considera, el autor, que la incitación al cambio del lugar, momento o medio del hecho, al no estar presente un nuevo plan del hecho, sino sólo una modificación, no genera una incitación sino una cooperación o complicidad. Este mismo argumento, la inalterabilidad del curso externo del hecho como reflejo de la voluntad del autor, en el caso de determinación al cambio del motivo del hecho, da lugar a la complicidad o cooperación. Esta claridad de no invasión de la voluntad del autor del hecho no se presenta en el cambio del objeto del hecho, frente a la que algunos autores han considerado necesario efectuar una delimitación. SCHULZ, fija la frontera en el “dominio del plan”, entendiendo que la inducción intelectual es el dominio sobre la planificación, no sobre la ejecución, mientras que la complicidad es quien ejerce una actividad del apoyo pero no efectúa dominio alguno. Otros autores se decantan por la fijación de la naturaleza de los bienes jurídicos como criterio delimitador de la existencia de inducción o complicidad; entendiendo que existe inducción cuando la determinación afecta a bienes jurídicos personalísimos, en cambio, se aprecia complicidad en la afectación de bienes jurídicos sobre cosas materiales.

sentido.

Pero, ¿qué ocurre cuando la determinación del inductor va dirigida a una radicalización o agravación de la forma comisiva prevista por el autor? ¿Debe valorarse como una forma de ejecución más peligrosa, sin que cambie algo en el enjuiciamiento jurídico del hecho? O, ¿por el contrario, se ha de individualizar la inducción a la concreta actividad? La respuesta se materializa en una variabilidad que va desde la combinación de las distintas fases del delito, identificando en que momento se pierde el dominio por la determinación o incitación, a analizar el hecho delictivo en su conjunto y su afectación al injusto. En este sentido, la doctrina se ha decantado por el “principio de división analítica”, apreciando inducción sólo en aquella parte del tipo a cuya realización no estaba resuelto al ejecutar el hecho. La intensificación del resultado a consecuencia de la inducción genera una agravación del injusto, es la denominada “concepción sintética”. No debemos olvidar las posiciones intermedias doctrinales que vinculan la apreciación de la inducción a la autonomía del delito resultante, no penando la inducción cuando determine una cualificación del tipo³⁴¹.

Con todo ello, no perdemos de vista el juego de equilibrio que se produce en la valoración global del hecho por el Juez cuando el arbitrio judicial se convierte en una pieza clave de la misma, sin que tenga lugar una determinación abstracta-general, sino que las coordenadas del ataque al bien jurídico, como fundamento de la punición de la inducción, circunscriben, en el caso concreto, el enlace entre la inducción y el hecho principal, pues es necesario rechazar la admisión de la inducción porque “no se puede cuantificar una pena si el inductor no tiene representación de las dimensiones esenciales del ilícito o injusto”³⁴².

En el espectro de la personificación de la responsabilidad, junto al dominio del hecho y la incitación, hallamos una responsabilidad menor alejada del núcleo, pero en relación con él, aportándole elementos tangenciales en su puesta en peligro o lesión al bien jurídico protegido, en el

³⁴¹ Para un estudio más profundo, ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II*, Ed Civitas, Madrid, 2014, pág 242, y ss.

Con un punto de salida radicalmente distinto, también se ha de valorar si el autor en la ejecución del hecho se desvía en la línea trazada por la determinación o incitación de la inducción, que ha de ser abordada desde la línea de actuación de la incitación, esto es, todo aquel cambio, ya afecte al objeto del hecho o al tipo, que implique un desbordamiento natural de los límites de la incitación han de quedar fuera de ella, y, por tanto, no imputable al inductor. Y, si afecta al ilícito o injusto, habrá de determinarse en cada caso concreto, si, los cambios o excesos en la misma línea argumental que en el caso anterior, desbordan el injusto incitado, en cuyo caso excluyen la imputación de la inducción.

³⁴² ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II*, Ed Civitas, Madrid, 2014, pág 255.

que “el desvalor de la participación procede del desvalor del hecho principal, en tanto no es un desvalor autónomo”³⁴³.

La participación supone un auxilio doloso³⁴⁴ a un hecho típicamente antijurídico y doloso, en la que el elemento esencial se desenvuelve sobre la “prestación de ayuda”³⁴⁵. Esta prestación de ayuda es definida por ROXIN, como acción que aumenta el riesgo, causal para el resultado típico y jurídicamente desaprobada³⁴⁶. En la que el presupuesto básico para la imputación se centra en la causalidad, como ocurre en todo hecho punible comisivo consumado.

Esta acción de causalidad no mantiene el mismo ritmo de relación con el resultado, pudiendo ser condición imprescindible pero, también, aportación que influye sin que su ausencia impida la consecución del resultado³⁴⁷.

³⁴³ COBO VIVES, *Derecho Penal, Parte General*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia pág 578; MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, Ed Reppetor... op cit, pág 412.

³⁴⁴ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Ed Comares, Granada, 2002, pág 748, dolo que ha de abarcar tanto la ejecución del hecho principal como al favorecimiento. Se trata de dolo doble, en la que no es necesaria la aprobación personal del hecho principal; MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General...* op cit, pág 413, si la doctrina alemana exige dolo en el autor para que sea posible la participación en un hecho y, en coherencia, no cabe la admisión de autoría y participación en los delitos imprudentes; en nuestro país se acepta la participación en hechos imprudentes. Distinguiéndose según se trate de participación dolosa, en cuyo caso precisa de un hecho principal doloso, o participación imprudente que permite la adhesión a un hecho principal doloso o imprudente, pero con efectos directos a la hora de fijar el marco, en tanto la dependencia determina la transformación de la participación dolosa en punición de una participación por imprudencia.

³⁴⁵ Como ha señalado, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...* op cit, pág 744, la prestación de ayuda supone un término amplio en los que no es posible una descripción exhaustiva, pero, sí, su sistematización en complicidad intelectual o psíquica y complicidad técnica o física.

³⁴⁶ ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II...* op cit, pág 275; en el mismo sentido, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...* op cit, pág 744.

³⁴⁷ En el mismo sentido ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II*, Ed Civitas, Madrid, 2014, pág 276 y ss. Decantándose la jurisprudencia alemana por una relación más flexible: “haber fomentado o promovido su provocación”, lo que conlleva la posibilidad de extender la punibilidad de la complicidad a casos de falta real de causalidad modificativa, generando un exceso punitivo.

No existe unanimidad a la hora de conceptualizar la complicidad o cooperación, entre las que destacan la consideración como *delito de peligro*, pues, mediante su aportación ha provocado una puesta en peligro abstracto respecto al bien jurídico típicamente protegido, entre ellos, HERZBERG, que la reconducen a la “ayuda” a la peligrosidad. Mas como ha señalado JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...* op cit, pág 747, esta teoría contradice las bases del Derecho penal vigente, pues la complicidad extraería su contenido del injusto de la co-causación del hecho principal, transformándose en un delito de partícipe autónomo de acuerdo con el modelo de encubrimiento. Siendo suficiente, para el autor, el “incremento del riesgo”; Defiende, otros autores, la concepción de la *complicidad como solidarización* con el injusto o ilícito ajeno. Solidarización en la que no cabe el anonimato, es necesario que el autor la conozca o sea consciente, alejándose de los parámetros de la influencia, lo que lleva, a fijar la punibilidad no desde la materialización (lesión del bien jurídico), sino desde la manifestación de la actitud interna. *La complicidad o cooperación psíquica*, al igual que la anterior opción doctrinal se aleja del hecho tangible, la materialización de la cooperación física, centrándose en las aportaciones espirituales o morales. Que dificultan el reproche en los supuestos omisivos si no se halla presente la posición de garante. *La complicidad o cooperación como incremento causal del riesgo*, en concordancia con la imputación objetiva, una aportación causal sólo puede ser una cooperación o complicidad cuando haya incrementado el riesgo para la víctima, y la consiguiente oportunidad de éxito para el autor. Para ROXIN, esta teoría reconduce al fundamento de la participación, pues, quien mejora dolosamente las oportunidades del autor e incrementa el riesgo para la víctima, comienza un ataque autónomo al bien jurídico. Este ataque o mejora puede llevarse a cabo mediante:

Ahora bien, no podemos dejar de preguntarnos si todo aumento causal y doloso del riesgo es una cooperación punible. La amplitud de la complicidad, a la que anteriormente aludíamos, (cualquier favorecimiento doloso de un hecho ajeno doloso) no abarca cualquier espacio temporal, sino que ha de estar limitado a la acción preparatoria o la realización de algún elemento del tipo³⁴⁸. Así mismo se excluyen las acciones que supongan una realización de propia mano de todos los elementos del tipo, interviniendo de forma plenamente responsable³⁴⁹, en las que desaparece la cobertura de complicidad y se asume el papel principal; sin olvidar, el necesario incremento del riesgo³⁵⁰, mediante la facilitación, posibilidad, intensificación o incremento del hecho principal. Quedando relegado del ámbito penal los comportamientos neutros³⁵¹, actos de la vida cotidiana.

La posición dentro de la partitura, su lejanía o cercanía del núcleo, tiene su reflejo en el ámbito penológico, concretamente el contenido del injusto de la complicidad caracterizado por favorecer el hecho principal determina una influencia mediata en el resultado³⁵², manifestándose en una disminución de la culpabilidad del cómplice respecto del autor. Levedad en la culpabilidad, de la que es plenamente consciente el legislador cuando sanciona al cómplice con la pena inferior en uno grado a lo señalado para el autor o la tentativa.

V.3.4.2.3 EL GRADO DE DESARROLLO DEL DELITO. LA TENTATIVA

En paralelo a la autoría (en el que el criterio rector, predominante, es el domino del hecho) y con su propio espacio de injusto (en el que el criterio no es la proximidad o lejanía con el núcleo de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico) se halla la tentativa³⁵³, centrada en la voluntariedad

posibilitar, facilitar, intensificar o asegurar el hecho. Para SCHAFFSTEIN, en cambio, se aleja de la causalidad propia de la imputación objetiva y se centra en cursos causales hipotéticos para negar el incremento del riesgo.

³⁴⁸ También, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...* op cit, pág 745; ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II...* op cit, pág 305 y ss, sin descartar que una colaboración esencial en fase de ejecución en los delitos de dominio puede hacer girar la calificación de una complicidad a una coautoría.

³⁴⁹ En el mismo sentido, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...* op cit, pág 744.

³⁵⁰ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...* op cit, pág 747.

³⁵¹ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...* op cit, pág 748, considera el autor que las acciones neutras, sólo pueden ser entendidas como complicidad si el cómplice conoce la resolución delictiva del autor o el conocimiento se posee y utiliza para la comisión del delito; ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II...* op cit, pág 291 y ss.

³⁵² En el mismo sentido JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...* op cit, pág 749.

³⁵³ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...* op cit, pág 551, hoy día la teoría objetiva, que fundamenta la tentativa sólo en la puesta en peligro del objeto de la acción protegida por el tipo o en la alta probabilidad del acaecimiento del injusto del resultado, ha quedado superada. Superándose, igualmente, la teoría, puramente subjetiva, que originaba un desbordamiento de la punibilidad, al atender, únicamente, a la representación del autor sobre el comienzo de la ejecución, lo que conllevaba una confusión con los actos preparatorios, de naturaleza impune; en el mismo sentido

contraria a Derecho que se inicia y en la pérdida de la confianza de la sociedad como causa del merecimiento de la pena. En la que es necesario que concurren: la resolución a la realización del tipo como elemento subjetivo, la inmediata puesta en marcha de la realización del tipo como elemento objetivo y la ausencia de la consumación del tipo como factor negativo conceptualmente necesario³⁵⁴.

No nos hallamos ante una figura independiente y nueva respecto a las normas generales de autoría/tipicidad sino, por el contrario, ante un tipo dependiente³⁵⁵, que combina la intencionalidad del injusto con la actuación de todos los elementos que lo conforman, de manera que pueda pasarse a la fase decisiva “sin necesidad de pasos intermedios esenciales”³⁵⁶, y con un freno externo a la actuación que no impide acercarse a “los límites mismos de la acción típica”³⁵⁷ y que determina la falta de consumación.

Ahora bien, a la hora de individualizar la pena es necesario diseccionar los elementos de tipo

FIANDACA/MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, Ed zanichelli, Bologna 2014, pág 479, se decanta los autores como la forma coherente de unir la punir con los presupuestos irrenunciables de un derecho penal del hecho: “presupposti riassumibili nella fondamentale esigenza che il propósito criminoso si traduca in un comportamento materiale che, a su volta, produca una effettiva lesione, o al meno una messa in pericolo obiettivamente accertabile, del bene protetto”. Otros autores, en cambio, fundamentan la punición de la tentativa en parámetros subjetivos: la voluntad de delinquir manifestada al exterior mediante actos de ejecución del delito, sin que ello suponga un abandono a la propia voluntad del autor del hecho que supondría una fractura del principio de legalidad. Decantándose por argumentos a favor de una teoría subjetiva relativa, FERRÁ TRAPET, *La tentativa del delito*, ed Edisofer, IB d F, Argentina, 2011, pág 190 y ss. Esta teoría fue predominante en la jurisprudencia española, con base en la teoría de la univocidad o equivocidad, MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, Ed Dickinson, Madrid, 2015, pág 356; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte General*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 442, fundamenta la punición de la tentativa en determinaciones de política criminal y preventiva, que preside todo el Derecho Penal, convirtiendo la tentativa en “una causa de extensión de la pena” respondiendo a una necesidad político-criminal de extender la amenaza o conminación penal prevista para los tipos delictivos consumados a conductas que si bien no provocan una consumación están muy próximas a ello, realizadas con voluntad de conseguirla, convirtiendo, de este modo, a la tentativa en una norma penal incompleta.

³⁵⁴ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...* op cit, pág 552; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte General*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, pág 441, centra el fundamento de su punición en el menor desvalor de resultado de la tentativa frente a la consumación, aunque el desvalor de la acción sea el mismo.

³⁵⁵ Como ha señalado JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...* op cit, pág 552, sus elementos han de estar referidos al tipo penal; en el mismo sentido FIANDACA/MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, Ed Zanachelli, Bologna, 2014, pág 475, “la premessa: la consumazione del reato”.

³⁵⁶ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...* op cit, pág 558; MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, Ed Dickinson, Madrid, 2015, pág 358, exige una conexión directa entre el acto de que se trate y la realización típica, de modo que aquél aparezca como parte de este. Enlaza el autor la exigencia de conexión directa con el principio de inmediatez temporal jurisprudencial (STS 2227/2001, de 29 de noviembre) como necesidad de que no falte ninguna fase intermedia entre el acto de que se trate y la estricta realización de la conducta típica.

³⁵⁷ ROXIN, *Derecho Penal, Parte General Tomo II*, Ed Civitas, Madrid, 2014, pág 308; En este sentido, FIANDACA, G/MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, Ed Zanachelli, Bologna, 2014, lo considera un delito perfecto estructural porque presenta “los elementos necesarios para la existencia de un delito: el hecho típico, la antijuricidad y la culpabilidad” Así en el plano normativo, el delito tentativo constituye “un título autónomo del delito caracterizado por un línea ofensiva propia, pero conservando el mismo nombre de la figura delictiva consumada”..

precisos para llegar a la consumación³⁵⁸, así como el nivel de puesta en marcha o actuación alcanzada³⁵⁹ antes del freno externo que van a fijar el marco punitivo en el que se desplace el Juez a la hora de individualizar armonizadamente a la gravedad del hecho y circunstancias concurrentes, donde la culpabilidad se convierte en frontera del arbitrio del Juez en la función de individualización de la pena.

Pero, entonces, ¿esta individualización es única? O, dicho de otro modo, ¿los criterios delimitadores del marco punitivo vuelven a surgir a la hora de fijar la pena numérica concreta?

Al Juez se le brinda, legalmente, un doble marco, ambos de carácter atenuante: uno “ordinario” y otro “especial”³⁶⁰, o en palabras del legislador: “*pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado*”³⁶¹. En los que debe tener en cuenta, como pieza base del escenario punitivo, la falta de injusto de resultado, en tanto en un análisis en igualdad de

³⁵⁸ En este sentido, MIR PUIG, S, *Derecho Penal, Parte General...* op cit, pág 358 habla de *momentos dotados de unidad de acción*, puesto que solo desde el punto de vista naturalístico no existe solución de continuidad en el desarrollo de un hecho. Sin perjuicio que esos momentos puedan pertenecer a la fase de preparación, de tentativa o de consumación, según el plan del autor.

³⁵⁹ Tradicionalmente, se hacía distinción en nuestro ordenamiento jurídico, entre tentativa acabada y frustración. Desaparecida la distinción en el CP de 1995, se reconduce a la tentativa acabada e inacabada de repercusiones punitivas y que alcanza tanto a la determinación de la pena como al desestimiento. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte General*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 446; MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General...* op cit, pág 360, la distinción entre tentativa acabada e inacabada, permite la adopción de criterios objetivos o subjetivos; el primero de ellos hace referencia a la globalidad de circunstancias por las que puede verse afectada una acción. El segundo de ellos se circunscribe al mismo sujeto responsable de la acción; CHOCLAN MONTALVO, *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, Ed Colex, Madrid, 1997, pág 110, pone el acento en criterios subjetivos, concretamente en el plan del autor, combinándolo con aspectos objetivos. Este criterio subjetivo es utilizado por BACIGALUPO, *Código Penal, Doctrina y Jurisprudencia*, comentario al art 16, pág 540, para delimitar la tentativa acabada y la inacabada, precisando que “habrá que comprobar si el autor hizo o no todo aquello que de acuerdo con su plan debía verificar para la realización delictiva... será acabada cuando el autor, según su plan, realizó todos los actos necesarios para lograr su consumación y ésta no ha tenido lugar...será inacabada si el autor no hizo todavía todo lo que según su plan era necesario para lograr la consumación. Esta preeminencia de la voluntad del autor manifestada en el plan puede facilitar la tarea de deslindar supuestos fronterizos como son las lesiones y la tentativa del homicidio, pero se queda huérfano si no podemos entrar en el intelecto del investigado; para evitar este marco de desconocimiento se ha de volver a los parámetros legales: “peligro inherente al intento” o desvalor del resultado y el “grado de ejecución alcanzado” o desvalor de acción. En el ordenamiento jurídico italiano distingue igualmente, entre tentativa “compiuta” y tentativa “incompiuta”, con un relevancia discutible en cuanto le otorga el mismo tratamiento sancionatorio, FIANDACA/MUSCO *Diritto Penale, Parte Generale*, Ed Zanichelli, Bologna, 2014, pág 484, 487 y 489: “actos idóneos directos de modo no equivoco a la comisión de un delito”. En este punto la doctrina italiana se halla conforme a la hora de atribuir una naturaleza objetiva al requisito de “idoneità”, sin que se extienda al contenido de la misma la uniformidad de pensamiento doctrinal, “no existe unidad a cerca del grado o el nivel de idoneidad necesario a fin de la configuración de la tentativa punible” sobre la base de “possibile”, “ragionevole adeguata”, “verosimile”. En segundo lugar, el elemento de cierre de la tentativa es la “univocità delgi atti” definida por CARRARA, como el acto externo posibilita conducir tanto al delito como a la acción inocente, no estaremos ante un acto preparatorio, el cual no cabe imputarse como conato”. En un intento de responder cuando se puede decir que un acto de modo inequívoco conduce a un resultado delictivo, surgen distintas posiciones doctrinales que recalcan: la naturaleza de criterio de prueba del propósito criminal o, la característica objetiva de la conducta.

³⁶⁰ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...*op cit, pág 561.

³⁶¹ Art 62 del Texto punitivo.

circunstancias, el hecho intentado acredita, sin objeciones, una menor gravedad del hecho consumado³⁶². Es el resorte de aparición en escena del arbitrio judicial pues, es necesario llevar a cabo una valoración del injusto y de la culpabilidad como entes independientes de la autoría, sin perjuicio de utilizar el *iter criminis* del autor como faro. Valoración que nace intrínsecamente unida al principio de igualdad: tratar desigualmente supuestos distintos, y que se encauza a la propia realidad delictiva de la tentativa, esto es, el desarrollo de la actividad efectuada o, hasta donde alcanza la ejecución: si se aproxima a la consumación o, por el contrario, la actividad delictiva fue obstaculizada externamente en las primeras fases de la exteriorización.

Adicionándose como parámetro de valoración, la esencia de la intervención penal: el ataque al bien jurídico protegido. Agresión que no se ha materializado en el injusto de modo que precise la calificación de autoría pero, así mismo, no deja indiferente a la sociedad por representar una puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos o considerados esenciales en la mente colectiva y, por ende, digno de represión penal. Centrándose, la evaluación judicial, en el grado de peligro inherente al intento, alejándose de ecuaciones aritméticas y acogiendo criterios de razonabilidad.

Una vez determinado el marco de pena inferior en uno o dos grados, se ha de concretar la pena numérica impuesta al acusado de tentativa. Pena numérica que, sin embargo, no se obtiene de operaciones matemática de sumas, restas, multiplicaciones o divisiones sino, de un nuevo proceso de medición intelectual valorativa donde se sopesa las circunstancias del hecho y la mayor o menor gravedad del hecho. Factores de “naturaleza ambivalente”³⁶³ que pueden favorecer o ir en contra del sujeto que lleva a cabo la tentativa, en la que la culpabilidad es la base de la individualización³⁶⁴ y, a la vez, límite del juicio de razonabilidad que efectúa el Juez.

En un principio, la nomenclatura de los criterios orientadores parece separar los dos procesos: el marco punitivo (grado de ejecución alcanzada y peligro inherente al intento³⁶⁵) y, la individualización armonizadora (circunstancias del hecho y su mayor o menor gravedad). No obstante, en la praxis judicial la frontera se difumina, pues ¿no consiste la valoración del grado de ejecución y del peligro, en un juicio de razonabilidad sobre las circunstancias del hecho y la mayor

³⁶² En similares términos, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...* op cit, pág 562.

³⁶³ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...* op cit, pág 955.

³⁶⁴ En el mismo sentido, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...* op cit, pág 956.

³⁶⁵ En el ordenamiento italiano los elementos definidores de la tentativa son “idoneità” y la “univocità degli atti”, FIANDACA/MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, Ed ZAnichelli, Bologna, 2014, pág 482.

o menor gravedad del mismo?³⁶⁶ Todo ello, investido de las directrices de seguridad jurídica que

³⁶⁶ Así, a título ejemplificativo del sentido jurisprudencial de la tentativa, Sentencia del Tribunal Supremo 539/2014, se dispone que: “por ello, el nuevo CP ha concentrado en un solo precepto las formas imperfectas de ejecución del delito, considerando que sólo existen dos modalidades: el delito consumado y la tentativa, sin hacer más especificaciones sobre los grados de esta, como se hacía en el anterior Código Penal. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia han venido distinguiendo entre lo que se denomina tentativa acabada, que equivale al anterior delito frustrado y la tentativa inacabada, que es la que tradicionalmente recogida en los textos anteriores (STS 269/2005, de 28-2). Para determinar la distinción entre la tentativa acabada e inacabada (STS 817/2007, de 15-10) se han manejado doctrinalmente dos teorías: una subjetiva, que pone el acento en el plan del autor, o sea, en el signo interno del propósito del mismo, conforme a la cual, si lo que el sujeto quería llevar a cabo era la total consumación del hecho, estaremos en presencia ya de una tentativa acabada; y, otra teoría de características objetivas, que pone el punto de vista en la secuencia de actos verificada antes de la interrupción forzada del hecho, de modo que, si se han practicado todos aquellos actos que debieran dar como resultado el delito, y éste no se produce en todas sus consecuencias todas sus consecuencias por causas ajenas a la voluntad del culpable, estamos en presencia de la tentativa acabada. La inacabada, sin embargo, admite aún el desistimiento voluntario del autor, con los efectos dispuestos en el art. 16.2 del Código penal.

En realidad, lo correcto es seguir una teoría mixta, pues el plan del autor es necesario para distinguirlo de otros tipos delictivos y conocer las características internas de lo querido por el agente, y la objetivación de la actividad desplegada es necesaria para llegar a determinar el grado de ejecución alcanzado por el delito.

Realmente, la interpretación de la realización de todos los actos a que se refiere el art. 16.1 del Código Penal no puede ser entendida en sentido literal, pues es claro que en la tentativa siempre habrá fallado algo, de modo que no se puede mantener que, en sentido físico, se han desplegado todos los actos que debieran dar como resultado el delito, y éste no se ha efectuado. En los delitos de resultado, éste es exigido por el ordenamiento jurídico para que se produzca la consumación. De modo que ese “todos”, debe entenderse en sentido jurídico, esto es, el despliegue de la actividad criminal por el autor, de modo que la frustración es un mero accidente con el que no contaba el sujeto activo del delito. Aunque la jurisprudencia, quizá con un excesivo arrastre del concepto de tentativa y frustración del Código Penal anterior, sigue manejando los conceptos de tentativa acabada e inacabada, este punto de vista debe ser modificado a la vista de la nueva redacción del art. 62 del Código Penal. En efecto, en este precepto, no solamente se tiene en cuenta “el grado de ejecución alcanzado”, que es una traslación de los antiguos conceptos de la imperfecta ejecución, sino atender al “peligro inherente al intento”, que es tanto como poner el acento en la conculcación del bien jurídico protegido, momento a partir del cual los hechos entran en el estadio de la tentativa, y el peligro, que supone la valoración de un nuevo elemento que configura la cuantía del merecimiento de pena, y cuyo peligro no requiere de módulos objetivos de progresión de la acción, sino de intensidad de ésta, de modo que el peligro actúa corrigiendo lo más o menos avanzado del intento, y cuando concurre, determina una mayor proporción en la penalidad aplicable, siendo así, que constatado tal peligro, ha de rebajarse en un solo grado la imposición punitiva.

Doctrina que se reitera en STS 1180/2010 de 22-12 al recordar que “el art. 62 establece dos criterios para determinar la concreta penalidad de las conductas ejecutadas en fase de tentativa”: “el peligro inherente al intento” y el “grado de ejecución alcanzado”. La diferencia con respecto al CP 1973 estriba en que mientras en la regulación anterior la tentativa podía rebajarse en uno o dos grados, al arbitrio del tribunal, respecto de la pena correspondiente al delito al delito consumado (art. 52.1) y en la prestación, por el contrario sólo podía rebajarse en un grado (art. 51), en el actual art. 62 se permite una mayor flexibilidad de decisión a los jueces, en la medida en que, en principio, pueden imponer la pena inferior en uno o dos grados a cualquier forma de tentativa, independientemente de si es una tentativa acabada o inacabada.

La doctrina ha destacado que en realidad el fundamento del criterio punitivo del grado de ejecución alcanzado (tentativa acabada o tentativa inacabada) radica en el peligro generado por la conducta, por lo que se está ante el mismo fundamento que el del otro criterio, el peligro inherente al intento, descansando ambos en el principio de ofensividad. Pues todo indica que el texto legal parte de la premisa de que cuantos más actos ejecutivos se hayan realizado, más cerca se ha estado de la premisa de que cuantos más actos ejecutivos se hayan realizado, más cerca se ha estado de la consumación del delito y, en consecuencia, el peligro de lesión es mayor y la lesividad de la conducta también.

Atendiendo pues el criterio central del peligro, que es el que proclama el CP parece que lo razonable es que la tentativa inacabada conlleve una menor pena que la acabada y también que la tentativa idónea (peligro concreto para el bien jurídico) conlleve una mayor pena que la tentativa inidónea (peligro abstracto para el bien jurídico que tutela la norma penal). Por lo tanto, de acuerdo con lo anterior lo coherente será que la pena se reduzca en un grado en caso de tratarse de una tentativa acabada y en dos de los supuestos en que nos hallamos ante una tentativa inacabada. Y también que en los supuestos de tentativa idónea se tienda a reducir la pena en un sólo grado, mientras que en los casos de la tentativa inidónea se aminore en dos.

Sin embargo, debe quedar claro que como el criterio relevante y determinante, según el texto legal, es el del peligro para el bien jurídico que conlleva inherente al intento, no siempre que la tentativa sea inacabada se impondrá la pena

aporte el propio precepto al hablar de que “objetivamente” deban producir el resultado, entendidos como los racionalmente aptos para producirlo³⁶⁷, valorados “ex ante”³⁶⁸ y, conforme a la experiencia general, se consideren abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro), generando un desvalor de resultado apreciable desde la percepción social y jurídica, siempre que discurra ajeno al camino de la doble valoración de los elementos fácticos³⁶⁹.

Desvalor de resultado que armoniza la cuantificación de la pena sobre la base de un juicio efectuado con la mira puesta en el desvalor de acción. En el que el respeto al límite impuesto por el principio de culpabilidad provoca un desequilibrio entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado propio del contenido del injusto³⁷⁰ en los delitos dolosos³⁷¹, generando el sentido

inferior en dos grados, pues puede perfectamente suceder que la tentativa sea inacabada pero que un grado de ejecución sea muy avanzado (se hayan ya realizado varios actos que suspiran la proximidad de la consumación) en cuyo caso lo razonable será reducir la pena sólo en un grado”.

³⁶⁷ Entendidos por el TS en sentencia 764/2014 “para una persona media, situada en el lugar del actor y con los conocimientos especiales que éste pudiera tener, el plan y los medios empleados deberían racionalmente producir el resultado, según la experiencia común”.

*Con ello se dejan fuera de la reacción punitiva: 1º) los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); 2º) los denominados “delitos putativos” (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso puede ser sancionado penalmente por imperativo del principio de legalidad; 3º) y los supuestos de delitos imposibles “stricto sensu” por inexistencia absoluta de objeto, que carecen de adecuación típica (falta de tipo); es decir los casos que la doctrina jurisprudencial denominaba inidoneidad absoluta”; en el mismo sentido, SERRANO PIEDECASAS, “Fundamento de la punición en la tentativa”, *El nuevo Código Penal: fundamentos y presupuestos, Libro Homenaje a Torío*, Ed Comares, 1999, pág 547, la única forma de reducir la punibilidad de la tentativa irreal es un base objetiva.*

³⁶⁸ En el mismo sentido, DE SOLA RECHE, *La llamada tentativa inidónea del delito*, Ed Comares, Granada, 1996, pág 249; del mismo autor, “Sobre el concepto de tentativa inidónea del delito”, en *Libro Homenaje a Valle*, Ed Aranzadi, Navarra, 2001, pág 773 considera que “si con esta consideración objetiva ex ante se admite que el sujeto podía razonablemente pretender la consumación del delito de esta manera, su conducta podría considerarse típica de tentativa, por más que ex post, dicha consumación hubiere sido imposible”. FIANDACA/MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, Ed Zanichelli, Bologna, 2014, pág 485, idoneidad consiste in un juicio ex ante y en concreto” es lo que se denomina “prognose postuma” en tanto, el juez debe situarse “idealmente” en la misma posición del agente al inicio de la actividad delictiva.

³⁶⁹ No son pocos los autores que alertan sobre el riesgo de doble valoración, el art 62 del CP establece una discrecionalidad reglada sobre la base del mayor o menor desvalor de la acción o grado de ejecución alcanzado y desvalor del resultado o peligro inherente al intento, concreto o abstracto, como delimitadores de la extensión que se estime adecuada, pero que veta la valoración de circunstancias que pertenecen a la fase de individualización judicial en sentido estricto (personalidad del reo, necesidad de resocialización), CHOCLAN MONTALVO, *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la pena*, Ed COlex, Madrid, 1997, pág 115.

³⁷⁰ En el mismo sentido MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte General*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 451. El desequilibrio de las manifestaciones del desvalor también tiene lugar en el delito imprudente, pero en sentido inverso a la tentativa, pues en esta prioriza en el desvalor de la acción, mientras que en la imprudencia se incide en el desvalor del resultado.

³⁷¹ Este desequilibrio entre el desvalor del resultado y el desvalor de la acción ha sido reconocido por la JP del TS, STS 836/2014, de 11 de noviembre, “el desvalor de acción para justificar el evidente peligro creado con el intento llevado a cabo por el sujeto agente. El criterio de peligro inherente al intento se produce con el propósito y la acción desarrollada por el acusado que asesta un cuchillazo con gran intensidad dirigido a zonas vitales de la víctima... Pero si avanzamos en esa línea argumental advertimos que al peligro inherente al intento no se une el grado de ejecución alcanzado, que podría calificarse de desvalor del resultado”.

atenuatorio natural de la tentativa³⁷².

Ahora bien, el adverbio “objetivamente” y el juicio “ex ante” no diluyen la necesaria armonización de los parámetros abstractos en la individualidad del caso concreto.

V.3.4.3 LA BUSQUEDA DEL MARCO PSEUDO ACCIDENTAL.

Tal y como sostiene SILVA SANCHEZ, el injusto, la culpabilidad y punibilidad constituyen magnitudes esencialmente mesurables o graduables, de modo que el “marco penal abstracto puede verse como la unión de un conjunto de combinaciones legales más detalladas (submarcos) que asignarían medidas diversas de pena en atención a las distintas clases o subclases de realizaciones (subtipos) más o menos graves, del injusto culpable y punible expresado en el tipo”³⁷³. No son, por tanto, categorías cerradas. Y, es aquí donde hallamos el por qué de los estadios del *percorso* de la determinación de la pena.

No cabe una medición judicial de carácter neutro, la realidad se impone y ha de reconocerse. Lo que conlleva a inevitables variables que intervienen en su cuantificación: la valoración de su mayor o menor incidencia y las necesarias medidas básicas tenidas en cuenta a la hora de valorar y formar el marco abstracto concretizado.

³⁷² ALCACER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Ed Comares, Granada, 2000, pág 380 y ss; DOVAL PAIS, *La penalidad de las tentativas del delito*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, construyen estos autores argumento a favor del sentido atenuatorio de la pena sobre la base del desvalor del resultado; en similares términos, FIANDACA/MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, Ed Zanichelli, Bologna, 2014, pág 479, “la lesión efectiva y la lesión potencial del objeto de protección: y el menor grado de agresión del bien que justifica, en la lógica de un derecho penal del hecho, la menor severidad del tratamiento penal de la tentativa; en contra, matiza BACIGALUPO *Lineamientos de la teoría del delito*, 1994, pág 150. “La ausencia del desvalor del resultado en la tentativa, o la presencia de un desvalor cualitativamente inferior (peligro frente a la lesión) puede aconsejar una disminución de la pena, pero no justifica una rebaja del marco penal.

³⁷³ SILVA SANCHEZ, “¿Política criminal del legislador, del juez, de la administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código penal” en *RJL*, 4, 1998, pág 145; del mismo autor, “la teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmatico) un primer esbozo” en *InDret* 2/2007, pág 6.

Si realizáramos una sistematización del contenido del párrafo anterior podríamos englobarlo en tres situaciones distintas:

- El *marco penal genérico* coincide con el marco penal abstracto concretizado cuando el culpable es el autor del delito.
- El *marco abstracto concretizado esencial* en virtud de la aplicación de las reglas contenidas en los artículos 62 y 63 del CP, donde la no consumación delictiva (tentativa) o formas imperfectas de ejecución y las formas de participación tienen una incidencia directa en el marco abstracto absoluto generando nuevos marcos a partir del marco anterior. Un marco donde la “idea de proporcionalidad despliega todos sus efectos, primero, en cuanto a la necesidad de distinción de supuestos en función de las circunstancias que se establecen legalmente y que condicionan la actuación judicial y, después, en cuanto al ejercicio del margen de discrecionalidad que normativamente se concede al Juez para la determinación exacta del marco aplicable”³⁷⁴.
- El *marco pseudo accidental*. Desde el punto de partida de la proporcionalidad aludida en el párrafo anterior y con la apreciación de la concurrencia de elementos que afectan a la responsabilidad punitiva, tiene lugar una determinación cuantitativa de la pena en base a las dos mitades y a los supuestos de cualificación hacia arriba o hacia abajo con el consiguiente desbordamiento del marco (con la aparición de un nuevo marco). Es este marco pseudo accidental la última parada donde se produce un reparto de funciones entre el legislador y el Juez, el equilibrio entre garantía penal propia del principio de legalidad, a través de mecanismos matemáticos de modificación y/o creación del marco y, la variabilidad de la realidad proyectada en la individualización efectuada por el órgano jurisdiccional³⁷⁵.
- En la siguiente fase, el protagonismo es asumido por el Juez, valorando a través de “los criterios normativos, todas las circunstancias del hecho y del culpable no tenidas en consideración hasta ahora desde el punto de vista del injusto, de la culpabilidad y de los fines de la pena”³⁷⁶, confiriendo al “delito su singularidad y al culpable su individualidad”³⁷⁷. Nos hallamos ante la *pena concreta armonizada* en el respeto al camino ya andado o marcos formados

³⁷⁴ DE LA MATA BARRANCO, *La individualización de la pena en los Tribunales de Justicia*, Ed Aranzadi, Navarra, 2008, pág 87.

³⁷⁵ Sobre el reparto de funciones GALLEGU DIAZ, “La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad. Criterios de determinación de la pena y factores de individualización” en *Dialnet*, núm 87/88, 2010, pág 431.

³⁷⁶ GALLEGU DIAZ, “La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad. Criterios de determinación de la pena y factores de individualización” en *Dialnet*, núm 87/88, 2010, pág 434.

³⁷⁷ BOLDOVA PASAMAR, *Lecciones de las consecuencias jurídicas del delito*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 222.

Nos encontramos pues, ante una responsabilidad concéntrica con el epicentro de la responsabilidad en la autoría del delito consumado, en el que los matices de la realidad van conformando círculos concéntricos en torno a la autoría consumada según modulen la culpabilidad y el desvalor de la acción y resultado. Círculos que no se excluyen entre sí, sino que concurren jerárquicamente a la elevación o degradación de la pena base³⁷⁸ delimitando o creando marcos mediante los instrumentos de dosimetría penal ya mencionados: la pena en su mitad superior o inferior, y la pena inferior en grado o superior en grado, hasta la formación de la pena concreta armonizada impuesta en la sentencia.

V.3.4.3.1 ASPECTOS GENERALES.

Hasta el momento, hemos hecho referencia a conductas susceptibles de punibilidad por cumplir los parámetros de tipicidad, injusto y culpabilidad. No obstante, como ha señalado MUÑOZ CONDE, el “ordenamiento jurídico no sólo se compone de prohibiciones sino también de preceptos permisivos que autorizan un hecho, en principio, prohibido”³⁷⁹.

Esta permisividad, en un primer acercamiento, no ofrece dudas a la comprensión del ciudadano lego en derecho que entiende que se produce una liberación de la responsabilidad penal. Exención que tiene su origen en la exclusión de la antijuricidad de una conducta que realiza el hecho objetivo determinado por la ley³⁸⁰. Y junto a ellas, y afectando no a la esencia motivadora de la actuación penal sino a su reacción, al reproche de la culpabilidad, se excluye el elemento subjetivo del tipo, por la incapacidad de exigir a su autor, en ese caso concreto, que acomode su conducta a la norma penal.

³⁷⁸ Sobre la concurrencia de varias causas de degradación o elevación de la pena, LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 52.

³⁷⁹ MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, *Derecho penal, Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 305.

³⁸⁰ CONDE PUMPIDO, *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia, Tomo I*, Ed Trivium, Madrid, 1997, pág 180 “la antijuricidad, en su esencia más íntima, no es otra cosa que un juicio de relación o comparativo, al comparar el acto delictivo con el precepto jurídico se llega a la conclusión de que aquél está en oposición con aquel”. MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, *Derecho penal, Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs 295, 305 y ss. La antijuricidad no se crea por el Derecho penal, sino que, a través de la tipicidad selecciona la parte de los ataques que constituyen un grave atentado a los bienes jurídicos. Presunción que puede desvirtuarse por la concurrencia de una causa de justificación excluyente de la antijuricidad, al convertir el hecho en lícito. Convirtiendo la participación (...) de un acto lícito del autor, también en lícito.

Junto a estas exclusiones integrales, ya sea de la culpabilidad o de la antijuricidad, el Texto punitivo no olvida las limitaciones parciales: son las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal³⁸¹ que afectan, no a la existencia de la conducta delictiva, sino a la gravedad de la pena concreta: en sentido ascendente (agravantes), descendentes (atenuantes) o mixtas (con capacidad de agravar la pena o atenuarla, según el caso concreto). Gravedad penológica que se manifiesta, como señala CONDE PUMPIDO, por la gravedad del injusto y la mayor o menor culpabilidad del autor³⁸². Suponiendo la entrada³⁸³, nuevamente, de la necesaria individualización armonizadora que ha de realizar el órgano jurisdiccional pues, representan, intrínsecamente, una variabilidad que sin modificar la tipicidad si afectan a la pena. Son los elementos accidentales del delito³⁸⁴.

³⁸¹ El Código penal no ofrece una definición de las mismas, lo que ha obligado a la doctrina a cerrar su ausencia. JIMENEZ DE ASUA, *La Ley y el delito. Principios del Derecho penal*, Ed Abeledo Perrot, México-Buenos Aires, 1990, pág 443, entendía que “circunstancia es todo lo que modifica un hecho o concepto sin alterar su esencia”; ANTON ONECA, *Derecho penal*, Ed Akal, Madrid, 1986, pág 335, consideraba que “por circunstancias se entiende los elementos objetivos y subjetivos que influyen sobre la cantidad de infracción, haciéndola mas o menos grave”; RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, parte general*, Ed Dykison, Madrid, 1995, págs 690 y 691, mantiene que “las modificativas son circunstancias accidentales, accidentalia delicti, cuya falta no ocasiona la ausencia de responsabilidad criminal. Condiciona no el sí, sino el quantum de la pena... las circunstancias accidentales consisten, por consiguiente en hechos que vienen a añadirse a los que son esenciales al delito”; MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, *Derecho penal, Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 496, consideran que las “circunstancias modificativas de la responsabilidad son, pues, situaciones que rodean (circum-estare, estar alrededor) a la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del autor, determinando la modulación de la pena”; MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, Ed Reppertor, Barcelona, 2015, pág 620, sostiene que “las circunstancias modificativas son elementos accidentales del delito, en el sentido de que ellos no dependen el ser del delito, sino sólo su gravedad”; MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, Ed Zanichelli, Torino, 2014, pág 435 “sobre la figura perfecta del delito, la presencia de las circunstancias determina una modificación de la pena prevista para el delito base, o en el sentido cualitativo”. Distinguiéndose, entre accidentalia delicti, como elementos coutales que pueden faltar sin que el delito pierda su esencia, mientras que los elementos esenciales, su ausencia afecta directamente a la figura misma del delito”; MALINVERNI, “Circonstanze del reato”, en *Enc. Dir. VII*, Milano, 1961, pág 966; CONTENUTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Ed Joveni, Napoli, 1963, pág 112; MARINI, *Le circostanze del reato. Parte generale*, Milano, 1965; del mismo autor, “Circostanze del reato”, in *Noviss. Dig. it. Appendice*, Torino, 1980, pág 1254; LATAGLIATA, *Circostanze discrezionale e precrizione del reato*, Napoli, 1967.

³⁸² CONDE PUMPIDO, *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia, Tomo I*, Ed Trivium, Madrid, 1997, pág 182; GALLEGO DIAZ, “La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad. Criterios de determinación de la pena y factores de individualización” en *Dialnet*, núm 87/88, 2010, pág 435.

³⁸³ En el mismo sentido, GONZALEZ CUSSAC, “Presente y futuro de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1995, pág 217, las circunstancias modificativas de la responsabilidad son componentes básicos y fundamentales en la determinación de la pena; VIVES ANTON, *Comentario al Código penal de 1995*, Ed Tirant lo blanch, Valencia, pág 145.

³⁸⁴ Termino acuñado desde ANTON ONECA, *Derecho penal, Parte General*, Ed Akal, Madrid, 1986, pág 335; GONZALEZ CUSSAC, “Presente y futuro de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1995, pág 217 en este mismo sentido, ha señalado el autor, su naturaleza puramente accidental al no afectar a la sustancia de la infracción, esto es, ni a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, ni a su posterior reproche, accidentalidad que provoca su existencia o no, así como su falta de certeza a la hora de exigir reproche penal o no.

Entendemos, por ende, que la gravedad del delito no sólo se extrae de la naturaleza e índole de la acción sino también de las circunstancias objetivas y subjetivas que pueden concurrir en el hecho y en el culpable³⁸⁵. Ahora bien, la admisión por nuestro ordenamiento jurídico de un catálogo de circunstancias modificativas de la responsabilidad supuso la necesidad de sistematizar una serie de reglas generales que “gradúaran los efectos de la concurrencia de las mismas”³⁸⁶.

Como señaló BRICOLA, los sistemas entre los que puede optar el legislador son: diferir al Juez el poder discrecional de aumentar o disminuir la pena, sin establecer criterios en los que el Juez pueda inspirarse; confiar al Juez el poder discrecional antes mencionado, pero estableciendo algunos criterios directos; establecer categorías definidas y determinadas³⁸⁷.

“No se puede negar que la institución de la circunstancia se acoge, de forma concordada, al más explícito intento del legislador de unir cuanto sea posible el derecho al hecho, una materia necesitada, más que en ninguna otra, de no disociar la reglamentación jurídica de la realidad humana que conforma su objeto. De este modo, la distinción entre elementos esenciales y accesorios aparece constantemente en el pensamiento jurídico. Es obvio que la función a la que está destinada la circunstancia en gran parte se neutraliza por una ordenación legalista absoluta; la norma penal necesita, a tal fin, conciliar la parte negativa de la abstracción del hecho jurídico con la infinita gama de colores que el hecho concreto es capaz de expresar”³⁸⁸.

En nuestro sistema, la concreción del marco penal genérico establecido en la conminación

³⁸⁵ GALLEGU DIAZ, *El sistema español de determinación legal de la pena*, Ed ICAE Madrid, 1985, pág 367.

³⁸⁶ GALLEGU DIAZ, *El sistema español...op cit*, pág 367.

³⁸⁷ BRICOLA, “Le aggravanti indefinite. (Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)” en *RIDPP*, 1964, pág 1019, “difiere al juez el poder discrecional de aumentar o de disminuir la pena, sin fijar los criterios en los que el Juez ha de inspirarse; reclama el autor que la atribución de esa discrecionalidad al Juez exige establecer unos criterios rectores, definidos y determinados”.

³⁸⁸ BRICOLA, “Le aggravanti indefinite. Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato” en *RIDPP*, 1964, pág 1051 (cita Contento y Nuvolone). “No se puede negar que la figura de las circunstancias, permite, “la más explícita tentativa del legislador de darse cuenta de la adherencia del Derecho al hecho en una materia, que, por otro lado, esta viva y de urgente necesidad de no disociar la reglamentación jurídica de la realidad humana y del objeto” En este sentido, la distinción entre elementos esenciales y accesorios surgen como una constante en el pensamiento jurídico penal” “Resultando obvio que las funciones a las que son destinadas las circunstancias modificativas de la responsabilidad ceden en un sistema orientado a una rigurosa tipicidad y absoluto legalismo” ...”nos encontramos con grandes vacíos para unir más coherentemente el desvalor abstracto de la delito con la infinita gama de valores que el caso concreto y la capacidad expresa”.

típica fijada en el tipo penal se efectúa mediante la graduación del injusto y de la culpabilidad. Optando nuestro legislador por la determinación del elenco de las circunstancias agravantes y atenuantes³⁸⁹ (artículo 21 y 22 del Código penal), cumpliendo con la exigencia (sin perjuicios de los

³⁸⁹ El sistema italiano de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal ha experimentado una serie de reformas, tras la ley 5 de diciembre de 2005, modificaciones que se insertan en una política criminal próxima al sistema penal americano, modificaciones que se insertan en una política criminal próxima al sistema penal americano, de tolerancia cero, transformando el Estado asistencial (ya caduco) en un Estado penal, con su doble circuito: uno destinado a los delitos primarios, el otro más severo destinado a los delincuentes habituales. Como ejemplo, la obligatoriedad del aumento de la pena unido a la reincidencia, y, por otro, la exasperación del régimen sancionador MUSCO, *Diritto penale, Parte Generale*, Ed Zanichelli, Torino, 2014, págs 436, 464 y ss. Las circunstancias agravantes comportan un aumento de la pena fijada en el delito base, de naturaleza cuantitativa. Sin perjuicio, que la presencia de la agravante pueda modificar cualitativamente la sanción (pasando de una pena pecuniaria a una pena detentiva (l'art 61 contiene il catalogo delle circostanze aggravanti comuni "1) haber actuado por motivos abyectos o fútiles, 2) el haber perpetrado el delito para ejecutar u ocultar otro, o para lograr, garantizarse o asegurarse a uno mismo, o a otros, el producto, el provecho, el precio o la impunidad de otro delito; 3) el haber actuado en los delitos culposos a pesar de la previsión del evento; 4) el haber empleado sevicias, o el haber actuado con crueldad hacia las personas; 5) el haberse beneficiado de circunstancias de tiempo, de lugar o de persona obstaculizando la defensa pública o particular; 6) el haber cometido el culpable el delito durante el tiempo en que se ha sustraído voluntariamente a la ejecución de un mandado o de una orden de arresto o de captura o de encarcelación, en relación con un delito anterior; 7) en los delitos contra el patrimonio, o que impliquen una ofensa o lesión del patrimonio, o en los delitos determinados por motivos de lucro, haber causado a la persona ofendida por el delito un daño patrimonial de importante gravedad; 8)

el haber agravado o intentado agravar las consecuencias del delito cometido; 9) el haber cometido el hecho con abuso de poder, o con violación de las obligaciones inherentes a una función pública o a un público servicio, o en calidad de ministro de un culto; 10) el haber cometido el hecho contra un funcionario público o contra una persona encargada de un servicio público, o investida de la calidad de ministro del culto católico o de un culto admitido en el Estado, o contra un agente diplomático o consular de un estado extranjero, en el acto o a causa del incumplimiento de las funciones o del servicio; 11) haber cometido el hecho con abuso de autoridad, de relaciones domésticas, con abuso de las relaciones de oficios, de prestación de obra, cohabitación, o de hospitalidad". Las circunstancias atenuantes comportan, por el contrario, una disminución cuantitativa de la pena para el delito base. Facultándose, igualmente a una modificación cualitativa, siempre en beneficio del reo: "el haber actuado por motivos de particular valor moral o social; 2) el haber reaccionado en estado de ira, determinado por un hecho injusto ajeno; 3) el haber actuado por sugestión o impulsos de una multitud en tumulto, cuando no se trate de reuniones o agrupaciones prohibidas por la ley o por la autoridad, y el culpable no sea delincuente o contraventor habitual, o profesional, o delincuente por tendencia; 4) en los delitos contra el patrimonio, o que impliquen una ofensa o lesión del patrimonio, haber causado a la persona ofendida por el delito un daño patrimonial de especial levedad, o en los delitos determinados por motivos de lucro, haber actuado para conseguir, o haber conseguido de hecho un lucro de especial levedad, cuando también el evento dañoso o peligroso sea de especial levedad; 5) el haber concurrido a la causación del evento junto a la acción u omisión del culpable, un hecho doloso de la persona ofendida; 6) el haber, antes del juicio, reparado totalmente el daño, mediante el resarcimiento del mismo y, cuando sea posible, mediante la correspondiente restitución; 7) el haberse, antes del juicio y fuera del caso previsto en el último párrafo del art. 56, empleado espontánea y eficazmente para eludir o atenuar las consecuencias dañinas o peligrosas del delito". Se ha resaltado por algún autor de la condición de las atenuantes como corrección de la pena respecto al hecho y a la personalidad del delincuente, MALIVERNI, "Circostanze del reato" en *Enciclopedia del Diritto*, VII, Ed Giuffrè, Milano, 1960, pág 94; En este sentido, Cassazione Penale 20.1.83, ap.I, GP, 1984, II, pág 27; Cassazione Penale 23.8.90, ap. II, GP, 1991, II, pág 226. En Cassazione Penale. 10.2.84, ap. I, GP, 1985, II, pág 90 se señaló que "las circunstancias atenuantes genéricas tienen sentido desde el momento en que el legislador no ha podido preverlo todo expresamente en orden a la individualización de la pena, y ello dada la imposibilidad de concretar en una fórmula de estilo la inmensa variedad de posibles eventos fácticos y humanos; con las circunstancias atenuantes genéricas corresponde al juez captar, en lo concreto de cada caso, en los motivos que lo han determinado, en las circunstancias que lo han acompañado, aquellos elementos que pueden sugerir la necesidad de atenuar la pena prevista por el legislador; en el mismo sentido se han pronunciado múltiples resoluciones", así Cassazione penale. 3.3.90, ap. VI, GP, 1990, II, pág 613 establece que "las circunstancias genéricas del art. 62 bis c.p. se refieren a lo que en concreto el legislador no ha podido prever, con vistas a la individualización y personalización de la pena, y ello debido a la imposibilidad de englobar en una fórmula de alcance general y abstracto la inmensa variedad de los eventos posibles, por ello «... con respecto a los criterios indicados en el art. 133 c.p., ha atribuido al juez, en lo concreto del hecho del delito, la facultad de captar en los motivos que lo han determinado, en las circunstancias que lo han acompañado, en el daño efectivo que ha causado, aquellos elementos que pueden sugerir la necesidad de atenuar la pena prevista por el

matices que apuntaremos a continuación) de taxatividad de la norma legal. Y, convirtiendo, el artículo 66 del CP en el vehículo de concreción del *marco penal abstracto concretizado* o, en su caso, *marco abstracto absoluto*³⁹⁰.

legislador concretamente para el delito de que se trate”. Avocando a los Jueces a desarrollar una “labor de corrección para hacer la pena concreta respetuosa con los principios de razonabilidad y proporcionalidad”, Cassazione Penale. 10.4.95, ap. VI, CP, 1996, pág 3640. Con una clausula de cierre en materia de atenuantes, la atenuante genérica, dispone el art 62 bis del codice penale que “el Juez, independientemente de la circunstancia prevenida en el art 62, puede tener en cuenta otras circunstancias diversas, allí donde la considera oportuno para justificar la disminución de la pena. En este caso, las mismas serán consideradas, como una sola circunstancia, la cual puede concurrir con una o mas de las circunstancias indicada en elpredicho art 62”. “El Juez, independientemente de las circunstancias prevenidasde en el art. 62, puede tomar en consideración otras circunstancias diferentes, allí donde lo considere oportuno para justificar una disminución de la pena. En tal caso, las mismas serán consideradas, al objeto de aplicar este apartado, como una sola circunstancia, pudiendo concurrir con una o varias de las circunstancias indicadas en el precedente art. 62”. Sin que sea pacífico en la doctrina la naturaleza y función de esta circunstancia, con una doble orientación: la consideración de un parámetro más dentro de la individualización la pena o, bien, ofrecer al juez la posibilidad de añadir un valor positivo del hecho, respecto de lo establecido en el artículo 62. Según la orientación más tradicional, sostituirebbe una sorta di appendice dell’art 133, funcionalmente directa a llevar a cabo una reducción de la pena mínima edital, cuando la pena mínima fijada en el tipo legal se revele desproporcionada respecto a la gravedad del hecho, a la personalidad del delincuente, ...convirtiéndose en un índice general de la individualización judicial. Otro sector de la doctrina, dominante, le atribuye una función autónoma, consistente en permitir al Juez tomar un valor positivo del hecho, nuevo o diferente no incluíble, en un principio, en la línea abstracta y legal del tipo, pero deducida a partir de casos reales considerados en sus infinitos matices. En definitiva, se trata de una atenuante en sentido técnico, aunque no de carácter típico, aplicable también en presencia de un solo valor atenuante, independientemente de la valoración comprensiva del hecho y de la personalidad del delincuente”. Las posibilidades de aplicación de esta circunstancia genérica del sistema italiano, exige algunas consideraciones: “en primer lugar, puede ser aplicado cuando la pena base si irroga en una medida superior al mínimo, el hecho criminal sea objetivamente grave o el reo tenga precedentes penales. En segundo lugar, es un valor En segundo lugar, se un valore attenuante si presta ad esse preso in considerazione, sea como criterio de individualización conforme al art 133, ya sea como circunstancia genérica conforme al art 62, bis, se deberá valorar, de una sola vez, conforme al principio de bis in ídem sustancial”. El campo de la atenuante genérica ha sido limitada por la reforma de 2005, añadiendo un párrafo al artículo 62 bis al objeto de limitar la discrecionalidad judicial en los supuestos de reincidencia reiterada, “al final de la aplicación de la primera coma, no se tendrá en cuenta el criterio del art 133 primera, numero 3 y segunda coma, en el caso previsto en el art 99, cuarta coma, en relación al delito previsto en el art 407, coma 2, letra a) del Código penal, en el caso que sean castigados con la pena de reclusión no inferior al minimo de 5 años”. Se ofrece al juez los criterios de commisurazione guidizale della pena, 133.1º.3 y 133.2º: intensidad del dolo y la capacidad de delinquir del delincuente, con el efecto que la valoración judicial deberá centrarse exclusivamente en otros parámetros que figuran en el código. De modo que, para el legislador, esta preferencia sobre los parámetros de valoración de carácter objetivo implica que, resulta justificada una presunción normativa de carácter absoluto sobre la intensidad del dolo y la elevada capacidad del delincuente de delinquir. Criticada esta limitación arbitraria porque no se comprende cual sea la lógica que favorece la derogación de algunos de estos criterios en relación a determinados tipos penales o de autor o incluso por la gravedad del ilícito penal. Añadiéndose en el año 2008, al artículo 62 bis coma 3º “en cada caso, la ausencia de precedentes de condena por otros delitos contra el condenado, no puede ser, por sí solos, un fundamento de la concessiõpn de las circunstancias de la coma primera de este art”. Delimitándose mediante la ley, artículo 70 del Codice, la naturaleza objetiva o subjetiva de la circunstancia atendiendo a distintos criterios. De este modo, son circunstancias objetivas las que conciernen a la “naturaleza, la especie, el medio, el objeto, el lugar y cada modalidad de la acción, la gravedad del daño o del peligro, o las condiciones o la cualidad personal del ofendido”, son subjetivas las que se refieren a “la intensidad del dolo, el grado de culpa, la condiciones y las cualidades personales del culpable o, la relación entre el culpable y la ofensa, o las que son inherentes a la persona del culpable. Con ello, como ha señalado GONZALEZ CUSSAC, *La Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad*, Ed Servicio de Pulicaciones de la Univeridad de Valencia, 1988, pág 45: “puede afirmarse, sin género de dudas que la doctrina italiana es la más rica y fructífera de cuantas existen en el panorama internacional, y su ordenamiento positivo es, en esta materia el más completo y complejo de todos”. En el modelo italiano, a diferencia del modelo español, se distingue entre las circunstancias de apreciación obligatoria, cuya apreciación deviene obligada para el Juzgador en cuanto se constata la existencia de los presupuestos, y circunstancias de apreciación discrecional, respecto de las que el órgano jurisdiccional queda facultado, con cierto margen de discrecional, para apreciar o no su concurrencia.

³⁹⁰ En el mismo sentido, SALINERO ALONSO, *Teoría de las circunstancias modificativas de la responsabilidad*

De este modo, las circunstancias modificativas de la responsabilidad conjugan: legalidad y proporcionalidad, los dos principios que planean sobre la determinación de la pena como origen de la fragilidad de la frontera entre certeza y la necesidad de adecuar la pena al hecho concreto y a su autor, manifestada mediante el arbitrio judicial³⁹¹. Cristalizando su regulación en la piedra de angular que va dirigir el sistema hacia un reforzamiento de la seguridad, con una pérdida de la discrecionalidad judicial o, por el contrario, intensificando el arbitrio judicial. O, en palabras de ALONSO ÁLAMO, “la seguridad jurídica y el postulado de proporcionalidad, se podría decir, han operado en contra de la individualización judicial de la pena, de la verdadera y propia individualización”³⁹².

No obstante, la apreciación y valoración de las circunstancias no tiene naturaleza absoluta, existiendo una serie de excepciones de carácter formal y sustantivo.

Dentro de las primeras, las excepciones formales, no cabe olvidar que nuestro ordenamiento ha optado por un sistema mixto de circunstancias: las circunstancias generales, como afectación a todos los delitos; y las circunstancias específicas, como aquellas que sólo afectan a una determinada clase de delito. A la hora de analizar la concurrencia de una u otra, no ofrece el Código penal un sistema o metodología precisa que permita identificarlas a priori. Por ello, la valoración que ha de efectuar el órgano jurisdiccional en la determinación de la pena ha de descomponer los elementos que configuran el tipo delictivo³⁹³ para reconocer su naturaleza esencial o, por el contrario,

criminal y artículo 66 del Código penal, Ed Comares, Granada, 2000, pág 4; GARCIA ARAN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Ed de la Universidad de Barcelona, 1982, pág. 145.

³⁹¹ También SALINERO ALONSO, *Teoría de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código penal*, Ed Comares, Granada, 2000, pág 6, sostiene la conjugación de ambos principios en las circunstancias, imprescindibles para una pena justa.

³⁹² ALONSO ÁLAMO, *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Ed Valladolid, 1981, pág 45, la autora sostenía estas palabras del Código penal derogado.

³⁹³ En el mismo sentido ALONSO ÁLAMO, *El sistema de las circunstancias del delito...op cit*, págs 208, 209, sostiene que la división sólo puede hacerse en el plano jurídico a través de un proceso de valoración e interpretación; SALINERO ALONSO, *Teoría de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código penal*, Ed Comares, Granada, 2000, pág 30; CONTENUTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato* Ed Jovene, Napoli, 1963, pág 162 y ss; MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, Ed Zanichelli, Torino, 2014, pág 437, 438, para trazar la distinción entre las circunstancias y los elementos constitutivos, no se puede prescindir de las consideraciones de las funciones específicas que las circunstancias cumplen: condicionar la existencia del delito o si se limitan a comportar una modificación cuantativa, del máximo o de mínimo o, incluso cualitativa (en una pena de naturaleza diversa) de la pena edital prevista para el simple delito. Pero el problema se circunscribe a fijar cuando un

accidental, dentro de la significación normativa. Para ello, dispone de criterios a su alcance como: “el bien jurídico protegido, la concreta ubicación dentro del conjunto normativo, si posee o no *nomen iuris* propio, y la identidad de la pena que conminan”³⁹⁴. Concretamente, es de especial incidencia, la cantidad o calidad de pena, en cuanto expresión de la valoración normativa-legislativa, como elemento denominador común de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en relación a la “variación y modulación unitaria que provocan en el marco penal abstracto fijado para cada delito”³⁹⁵.

El respeto al principio de legalidad impide la extensión de los efectos del art 66³⁹⁶ a la concurrencia de circunstancias que se hayan tenido en cuenta a la hora de describir o sancionar los

determinado elemento absuelve de una función predicha. En ausencia de pautas de seguridad ofrecidos por el legislador, la doctrina se ha esforzado a la elaborar criterios de diferenciación, ya sea de naturaleza sustancial o formal. Prevalciendo un criterio basado en la existencia de una relación entre los supuestos detallados de la especialidad y el simple delito: en el sentido que la primera debe primero se debe establecer en relación de la especie en comparación al género. En la segunda, se han de incluir todos los elementos de naturaleza especial. Sin embargo, aunque la especialidad es una condición necesaria, no es suficiente incluso para la calificación de un elemento dado como circunstancial. Es por esta razón que puede ayudar ... los llamados criterios auxiliares: los Juristas, a partir de los precedentes históricos, de los propios textos legales.

³⁹⁴ SALINERO ALONSO, *Teoría de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código penal*, Ed Comares, Granada, 2000, pág 31; CUELLO CONTRERA, “La frontera entre el concurso de leyes y el concurso de delitos: el delito sui generis” en *Anuario Derecho Penal y Ciencias Penales*, T XXXI, 1978, pág 91, sostiene, igualmente, (en relación al delito sui generis) que la inexistencia de una calificación al principio del proceso de interpretación, condicionándola, no priva de un proceso de interpretación final, “como conclusión de los resultados interpretativos a que se llega después de plantearse una serie de problemas que afectan fundamentalmente al concurso, la participación, y el error”.

³⁹⁵ SALINERO ALONSO, *Teoría de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código penal*, Ed Comares, Granada, 2000, pág 32.

³⁹⁶ En el ordenamiento italiano, los criterios de imputación se han modificado, desplazándose de un sistema objetivo de imputación a un criterio subjetivo de imputación, MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, Ed Zanichelli, Torino, 2014, pág 439, En un primer momento, las circunstancias venían atribuidas sobre la base de criterios puramente objetivos: ya operaban en virtud de su efectiva presencia, sin que fuese necesario que se representase al sujeto; y si al sujeto se le representaba por error la existencia de una circunstancia, no se valoraba esta ni en su contra ni en su favor. Después de 1990 el legislador ha modificado el anterior modelo objetivo de imputación, sometiendo las circunstancias y más las e naturaleza agravante a un sistema de imputación subjetiva: “las circunstancias que agravan la pena son valorados contra el agente si la ha conocido o si es ignorante por su culpa o se considera por un error provocado por su culpa”. Como señala el autor, la consecuencia se traduce en que el principio nulla poena sine culpa se ha extendido a las circunstancias que agravan la pena: porque este puede ser reconocido un coeficiente subjetivo. Permaneciendo, sin embargo, inalterables la imputación objetiva de las circunstancias atenuantes, que se explica considerando un favorecimiento del tratamiento punitivo, no planteando ningún problema, por tanto, con respecto al principio de culpabilidad. De este modo, al final de la imputación de la circunstancia agravante, basta en cada caso que el reo hubiera ignorado la existencia de culpa. Así, la específica culpa relativa a las circunstancias agravantes exige en cada caso, como coeficiente mínimo de imputación, la culpa. Se introduce en el sistema italiano la incidencia del error en la persona del ofendido a la hora de valorar las circunstancias modificativas de responsabilidad, al establecer en el artículo 60 che “en el caso de error sobre la persona ofendida por un delito, no es cargo del agente de la circunstancia agravante, las condiciones o la cualidad de la persona ofendida. Son en cambio, valoradas en su favor las circunstancias atenuantes, supuestamente erróneas que afecten a la condición, cualidad o relaciones precedentes “. La ultima coma del art 6 restaura, sin embargo, un criterio general de imputación, por el cual art 59.2º, “cualquiera en el caso de circunstancias relativas a la edad u otras condiciones o cualidades, físicas, mentales, de la víctima”.

elementos inherentes al ilícito³⁹⁷. En este sentido, el artículo 67 del Texto punitivo desvincula la aplicación de las reglas del artículo 66 del CP cuando: “*Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse*”. Evitando, con ello, la fractura del principio non bis in idem³⁹⁸.

Otra de las excepciones de virtualidad de las reglas del art 66 del CP, o dicho más correctamente, el desvío a la hora de aplicación que determina la apreciación de un paso previo, la hallamos en la propia esencia de las atenuantes. Acorde con la naturaleza de las circunstancias modificativas de la responsabilidad (como elemento accidental que gravita sobre la gravedad determinando una disminución o aumento de la pena) conviven la articulación de un sistema mixto y un sistema de *numerus clausus*, fiel reflejo de la esencia penal de intervención mínima. Estructurándose, dentro de los principios de seguridad y oportunidad, un mecanismo de circunstancias atenuantes mixtas (art 68 del CP), en el que, junto al catálogo cerrado o taxativo, fija una cláusula final de cierre como instrumento para la incorporación de otras circunstancias atenuantes no especificadas en el Texto legal. Relegando el *numerus clausus* a la hora de apreciar la concurrencia de circunstancias agravantes.

³⁹⁷ En similares términos LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs 89, 90.

³⁹⁸ En similares términos, GALLEGÓ DIAZ, *El sistema español...* op cit, pág 371 y 373; STS de 23 de diciembre de 2008, “La individualización realizada por el Tribunal de instancia es revisable en casación no sólo en cuanto se refiere a la determinación de los grados a la que se refiere especialmente el citado artículo 66, sino también cuanto afecta al empleo de criterios admisibles jurídico-constitucionales en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda. El Código penal establece en su artículo 74.1 que al tratarse de delito continuado se impondrá en la mitad superior la pena correspondiente a la infracción más grave, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado. El recurrente es condenado como autor de un delito de los artículos 178 y 179 del CP, al que corresponde una pena básica comprendida entre 6 y 12 años, que en su mitad superior se extiende desde 9 años y un día a 12 años. La mitad superior de la pena superior en grado a su vez alcanzaría, desde 12 años y un día hasta los 14 años. El Tribunal ha impuesto la pena máxima posible, y para justificar la exacerbación tiene en cuenta expresamente la gravedad de los hechos probados y el número de violaciones. Es claro que el delito de violación previsto en el artículo 179 del CP revista una especial gravedad. Que el legislador así lo ha considerado se traduce en que le anuda una pena básica que en una extensión importante, entre los 10 y 12 años, coincide con la pena prevista por el homicidio, el cual al privar de la vida al ser humano destruye el soporte de todos sus derechos. También ha de considerarse que la agravación de la pena prevista en el artículo 74 del Código penal se debe a que el delito continuado está compuesto por varias acciones u omisiones, lo que justifica un mayor reproche. Por lo tanto, la gravedad de los hechos, que resulta evidente, y su reiteración ya están contemplados por el legislador al establecer una pena mínima para el delito continuado de violación en 9 años y un día de prisión. Consecuentemente, la superación de ese límite que ya supone una importante privación de libertad, requiere del Tribunal una argumentación en la que se constaten otros elementos agravatorios que lo justifiquen, pues la pena debe mantener la proporcionalidad con el hecho concreto enjuiciado dentro de los límites penológicos señalados por la ley. FJ 4º”. En esta sentencia el Tribunal Supremo centra su atención en la individualización de la pena en atención a la gravedad del hecho y la apreciación de un delito continuado no sponga una infracción del principio non bis in idem.

La cláusula de cierre no fija un sistema de convertibilidad exhaustivo y cierto sino que aboca al terreno de la individualización al expresar que “*En los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21, los jueces o tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código*”. Desvío ligado a la razón de la conversión de las eximentes, donde la posibilidad de graduación de la responsabilidad criminal desde su grado de plenitud hasta su inexistencia genera una estimación escalonada³⁹⁹. Centrándose, a partir de ese momento en la estructura esencial de las eximentes, en cuáles son los elementos que precisan para su apreciación completa. Pues, para conocer los elementos ausentes o concurrentes es preciso dominar en el desglose de la figura cuáles son los elementos básicos estructurales.

Por último, y como desvinculación sustantiva⁴⁰⁰ del art. 66, se hace depender de la naturaleza objetiva o subjetiva de la circunstancia la atribución de responsabilidad a los partícipes o intervinientes⁴⁰¹.

La incidencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad en la determinación de la pena tiene su reflejo en la modificación que experimentan los marcos señalados en los tipos básicos o los que son resultantes de las operaciones de dosimetría penal en la determinación judicial de la pena⁴⁰².

En este sentido, el efecto de las circunstancias en la determinación de la pena puede operar

³⁹⁹ Bajo la idea de lo que puede llegar a eximir, puede bastar para disminuir, se unifica el pensamiento doctrinal, PACHECO, *El Código penal comentado y concordado*, T I-II, Ed Edisofer, 2000, pág 189; CORDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código penal*, Publicaciones de Estudios Jurídicos, Oviedo, 1966, pág 239; GARCIA ARAN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Publicaciones de la Universidad de Barcelona, 1986, pág 128.

⁴⁰⁰ En similares términos, LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs 89, 90.

⁴⁰¹ Art 65 del CP.

⁴⁰² En similares términos GALLEGO DIAZ, *El sistema español de determinación legal de la pena*, Ed ICAE, 1985, pág 367.

desde un punto de partida creativo: la modificación del marco penal en “la proporción y con los límites fijados en la ley”⁴⁰³ o, bien, a través de un encorsetamiento del marco.

Nuestro actual ordenamiento basa la incidencia de las circunstancias⁴⁰⁴ en la aplicación de las penas de un sistema mixto que acoge, tanto el mero estrechamiento del marco penal cuando la gravedad en atención al hecho y al culpable no desborde la acción, cómo el desbordamiento del marco penal dentro de las operaciones aritméticas dadas por la ley y con los límites en ella prescritos. Se puede decir, por tanto, que el elenco de atenuantes y agravantes afectan más allá del quantum de la pena, contribuyendo a dar forma al estadio anterior de la pena concreta armonizante, esto es, el marco abstracto concretizante, pero sin que afecten a la esencia o naturaleza del delito, bajo el prisma de que “a toda variación accidental de la culpabilidad o del injusto debería

⁴⁰³ GALLEGO DIAZ, *El sistema español...* op cit, pág 369 y ss. Tal y como sostiene el autor, con anterioridad al Código penal de 1995, el ordenamiento se decantó con el estrechamiento de los efectos dentro del marco legal, a través de la técnica de división de la pena en grados. Con dos cuestiones básicas: la enumeración de un catálogo general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad y, el estrechamiento del marco penal que determina la presencia de las mismas a través del sistema de división en grados, que no impedía a los Tribunales traspasar el límite mínimo de la pena señalada por la ley al aplicar la pena inferior en grado, pero siempre con respeto a los márgenes fijados por la propia ley. Acompañado de un sistema de penas divisibles que permitieran graduar la pena en consideración a las circunstancias del delito.

Las reglas ordinarias de las circunstancias sistematizaban según hubiera solo una pena indivisible (en cuyo caso no se apreciaría las posibles atenuantes o agravantes). Dos penas indivisibles: con un sentido retribucionista aplicaba solo la mayor; los efectos se atemperan con las reglas del CP de 1870 apreciando la concurrencia de atenuantes o agravantes con la posibilidad de aplicar la pena menor o mayor según los casos. Penas divisibles en tres grados o susceptibles de fraccionamiento, desvinculándose de la sistematización anterior los delitos imprudentes y las faltas, en los que se facultaba a los Tribunales a aplicar la pena según su prudente arbitrio dentro del marco correspondiente de sujeción a las reglas del art 61 del CP.

⁴⁰⁴ Tal, y como ocurre en el ordenamiento español, el sistema jurídico italiano vincula vincula “el efecto jurídico “l’effecto típico de las circunstancias es el de modificar el régimen sancionador previsto por la figura base del delito. No obstante, se diferencia entre las circunstancias de eficacia común y las circunstancias especiales. Las primeras se caracterizan en el aumento o disminución de la pena edital, así como en su dependencia a la pena ordinaria, al implicar una variación fraccionaria (hasta un tercio) de la pena prevista para el delito simple”. Por otro lado, es preciso delimitar las circunstancias de efectos especiales, “son circunstancias de efecto especial, de acuerdo a la norma del artículo 63, coma 3º aquellas que suponen un incremento o disminución de la pena superior a un tercio”. En estos supuestos, se ha de aplicar la regla, según la cual, el aumento o disminución por otras circunstancias no opera sobre la base del delito, sino sobre la pena fijada por las circunstancias especiales”. Con anterioridad a la reforma de 1984, el pensamiento giraba sobre la hipótesis que la circunstancia comporta: a) una pena de especie de diversa de aquella a la prevista para el delito-base (circunstancia autónoma); b) se determina la medida de modo independiente a la pena ordinaria (circunstancias independientes)”. En 1884, se reforma el texto, en un intento de aligerar la carga de trabajo de los tribunales, quedando redactado de la siguiente forma: “cuando por una circunstancia la ley fije una pena diversa a la ordinaria del delito, o se trata de una circunstancia de efecto especial, el aumento o disminución por otra circunstancia no opera sobre la pena ordinaria del delito, sino sobre la pena fijda para la circunstancia ya mencionada. Resultan circunstancias de efectos especiales aquellas que comportan un aumento o disminución de la pena superior al tercio”. Esta redacción genera una serie de dudas, al eliminar las referencias a la circunstancia independiente. Para evitarlo se sugiere una interpretación según la cual las circunstancias independientes se indentifican con las de efecto especial, a la hora de calcular el régimen sancionador, que implicará un incremento o disminución de la pena superior al tercio”. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, Zanichelli Editore, Torino, 2014, pág 440; DOLCINI, *Manuale de Diritto penale*. Terza Edizione, Ed Giuffrè, Milano, 2006, pág 211.

corresponder también sólo una variación accidental de la penalidad”⁴⁰⁵, aunque ésta sea más o menos intensa.

Esta variación de las circunstancias se realiza mediante una “proporción cuantitativa y tasada entre el delito y pena”⁴⁰⁶ en la que se baraja el número de concurrencias y la intensidad. Sin perjuicio, como mencionamos anteriormente, de alterar sustancialmente esta naturaleza accidental cuando la concurrencia de situaciones cualificadas provoque el desbordamiento de los efectos penológicos propios de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, esto es, mitad del marco, para aplicar la pena más allá del marco hasta el punto de originar un nuevo marco⁴⁰⁷. Desbordamientos que han perdido el carácter de excepcional o anecdótico, hasta el punto que MAPELLI CAFFARENA ha manifestado que, “tras las últimas reformas, podemos comprobar la inversión de esta regla, de manera que lo excepcional resulta ahora lo común. De las siete reglas que recoge el art. 66, en cuatro de ellas se permite cambiar de grado por la concurrencia de circunstancias”⁴⁰⁸.

Con anterioridad a la reforma de 2003 se destacó por la doctrina la ausencia de homogeneidad del artículo 66, en el que se atendía, por un lado, a criterios formales y vinculantes de determinación cuantitativa de la pena por parte del Juzgador (reglas 2 y 3 del artículo 66 con anterioridad a la reforma), y por otro lado, a criterios reales de individualización judicial (regla 1). Coexistía, además, una regla 4 mixta como supuesto de determinación cualitativa de la pena, donde se recogía de forma complementaria, criterios reales de individualización judicial⁴⁰⁹. Esta heterogeneidad se mantiene tras la reforma de 2003, en la que se extiende los efectos del doble sistema penológico, con un incremento de la incidencia en la dosimetría penal al resaltar el carácter matemático y taxativo inicial a la confluencia de circunstancias atenuantes y agravantes, quedando

⁴⁰⁵ GALLEGO DIAZ, *El sistema español de determinación legal de la pena*, Ed ICAE Madrid, 1985, pág 371; del mismo autor, “La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad. Criterios de determinación de la pena y factores de individualización” en *Dialnet*, núm 87/88, 2010, pág 435; SALINERO ALONSO *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y del artículo 66 del Código Penal*, Ed Comares, Granada, 2000, pág 154.

⁴⁰⁶ GALLEGO DIAZ, *El sistema español...* op cit pág 371.

⁴⁰⁷ En similares términos, GALLEGO DIAZ, “La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad. Criterios de determinación de la pena y factores de individualización” en *Dialnet*, núm 87/88, 2010, pág 435.

⁴⁰⁸ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito...* op cit, pág 256.

⁴⁰⁹ SALINERO ALONSO *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y del artículo 66 del Código Penal*, Ed Comares, Granada, 2000, pág 155.

relegado formalmente los criterios reales de individualización judicial a la regla sexta. Factores de armonización que, a pesar de su ubicación formal, no han perdido su función orientadora de la extensión concreta de la pena, con influencia, incluso en un paso anterior, de la aplicación de la pena inferior/superior en un grado o dos⁴¹⁰.

Es precisamente la aplicación de tales criterios los que han generado la creación de un marco pseudo accidental dentro del marco abstracto concretizado (formales) o la imposición de una pena concreta armonizada (factores de armonización). Las consecuencias no pueden ser tratadas de forma ligera. Desde un punto de vista penológico, el criterio formal abre o cierra, en el proceso de la morfología de la pena, el abanico de posibilidades del marco por el que puede desplazarse el Juez. Con una consecuencia añadida, el incremento del peligro de lesionar el principio de non bis in idem. Perdiendo la individualización su carácter armonizador al ir cruzando los círculos concéntricos o distintos estadios del *percorso* de la determinación de la pena, con la consiguiente reducción de los factores de armonización, si no se respetara la disminución de los factores de graduación del injusto y de la culpabilidad.

Por ello, nos resulta conveniente a efectos de sistematizar el estudio, extraer la regla 6ª del artículo 66 del CP y ubicarla en la pena concreta armonizada.

En una rápida lectura del contenido del artículo 66 del Código penal, comprobamos la reordenación efectuada⁴¹¹ frente a la simplificación que caracterizaba al texto inicialmente aprobado por las Cortes en 1995⁴¹², reuniendo, en atención a la función a realizar, las circunstancias

⁴¹⁰ Otorgándole, también, un sentido orientador a los criterios valorativos, GALLEGO DIAZ, “La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad... op cit, pág 434, guían la determinación o fijación de la extensión exacta de la pena dentro del marco penal genérico o del concreto. Criticando la falta de nitidez de las reglas en los distintos supuestos en las que los criterios formales contribuyen a la fijación de la extensión concreta. En otros supuestos en los que los criterios se mezclan cuando la ley establece la aplicación de una pena inferior o superior en grado, ha de ser el Juez quien ha de proceder a conformar el marco penal más reducido a través de los factores de armonización, dentro del cual tendrá que fijar más tarde la extensión concreta de pena a imponer en la sentencia. Y, finalmente, porque en una misma regla se puede contener criterios de individualización cualitativa o cuantitativa conjuntamente con factores de auténtica individualización judicial de la pena, es el caso de la regla 7ª del art 66.

⁴¹¹ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito...* op cit, pág 255, tal y como sostiene el autor “las sucesivas reformas que se han ido sobreponiendo en las reglas de determinación han generado con el transcurso del tiempo un considerable desorden que no permite comprender correctamente la relación secuencial dentro del procedimiento de individualización”.

⁴¹² En su redacción originaria el contenido del artículo 66 era el siguiente: “En la aplicación de la pena, los Jueces o

modificativas de la responsabilidad en cuatro unidades de sentido:

-Atenuante. Distinguiendo la presencia de una, dos o más atenuantes o una o varias muy cualificadas.

-Agravante. Apreciándose la concurrencia de las mismas, según sean una o dos, o más de dos. Mención aparte, merece para el legislador, la multirreincidencia.

-La no concurrencia de circunstancias atenuantes ni agravantes, que determinará la aplicación de la pena en la extensión que estime adecuada.

-La confluencia de circunstancias atenuantes y agravantes.

Fijándose en el apartado octavo del punto primero del artículo 66 del Código Penal, una norma que pretende aglutinar distintos supuestos: I) la concurrencia de dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y la no concurrencia de agravante alguna; II) la no concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal; III) cuando concurren circunstancias atenuantes o agravantes, persistiendo un fundamento cualificado de atenuación o de agravación. Ofreciendo, de este modo, el legislador las directrices a seguir en el supuesto de concurrencia de los números 2, 6, y 7 del apartado 1 del artículo 66, facultando, como denominador común, a los Jueces y Tribunales a aplicar en toda su extensión la pena inferior en más de un grado.

Tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

- *Cuando no concurrieran circunstancias atenuantes o agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces y tribunales individualizarán la pena imponiendo a la señalada por la ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho razonándolo en la sentencia.*

- *Cuando concurren solo alguna circunstancia, los Jueces o Tribunales no podrán rebasar en la aplicación de la pena la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.*

- *Cuando concurren una o varias circunstancias agravantes, los Jueces o Tribunales impondrán la pena en la mitad superior a la establecida por la ley.*

- *Cuando sean dos o más circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, los Jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, aplicándole en la extensión que estimen pertinente, según la entidad y número de las circunstancias”.*

Una sistematización que aportaba proporcionalidad, tal y como sostiene, GALLEGO DIAZ, “La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad. Criterios de determinación de la pena y factores de individualización” en *Dialnet*, núm 87/88, 2010, pág 436, a la reglas de determinación de la pena, al aplicar la mitad inferior a la concurrencia de atenuantes, mitad superior a la confluencia de agravantes, la concurrencia de una u otra o la no concurrencia permitían desplazarse por todo el marco. Y, por último, la apreciación de dos o más circunstancias atenuantes o una muy cualificada que permitían imponer la pena inferior en uno o dos grados.

REGLAS DEL ART 66. No se ha visto modificado la función del precepto que dota de eficacia a las circunstancias generales a la hora de modificar la responsabilidad penal del culpable en una doble dirección, agravándola o atenuándola⁴¹³.

Son reglas vinculantes, de obligada apreciación por el Juzgador, descartando las opciones normativas de libre disposición por parte de los Tribunales⁴¹⁴. Le obliga a tener que moverse dentro del margen limitado a la hora de desplegar la función de individualización de la extensión concreta de la pena impuesta en la sentencia.

Observándose, así mismo, en un primer vistazo al instrumental brindado por el legislador, la distinción entre delitos dolosos e imprudentes, excluyéndose éstos últimos, en coherencia con el menor desvalor del resultado, de la aplicación del artículo 66, para proceder el órgano jurisdiccional según su prudente arbitrio y con sujeción a los principios de legalidad y proporcionalidad⁴¹⁵. Exclusión que se extiende tras la reforma de LO 1/2015 al nuevo ilícito aparecido en escena en la posición ocupada por la marcha del panorama penal de las faltas. Son los delitos leves.

Para concluir las pinceladas previas al examen pormenorizado de los distintos apartados del artículo 66 del Código penal, merece nota propia la desaparición de cualquier referencia a la necesidad de razonar en la sentencia de la pena impuesta, como consecuencia de aplicación de las reglas del artículo en estudio. Estamos ante una exigencia constitucional de innecesaria cita, mas, a

⁴¹³ En el mismo sentido SALINERO ALONSO, *Teoría general de las circunstancias...* op cit, pág 151.

⁴¹⁴ En el mismo sentido, SALINERO ALONSO, *Teoría general de las circunstancias op cit*, pág 151; QUINTERO/MORALES/PRAT, *Manual de Derecho penal. Parte General...*op cit, pág 713, este carácter obligatorio de las circunstancias, unido al catálogo del sistema español, conforma una característica del sistema español; GALLEGO DIAZ, “La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad...”op cit, pág 435.

⁴¹⁵ Esta diferenciación trae causa de la Reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Con anterioridad a la misma, el artículo 66 dirigía su campo de operatividad frente a delitos imprudentes como dolosos.

SALINERO ALOSNO, C, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y el artículo 66*, Ed Comares, Granada, 2000, pág 60, hace mención de las variaciones del campo de acción del artículo 66 en su redacción anterior frente al derogado artículo 61 cuyas reglas no eran de obligatoria aplicación para los delitos imprudentes.

nuestro parecer, esta omisión intencionada del legislador⁴¹⁶ se subsana a continuación, pues se establece en el artículo 72 del Código Penal la inexcusabilidad de razonar en la sentencia el grado y la extensión de la pena, como norma que planea sobre los preceptos que componen el Capítulo II, Título III, Libro II, “Reglas generales de aplicación de la pena”.

En este punto hemos de plantearnos la susceptibilidad de aplicación de las reglas del art 66 del CP desde la óptica del catálogo sancionador, los distintos delitos previstos en el Texto punitivo, así como las personas sujetos activos del hecho punible.

V.3.4.3.2 ¿ES POSIBLE LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DEL ARTÍCULO 66 A TODO EL CATÁLOGO DE SANCIONES PENALES?

Las reglas matemáticas previstas en el artículo 66 como instrumentos de valoración de las concurrencias de circunstancias agravantes y/o atenuantes pivotan sobre la idea de divisibilidad de las sanciones penales. Suscitándose cuestiones de aplicabilidad del precepto sobre la pena de multa y la prisión permanente revisable.

V. 3.4.3.2.1 MULTA.

Con anterioridad al CP de 1995, la pena de multa se consideraba una pena indivisible, sobre la que no existía unanimidad doctrinal a la hora de aplicar o no las reglas del artículo 61 del Código penal (actualmente 66)⁴¹⁷. El artículo 63 (anterior al CP 95) exigía que se tuviera en cuenta las circunstancias agravantes y atenuantes como criterios de individualización de la pena, sosteniendo SERRANO MAILLO que la indivisibilidad de la sanción pecuniaria impediría la aplicación de las reglas de artículo 61⁴¹⁸, sin perjuicio que la concurrencia de circunstancias modificativas de la

⁴¹⁶Algunos autores como ZUGALDÍA ESPINAR, en “La individualización de la pena en el borrador de parte general del Anteproyecto del Código penal de 1990” en *Cuadernos de Política Criminal*, núm 44, 1991, pág 67, proponen la eliminación del todo Código la mayoría de las exigencias expresas de motivación... “por innecesaria y peligrosa, cabe la torcida interpretación de considerar que no es necesario motivar aquellos extremos respecto de los cuales no se exige expresamente motivación”.

⁴¹⁷ A favor REY GONZALEZ, *La graduación de la pena de multa en el Código penal español...* Madrid, 1990, pág 258, MANZANARES SAMARIEGO, *Las penas patrimoniales en el Código penal español...* Barcelona, 1983, pág 56. En contra CORDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, V II, 1972, pág 283.

⁴¹⁸ SERRANO MAILLO, *Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena*, Ed Dykison, Madrid, 1995, pág 22.

responsabilidad redujera la posibilidad de acercarse a los límites máximos o mínimos de la multa (dependiendo si confluyera atenuante o agravante respectivamente) .

La entrada en vigor del Código penal de 1995 supone un cambio de concepción en la sanción pecuniaria. Como norma general se prevé una sanción basada en unidades penológicas temporales (cuota diaria, semanal o mensual) que el Juez habrá de individualizar “*dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del capítulo II de este Título*”⁴¹⁹. Su naturaleza temporal posibilita la aplicabilidad de las reglas del artículo 66 en el momento de determinar el número de cuotas diarias, semanales o mensuales⁴²⁰. Pero la individualización temporal ha de ir acompañada de la determinación de la cuantía, respecto a la que el legislador ha brindado al Juez, como único instrumento, la situación económica del reo⁴²¹ deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo. Cerrando, con ello, el paso a cualquier interpretación fuera del cauce literal. Y limitando, por tanto, la posibilidad de aplicar las reglas del artículo 66 a la individualización de la unidad penológica temporal, con la lógica exclusión de la segunda fase, o de cuantificación, en la que el punto de partida ya no es la valoración de la presencia de algún elemento accidental, como ultimo estadio dentro del *percorso* de los marcos, sino la propia *pena concreta armonizada* a la que se ha de adicionar la esencia de la sanción pecuniaria: la cantidad que ha de abonar el condenado en clave prevencionista.

Quedando reservada a la individualización originaria (reglas del capítulo II) el tiempo de duración de la sanción pecuniaria. Y para ello, la unidad penológica temporal atiende: al desarrollo del delito, la participación en el mismo y las circunstancias modificativas de la responsabilidad que concurren. Es, en este punto, cuando queda abierta la posibilidad de apreciación y aplicación de las reglas establecidas en el artículo 66 del Texto punitivo.

⁴¹⁹ Art 50 del Código penal.

⁴²⁰ SALINERO ALONSO, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y del artículo 66 del Código Penal*, Ed Comares, Granada, 2000, pág 152; de la misma autora “El sistema de penas” (I), en *Jueces para la Democracia: Información y debate*, núm 30, noviembre, 1997, pág 76 y ss.

⁴²¹ En el mismo sentido, SALINERO ALONSO, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y del artículo 66 del Código Penal*, Ed Comares, Granada, 2000, pág 152; de la misma autora “El sistema de penas” (I), en *Jueces para la Democracia: Información y debate*, núm 30, noviembre, 1997, pág 76 y ss.

No se puede obviar la distinción que efectúa el Derecho positivo entre multa con un código temporal de días multa y la multa en el que el elemento distintivo es la proporción a los efectos de la conducta delictiva, ya sea: “el daño causado, el valor objeto del delito o el beneficio reportado al mismo”. En esta multa proporcional se prima por el legislador, en el momento de la individualización, los criterios preventivos especiales⁴²² en orden a su cuantía. Pues establece la ley que se tendrán en cuenta “*no solo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable*”, aparcando la taxatividad del sistema de determinación de la pena en relación a los factores criminológicos que han determinado su aparición y su gravedad, para contrarrestar los efectos perniciosos de la naturaleza pecuniaria de la sanción. Pero no sólo tiene en cuenta el legislador las preferencias de individualización en torno a la cuantía, sino que el legislador brinda un segundo criterio delimitador del anterior con la redacción originaria del apartado 2 del art. 52 que disponía que en su aplicación, el juzgador “*podrá recorrer toda la extensión en que la ley permita imponerlas*” (lo que motivó posturas doctrinales en contra del carácter vinculante de las reglas del artículo 66 del CP⁴²³), y con su posterior modificación con la reforma de 2003 que se centró en el carácter excepcional de su aplicabilidad. Se suprimió la posibilidad de recorrerlas en toda la extensión que la ley permita y las encuadro “*dentro de los límites fijados para cada delito*”. Límites de naturaleza económica que asimila las aristas máximas y mínimas de un marco penológico temporal.

Se une, por tanto, al Código penal de 1995 la previsión de una multa proporcional al daño causado o beneficio obtenido o pretendido, únicamente para aquellos supuestos que la ley prevea. Nos hallamos ante una pena de naturaleza pecuniaria, determinada por el órgano jurisdiccional facultado para recorrer los límites fijados por cada delito, teniendo en cuenta no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes, sino principalmente la situación económica del culpable⁴²⁴. La razón de la unificación de la individualización de la pena en sí misma y de la cuantificación de la sanción se halla en la naturaleza de la pena proporcional que, no deja de ser, una pena indivisible en atención al tiempo. Y, como tal, no cabría una individualización de la unidad penológica temporal como se produce en la pena de multa ordinaria o por cuota, al fijarse sus límites de forma

⁴²² Señala también los efectos preventivos SALINERO ALONSO, *Teoría general de las circunstancias modificativas...op cit*, pág 153.

⁴²³ En contra del carácter vinculante del art 66, SALINERO ALONSO, *Teoría general de las circunstancias modificativas...op cit*, pág 153.

⁴²⁴ Artículo 52 del Código penal.

cuantitativa. Sin embargo, la asimilación de la que hablábamos en el párrafo anterior permite crear la ficción jurídica de unidad matemática = unidad temporal, facilitando con ello, la aplicación de las reglas de determinación de la pena.

La multa proporcional no deja de plantear algunas cuestiones en torno a la determinación de la pena, pues no aclara si la expresión “dentro de los límites fijados para cada delito”, hace referencia al marco del tipo básico o al marco punitivo una vez considerado el grado de desarrollo y la participación⁴²⁵.

En este sentido, se ha de partir del prisma de la no excepcionalidad de la multa proporcional del sistema de determinación de la pena, diseñado con un punto de partida el marco abstracto absoluto en el que se representan los marcos penales cuantitativos: del tanto al triplo, del tanto al cuádruplo, entre otros, sobre el daño ocasionado o el beneficio atendido o pretendido, en aristas de máximo y mínimo, en atención a la verificación del injusto culpable. Marco que se va deformando hasta amoldarse a un marco absoluto concretizado adecuado a las variables de grado de desarrollo del delito y participación⁴²⁶, en el que se proyectan el encorsetamiento o desbordamiento de las aristas en atención a la aplicación de los instrumentos matemáticos.

La propia redacción de la ley avala la postura anterior al recoger como criterios de individualización concreta de la sanción, no sólo los criterios cosustanciales a la propia naturaleza de la sanción (situación económica del culpable) sino, también, aunque no tengan carácter principal, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que, sin perder de vista su consideración de elementos accidentales del delito, facultan o, incluso prescriben, la formación de un marco concretizado armonizante pseudo accidental. Sin perjuicio, como ya hemos visto, que puedan representar un desbordamiento mayor del marco abstracto absoluto que el marco concretizado armonizante esencial (y lo denominamos esencial porque representa la historia del delito, de la personificación de su responsabilidad, sin olvidar los términos de la aportación causal

⁴²⁵ Para MOLINA BLAZQUEZ, *La aplicación de la pena*, Ed Bosch, Barcelona, 2002, pág 44, las cuestiones suscitadas en torno a la multa proporcional guardan una semejanza con los problemas de aplicación del artículo 63 del Código penal de 1973.

⁴²⁶ En parecidos términos MOLINA BLAZQUEZ, *La aplicación de la pena*, Ed Bosch, Barcelona, 2002, pág 44.

al hecho delictivo que el *factum* describe⁴²⁷, y el propio camino recorrido).

De modo que, lo accidental no puede existir sin lo esencial, pues solo a partir de lo “esencial” cabe fijar lo “accidental”. Entendiéndose, por consiguiente, que “toda la extensión de la pena” se corresponde al *percorso* de la determinación de la pena.

Se suscita, igualmente, la aplicabilidad íntegra de las reglas del artículo 66 del Código penal. Señalándose por algunos autores que dado que las degradaciones de la pena previstas en los artículos 66.4 y 68 son facultativas y, que una vez realizadas permiten al órgano jurisdiccional recorrer toda la extensión de la pena degradada y su aplicación a la multa proporcional⁴²⁸.

Aclaremos la situación mediante un ejemplo de complicidad de un delito consumado sancionado en la ley por una multa de tanto al triple de la cantidad defraudada:

Punto de partida la cantidad defraudada asciende a 2000 €. En este caso la pena del tipo fija un marco abstracto de 2.000 a 6.000 €.

Al cómplice del delito consumado, se le castigaría, de conformidad con el artículo 63 del CP, con la pena inferior en grado a la establecida en el marco abstracto, con un marco abstracto concretizado de 1.000 a 1.999 euros de multa.

Dentro de estos límites, el Tribunal ha de individualizar la pena concreta armónica, teniendo en cuenta, principalmente, la situación económica del reo, así como la existencia de una circunstancia agravante y/o atenuante, pero sin sujetarse preceptivamente a las reglas previstas en el

⁴²⁷ La STS, de 18 de noviembre de 2008, declara que la doctrina de la Sala, conjugando criterios de las doctrinas del dominio del hecho, bienes escasos o causalidad relevante viene apreciando la figura de la cooperación necesaria en actividades de vigilancia para delitos de robo, en particular cuando dentro del plan depredatorio se sirven de un vehículo que se halla a la espera para emprender la huida, circunstancia determinante para el éxito del expolio... Aún así esta ayuda, reforzadora y garantizadora de la acción principal, claramente accesoria o secundaria, puede calificarse de útil pero no imprescindible, y como dice el fiscal, carente de condominio del hecho, por cuanto el cómplice nunca tuvo el poder de hacer cesar el iter criminis o de interrumpir la lesión del bien jurídico”.

⁴²⁸ MOLINA BLAZQUEZ, *La aplicación de la pena*, Ed Bosch, Barcelona, 2002, pág 44, “de aquí que la excepción al régimen general de determinación de la pena quede reducida a la división interna de la pena de multa en dos mitades en aras a la aplicación de las circunstancias ordinarias. Es decir, a las multas proporcionales se les aplica el régimen general de determinación de la pena salvo los números 1, 2, 3 del artículo 66 (antes 2003), determinando el Tribunal la cuantía concreta de la multa, una vez hechas las degradaciones pertinentes, en virtud mas de la situación económica del culpable que de las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho”.

artículo 66 del Texto punitivo. Pues la aplicación automática de los instrumentos matemáticos de elevación de la pena (mitad superior, superior en grado) no siempre van a encajar con la “situación económica del reo”, máxime cuando este criterio tiene condición principal, en tanto, se pretende que la sanción de naturaleza económica sea acorde con la conducta llevada a cabo por el sujeto, pero sin ocasionar una situación de empobrecimiento vital.

El órgano jurisdiccional a la hora de individualizar la pena ha de llevar a cabo una ponderación de datos, ya no solo relativos a la gravedad del hecho y las circunstancias personales del autor, sino que ha de investigar y conocer la situación económica del reo a fin de determinar si es posible la utilización de las reglas de dosimetría penal o, por el contrario, ha de desplazarse por el marco sin sujeción a las mismas, pero sin olvidar la confluencia de atenuantes y/o agravantes. Ya no es suficiente que el Juez razone la existencia de una agravante para desplazarse por la mitad superior del marco (dado el carácter preceptivo de la regla 3ª del art 66 del CP), sino que el razonamiento habrá de extenderse al por qué el órgano jurisdiccional, en el caso concreto, ha impuesto la pena dentro del marco en su mitad superior.

Esta inobservancia de la regla matemática produce una extensión del arbitrio judicial en coherencia con los imperativos de justicia y utilidad social⁴²⁹, al favorecer la idea de la pena como respuesta al condenado en particular.

Aunque es cierto que se ha criticado por algunos autores el amplio margen al arbitrio judicial que sobre la base del excesivo casuismo pueda llevar a la disparidad de criterios y resoluciones tan diferentes que rompa el principio de igualdad, con la consiguiente inseguridad⁴³⁰. La prueba de la ausencia de absoluto arbitrio la hallamos en la susceptibilidad de recurso de la incorrecta valoración⁴³¹.

⁴²⁹ Términos utilizados para contraponer la contradicción entre legalidad-seguridad y utilidad social en la determinación de la pena, MOLINA BLAZQUEZ, *La aplicación de la pena*, Ed Bosch, Barcelona, 2002, pág 58.

⁴³⁰ SERRANO MAILLO, *Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena*, Ed Dykison, Madrid, 1995, pág 23; también MOLINA BLAZQUEZ, *La aplicación de la pena*, Ed Bosch, Barcelona, 2002, pág 44, llama la atención sobre la desigual aflicción de la multa atendiendo a la situación económica del culpable.

⁴³¹ SERRANO MAILLO, *Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena*, Ed Dykison, Madrid, 1995, pág 24.

V. 3.4.3.2.2 PRISION PERMANENTE REVISABLE.

Estamos ante la pena indivisible por antonomasia, de difícil encaje en nuestro ordenamiento orientado hacia la reeducación y reinserción social. Sobre la que hemos de cuestionarnos la aplicación de las reglas de determinación de la pena en los supuestos de confluencia de atenuantes y/o agravantes.

La influencia penológica prevista por el legislador se centra en operaciones matemáticas sobre el marco temporal fijado en la ley. No obstante, la prisión permanente revisable ha sido calificada como la cadena perpetua, una pena cuyos mínimos están fijados por los plazos de revisión de 15 o 25 años de prisión de duración efectiva, según los casos, y que puede convertirse en el paso a la libertad condicional si se cumplen los requisitos previstos para la revisión, pero que no señala el máximo de la arista.

Esta situación ha llevado por razones de humanidad a operar dentro de una ficción jurídica: la creación de un marco temporal con fines penológicos de desbordamiento de la arista inferior en clave preventiva especial. Previsión efectuada por el artículo 70 del Texto punitivo in fine: “*la pena inferior en grado a la de prisión permanente es la pena de prisión de veinte a treinta años*”. Y que nos lleva a preguntarnos la posibilidad de aplicación de las reglas del artículo 66 del mismo texto legal.

En este punto, es conveniente recordar la vinculación que ha efectuado el legislador de criterios formales cuantitativos de apreciación preceptiva en la confluencia de atenuantes y/o agravantes (pena en su mitad superior/mitad inferior y pena superior en grado/inferior en grado). Si lo unimos a la única previsión legal de aplicación de los mencionados criterios formales en la prisión permanente revisable (la pena inferior en grado, y la naturaleza indivisible de la pena incompatible con instrumentos de dosimetría penal basados en intervalos temporales propios de la divisibilidad) impide, por respeto al principio de legalidad, la acomodación de la regla 1ª del art. 66 relativa a la concurrencia de una atenuante, y las reglas 3ª, 4ª y 5ª en orden a las agravantes (1 o 2,

más de dos, reincidencia), a la condena de la pena de prisión permanente revisable. Y, deja el camino libre al desbordamiento del límite inferior que se transforma en marco ficticio, fijo y predeterminado por la ley de 20 a 30 años⁴³². Sin que existan razones que impidan la aplicación facultativa de pena inferior en dos grados en el supuesto de apreciar dos o más atenuantes o una muy cualificada (regla 2ª del art. 66 del CP), materializada en el marco de 10 a 20 años menos un día. En consonancia no existiría problema para aplicar la regla 8 del texto legal mencionado.

Lo que nos deja las reglas 6ª y 7ª, la no concurrencia de circunstancias agravantes/atenuantes y la confluencia de las mismas, como únicas dudas de aplicación ante la pena de prisión permanente revisable.

El proceso de morfología de la pena a imponer en la sentencia dictada por el órgano jurisdiccional se condiciona a un ejercicio de proporcionalidad entre el hecho delictivo y la pena. Una pena, en este caso, de naturaleza absoluta que no permite el desplazamiento por el marco abstracto absoluto, inexistente por otro lado, pues la previsión legal se limita al establecimiento de un plazo a partir del cual es susceptible de revisión. E impide, por tanto, la valoración de los factores de armonización concurrentes o cualquier circunstancia que flexibilice su naturaleza definitiva. Son, precisamente, la inexistencia de un marco temporal de cuantificación de la pena y el carácter absoluto de la pena, las que frenan, por si mismas, la aplicación de la regla 6ª del artículo 66 del CP basada en la existencia de un escenario que posibilita la movilidad en aras a la individualización.

Pero también, hemos hablado de proporcionalidad como hilo conductor entre el hecho delictivo y la sanción penal, modulando las manifestaciones de la culpabilidad: elevando o degradando la pena. Proporcionalidad que hemos de ponerla en relación con el dramatismo que impera en la pena de prisión permanente revisable y su carácter absoluto, y que impide afinar la sanción hacia arriba. Sólo razones de humanidad favorecen la prevención especial mediante la

⁴³² También sobre la imposibilidad del cálculo de la pena en su mitad superior e inferior, MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, *Derecho penal. Parte general*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 546, motivan la no previsión legislativa en la incompatibilidad de la pena de prisión permanente revisable con el histórico sistema de determinación de la pena español. Añaden que carece de sentido el contenido del art 573 bis, previendo la aplicación de la pena superior en grado cuando la pena asignada fuera la prisión permanente revisable.

admisión de relevancia penal de las atenuantes sopesadas con la pena inferior en grado.

En definitiva, se ha de abordar la cuestión de las reglas 6ª y 7ª del art 66 del CP desde la inaplicación. Matizando que la concurrencia de atenuantes y agravantes limita su apreciación a las atenuantes y, por aplicación del razonamiento de párrafos anteriores, a la regla 2ª del art 66 (dos o más atenuantes, o una sola muy cualificada).

V.3.4.3.3 ¿ES POSIBLE LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DEL ART 66 A TODO TIPO DE DELITOS?

V.3.4.3.3.1 LA EXCLUSIÓN DE LAS REGLAS DEL ART 66 EN LOS DELITOS LEVES

La aparición de los delitos leves en el escenario jurídico obliga a plantearse la virtualidad del artículo 66. Con anterioridad a la reforma de 2015, BOLDOVA PASSAMAR, consideraba que la no sujeción de las faltas a las reglas del artículo 66 operaba cuando no se tratara de falta “originales”, pero no cuando la pena del delito se degradaba y rebajaba a una pena leve en virtud del artículo 71 del CP⁴³³.

Lo que no se escapa del entendimiento de nadie es la cualificación que ha experimentado la reacción punitiva ante un hecho que hasta la reforma del 2015 era calificado como falta. No se trata sólo de una modificación nominativa sin efecto alguno, por el contrario, se abre un abanico de posibilidades antes excluidas de las faltas, algunas de carácter agravatorio (como ejemplo), otras de naturaleza atenuatoria o beneficiosa para el condenado.

Las reglas de determinación de las penas, en atención a las antiguas faltas, remitían al prudente arbitrio del juzgador, sin la vinculación a las normas de valoración previstas en los supuestos de desvalor delictivo, lo que no impedía que los Tribunales tuvieran en cuenta la confluencia o no de las circunstancias atenuantes y agravantes⁴³⁴, en atención a las circunstancias

⁴³³ BOLDOVA PASAMAR, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, ...op cit, pág 236.

⁴³⁴ MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, Ed Reppetor, Barcelona, 2015, pág 748.

del hecho y del autor. El salto cualitativo en la aparición en escena de los delitos leves, provoca abandonar la discrecionalidad en esta materia y someterla a la misma obligatoriedad. Con ello se despeja las dudas de la aplicabilidad de las reglas contenidas en el artículo 66, el cual no hace distinción en la gravedad de la conducta delictiva inicial o graduabilidad del desvalor, siempre que sea constitutiva de delito, a la hora de valorar la concurrencia o no de las circunstancias modificativas de la responsabilidad.

V.3.4.3.3.2 LA EXCLUSIÓN DE LAS REGLAS DEL ART 66 EN LOS DELITOS IMPRUDENTES

La reforma de LO 1/2015, faculta a los Jueces y Tribunales a aplicar las penas según su prudente arbitrio a los delitos imprudentes y los delitos leves, sin sujeción a las reglas establecidas en el apartado 1 del art 66 del Texto punitivo, relativa a los delitos dolosos.

Delitos imprudentes, es una previsión razonable si se toma en consideración que la mayoría de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, fundamentalmente las agravantes, en menor medida las atenuantes, precisan de determinados condicionamientos intencionales y subjetivos, incompatibles con la imprudencia.

La desaparición de la imprudencia leve, razona que la ampliación de este arbitrio judicial no se base en la gravedad sino en la estructura interna.

La literalidad del precepto faculta al Juez a traspasar el límite de la mitad inferior de la sanción punitiva aun cuando no concurra agravante alguna. No obstante, este desplazamiento por el marco ha de motivarse, y justificar las circunstancias conducentes a moverse por la mitad superior del marco igual que si hubiera concurrido una agravante, aún más exigible si concurriese atenuante⁴³⁵.

⁴³⁵ BORJA JIMENEZ “Reglas generales de aplicación de las penas (art 66, 66 bis, 70 y 71)” en *Comentarios a la Reforma el Código penal*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 253.

V.3.4.3.4 ¿ES POSIBLE LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DEL ARTÍCULO 66 PARA TODO TIPO DE AUTORES?

El propio legislador es consciente de la complejidad que entraña la aplicación de las reglas del art 66 del Cp, excluyendo su aplicación a los ilícitos cometidos por las personas jurídicas y remitiendo a su propio precepto. En consonancia con la exclusión se ha estudiado la cuestión en capítulo aparte.

V.3.4.3.5 LAS REGLAS DEL ARTÍCULO 66

Es la última fase operacional en la determinación de la pena antes de concretizar la individualización armonizadora. El punto de partida se encuentra en el resultado final del *percorso* de los distintos estadios o marcos y trae como consecuencia, la limitación de la proyección de los efectos de los factores de armonización (también llamados por la doctrina factores reales), en la apreciación de los mismos en la formación de los segmentos así como en la valoración del nuevo marco.

V.3.4.3.5.1. REGLA PRIMERA DEL ARTICULO 66 DEL CP

La presente regla fija, con carácter preceptivo, la mitad inferior de la pena que la ley señale para el delito si concurre una sola circunstancia atenuante⁴³⁶. Se mantiene, desde el punto de vista

⁴³⁶ El sistema italiano centra la punición de la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, en una doble vía, un concurso homogéneo, circunstancias de la misma naturaleza, o, un concurso heterogéneo, concurrencia de circunstancias de distinta naturaleza. La disciplina del concurso homogéneo si diferencia de la segunda se trata que las circunstancia y eficacia común o de eficacia especial. En el primer caso, la concurrencia de circunstancia homogéneas, el art 63, coma 2, dispone que: "sin concurren más de una circunstancia agravante o más de una atenuante, el aumento o disminución de la pena opera sobre la cuantía de la pena resultantee del aumento o disminución de la pena precedente. Siempre a salvo los limites expresamente previstos": de hecho, el art 66 dispone a propósito que si concurren mas circunstancias agravantes, "la pena a aplicar para el caso de aumento no puede superar el triplo del máximo establecido en la ley, en caso caso, no puede exceder del límite de 30 años si se trata de reclusión y del año si se trata de arresto. En el supueto de concurso de circunstancias atenuante, la pena de aplicar no puede ser inferior a 10 años de la prevista para el delito y de la condena perpetua, mientras que en el resto no puede ser inferior a un cuarto". (art 67). En un segundo momento, la concurrencia de circunstancias especiales, reguladas en el artículo 63

penológico, la segmentación del marco abstracto absoluto propia de la historia de la codificación española. Con una diferencia, el marco no queda dividido en tres partes o tres grados, sino que se fracciona en dos mitades⁴³⁷, recuperando el esquema brindado por el legislador de 1928 tendente a un mayor arbitrio judicial⁴³⁸. No exento de paradoja al favorecer la identidad de efecto entre la concurrencia de atenuante o agravante con la extensión interna en dos mitades, y la inexistencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad en la que el Juez puede moverse a lo largo de toda la extensión de la pena⁴³⁹.

Sin dificultades de comprensión a la hora de su aplicación, en tanto se exige la presencia de una sola atenuante sin la confluencia de agravante alguna. De otro modo, el juzgador habría de atender a la regla séptima del artículo 66 del CP en el momento de efectuar la individualización de la pena. La complejidad estriba en los efectos de la aplicación de la regla, pues supone la creación de un nuevo marco punitivo manifestado en un amplio margen penal que puede llevar establecido el delito cometido, para el cual, a diferencia de lo que ocurre para la obtención de la penas superior o inferior en grado (art 70 del CP), el Código Penal no ofrece regla especial sobre la disección de la pena en dos mitades, a las que aludimos anteriormente. Se ha resaltado por algunos autores el “aumento in abstracto del arbitrio judicial”.⁴⁴⁰

coma 4º, dispone que “si concurre más de una circunstancia agravante, se aplica la pena fijada para la circunstancia más grave” (pero el Juez puede aumentarla); disponiendo en el apartado 5º que “si concurre más de una circunstancia atenuante, se aplica la pena menos grave establecida para la circunstancia atenuante (pero el Juez puede disminuirla)”. En lo que respecta al concurso de circunstancias comunes y circunstancias de efecto especial, se aplica el mencionado artículo 63, comma 3. Completando este cuadro legislativo, el artículo 68 dispone que “fuera de los casos de especialidad, ex art 15, cuando una circunstancia agravante comprenda en sí otra circunstancia agravante o cuando una circunstancia atenuante conlleve en sí otra circunstancia atenuante, será valorada en contra o a favor del culpable, lo que determina un mayor aumento o mayor disminución de la pena”. Se trata de una hipótesis que prescinde de la relación de especialidad, por lo que aboca a un juicio de valor por el Juez. MUSCO *Diritto penale, Parte Generale*, Ed Zanichelli, Torino, 2014, pág 445 y ss;

⁴³⁷ El efecto atenuatorio de la pena en caso de concurrencia de una circunstancia atenuante ha sido una constante en la historia de la codificación: el CP de 1973, en texto de 1983, en su artículo 61, limitaba de forma preceptiva la pena en caso de concurrencia de un atenuante al grado mínimo de la pena. El Código penal de 1848, sin diferenciar en el número de circunstancias concurrentes si tuvieran naturaleza atenuante, determinaba la imposición del grado mínimo de la pena, siempre que fueran penas divisibles. El CP de 1870, en los supuestos de penas divisibles, de conformidad con el art 82, la concurrencia de algunas circunstancias atenuantes, imponía preceptivamente la pena en grado mínimo. El CP de 1928, distingue entre 1 o varias atenuantes con la imposición de la pena en su mitad inferior o una atenuante muy cualificada en atención al culpable o dos muy cualificadas en atención al hecho punible, en cuyo caso se imponía pena inmediatamente inferior a la extensión que resulte pertinente. Los Códigos de 1932 y 1944 recuperan la división en tres grados y la imposición penológica de la pena en el grado mínimo.

⁴³⁸ En el mismo sentido de ampliación de arbitrio judicial GALLEGO DIAZ, “La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad. Criterios de determinación de la pena y factores de individualización” en *Dialnet*, núm 87/88, 2010, pág 432.

⁴³⁹ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito...op cit*, pág 255.

⁴⁴⁰ BOLDOVA PASSAMAR, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, GRACIA MARTIN (coord), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs 238 y 239, justificando este aumento tanto por ser más amplios los segmentos en los que

Sin que podamos considerar que la ausencia de criterios rectores en la regla primera del artículo 66 del Código Penal, tales como los previstos en el número 6º del artículo 66⁴⁴¹, constituyen un desamparo a los Jueces y Tribunales a la hora de individualizar la pena. En este sentido, CHOCLAN ha puesto de manifiesto que, aunque el artículo 66 se refiere a la gravedad del hecho y la personalidad del delincuente como “factores de individualización” sólo en el caso en el que no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes (regla 6ª del artículo 66), la “medida de la culpabilidad” debe extenderse a los supuestos de sólo atenuantes, o sólo agravantes, o confluencia de unas y otras, pues “es factor que preside siempre la labor de individualización judicial de la pena cualquiera que sea el grado de individualización legislativa”⁴⁴². Completan “la valoración del injusto y de la culpabilidad”⁴⁴³, la intensidad de la atenuante, contribuyendo no sólo a la apariencia de razonabilidad de la medida acordada por el Juez, sino también, a la formación de una realidad palpable por el ciudadano: la coherencia y congruencia⁴⁴⁴ que no necesariamente aceptación del fallo en el ejercicio del margen de discrecionalidad que conlleva el deslizamiento por los mínimos y máximos de un marco.

La segmentación de la pena en marcos cada vez más concretos no exime de la problemática de la posible coincidencia de márgenes entre el máximo de la pena que se puede imponer como mitad inferior y, el mínimo de la pena en su mitad superior. No sólo se trata de una cuestión de ausencia de precisión matemática o de reglas para evitar el solapamiento de ambos márgenes (al que aludíamos en los medios instrumentales), sino de la confusión que conlleva la posibilidad de

se dividen las penas, como por la inexistencia de criterios para la determinación exacta de la pena, dentro ya de la mitad correspondiente; también CASTELLO NICAS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos*, (art 66.1 del CP) Ed. Comares, Granada, 2007, pág 100, crítica el amplio margen de la pena oscilando desmesuradamente. Corregido en la praxis por la tendencia de los Tribunales a imponer la pena mínima.

⁴⁴¹ Mayor o menor gravedad del hecho y circunstancias personales del autor. También SILVA SANCHEZ, “la revisión en casación de la individualización judicial de la pena” en CGPJ, *Revista del Poder Judicial*, 1997... pág 11, considera que la mayor o menor gravedad del mal producido ha de guiar al Juez en la imposición de una pena concreta; no obstante se hace una llamada de atención por parte de algunos autores sobre la inexistencia de obstáculos sobre el Juez para moverse libremente dentro del arco, CASTELLO NICAS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos*, (art 66.1 del CP) Ed. Comares, Granada, 2007, pág 101.

⁴⁴² CHOCLAN MONTALVO, *Individualización judicial de la pena. Función...* op cit, pág 133.

⁴⁴³ BOLDOVA PASSAMAR, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, GRACIA MARTIN (coord), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág 247.

⁴⁴⁴ Pues como ha señalado CHOCLAN MONTALVO, *Individualización judicial de la pena. Función...* op cit, pág 134, esta regla no autoriza sin más al Juez penal a agotar ese límite máximo, pues, recuérdese que la pena adecuada a la culpabilidad no se determina por los marcos legales de pena, de suerte que dentro de ese marco, todavía compete a la individualización propiamente dicha establecer la pena adecuada a la culpabilidad disminuida en virtud de la atenuante.

castigar a dos personas por el mismo tipo de delito, concurriendo en una circunstancia agravante (aplicándose la pena en su mitad superior) y, en otro, circunstancia atenuante (pena en su mitad inferior). Donde las incidencias del injusto y de la culpabilidad no coinciden pero las operaciones matemáticas las aproximan peligrosamente, emitiendo un incendiario mensaje de “quien más hace menos pena se le impone” con la correspondiente pérdida de prevención especial. La doctrina ha intentado salvar el solapamiento mediante referencias aritméticas de unidades penológicas, no obstante, la solución no se halla en desplazar la aritmética a un día/punto por encima o por debajo, sino en acudir a la propia esencia del delito, la que provocó la actuación judicial mediante la subsunción del hecho en el injusto con el fundamento de la culpabilidad como inicio y fin de la pena.

En definitiva, insistir en la obligación de los Jueces y Tribunales de explicitar, de forma razonable, los marcadores que, integrando los parámetros genéricos (mayor o menor gravedad del hecho por un lado y circunstancias personales del delincuente por otro), han determinado en la sentencia penal la graduación del hecho punible en términos de culpabilidad y la imposición de la pena concreta.

V.3.4.3.5. 2. LA REGLA SEGUNDA DEL ARTÍCULO 66 DEL CP.

La aplicación de la regla segunda precisa la confluencia de una serie de requisitos: la concurrencia de dos o más circunstancias atenuantes o una o varias muy cualificadas. Se alude, en este extremo, a la distinción entre atenuantes ordinarias y atenuantes muy cualificadas; conceptuadas éstas, por el Tribunal Supremo como “aquellas que alcanzan una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes de hecho y cuantos elementos o datos puedan detectarse y ser reveladores del merecimiento y punición de la conducta del inculpado”⁴⁴⁵. Sin perjuicio de reconocer la dificultad de la valoración previa objetiva de la diferencia entre la eximente incompleta y la atenuante muy cualificada que, en consecuencia, ha de ser analizada para el caso concreto⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ STS, de 26 de marzo de 1998.

⁴⁴⁶ STS de 17 de febrero de 2009, “La exención -completa o incompleta- deriva de la producción de un “estado” de intoxicación plena, o menor, si se trata de exención incompleta, o de actuación bajo el denominado “síndrome de abstinencia”. Tal estado ha de producir unos efectos sobre la capacidad de culpabilidad del autor. Ésta debe aparecer anulada, o muy mermada, en la exención incompleta, para que se anulen, o mermen las facultades de comprensión de

En todo caso, la intensidad puede predicarse de cualquier atenuante, incluida la de parentesco, con excepción de aquellas que tienen la consideración de circunstancia cualificada por la ley y una previsión de reducción específica, como es el caso de las eximentes incompletas⁴⁴⁷. Algunos sectores doctrinales entienden la inclusión de una tercera categoría, la atenuante privilegiada, conformada por las atenuantes denominadas eximentes incompletas (art. 21.1 C.P) y la grave adicción a las sustancias del artículo 20.2 del C.P (art. 21.2 C.P.).

La aplicación de esta regla precisa, igualmente, la no presencia de circunstancias agravantes.

La actual redacción de la regla segunda ha despejado las dudas que suscitaba la anterior redacción, caracterizada ésta última por el empleo de la fórmula potestativa de “podrán imponer”, así como por la omisión a la expresa mención actual del requisito de que “no concurra agravante alguna”⁴⁴⁸.

ilicitud del acto y de que el comportamiento se acomode a dicha comprensión.

La atenuante se funda por la concurrencia de un doble requisito: a) la existencia de adicción a tóxicos que, en todo caso, debe ser “grave”, calidad que debe entenderse referida a la intensidad de la misma; b) y que esa adicción se convierta en causa de actuar delictivo, es decir que se trate de la denominada delincuencia funcional, entendiendo por tal, aquella cuya ejecución se dirige a dar respuesta a las demandas que acucian al sujeto por razón de la adicción.

En dichas hipótesis, la relación de causalidad exige atender más a las circunstancias del hecho delictivo concreto y del ulterior propósito del autor que al grado de intoxicación o efectos de la abstinencia que presente el mismo. Lo que la sentencia toma en consideración, pese al discurso de los hechos probados, es como dice al justificar la atenuante aplicada, que la toxicomanía de la acusada ha sido “elemento configurador de la acción llevada a cabo por la misma”. Es decir que la venta de la droga no es más que el recurso al que acude para poder obtener la que utiliza para aplicar los efectos de su propia adicción. Sitúa, pues, con acierto, la toxicomanía detectada en el ámbito de la atenuante específica, la del artículo 21.2 del CP. Pero yerra al acudir a los criterios de ponderación propios de la eximente, completa o incompleta, porque lo relevante es la fuerte intensidad de la influencia de la adicción para conducirla a la delincuencia funcional. En este sentido, proclamada, como probada la importante intensidad de la misma, debió considerar la atenuante como muy cualificada, con las consecuencias establecidas en el artículo 66.1 2º del CP”. O STS de 12 de marzo de 2009: “tal concepción no es admisible, por lo que, ajustándonos a los parámetros legales y jurisprudenciales, debemos mantenernos en el requisito de la breve duración y de la respuesta instantánea, lo que es incompatible con una actuación más o menos sopesada que lleva al sujeto, como en este caso, a reaccionar de forma controlada dirigiéndose hacia su caravana tomando un arma, disparando indiscriminadamente contra la caravana de su oponente y, pasado un tiempo, cuando lo visualiza personalmente, le dispara de forma que éste no puede reaccionar. Esta valoración de conducta nos lleva a considerar que la situación en la que se encontraba era la de un desajuste de su personalidad emocionalmente desequilibrado por la creencia de que su hijo había muerto y a la puesta en escena de una reacción de venganza, matando al que consideraba como homicida de su hijo. La apreciación de la sentencia está perfectamente ajustada a las características de los hechos y no pasa de ser un estímulo emocional, atenuante, en este caso muy cualificada”.

⁴⁴⁷ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito...* op cit, pág 245; también MOLINA BLAZQUEZ, *La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, Ed Bosch, Barcelona, 2002, pág 66.

⁴⁴⁸ En este sentido la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1997, de 19 de enero, sobre la determinación de la pena ante la concurrencia de varias circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada planteaba respecto a la

En orden al ámbito penológico, de forma preceptiva, al igual que ocurre en la regla anterior, se establece una rebaja de la pena respecto del tipo básico. Reducción que consiste en imponer pena inferior en uno o dos grados a la fijada por la ley, atendidos el número y entidad de circunstancias. Manteniéndose la sistematización punitiva introducida por el Código penal de 1932 pues, con anterioridad al mencionado código sólo se preveía la reducción en un grado en el supuesto de confluencia de dos o más atenuantes o una muy cualificada⁴⁴⁹.

Se plasma, tras la reforma del Código Penal por L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, el criterio jurisprudencial que entendía que la reducción, en el supuesto de concurrencia de más de una atenuante en al menos un grado, es preceptiva, siendo discrecional la rebaja en dos grados⁴⁵⁰.

Ahora bien, ello no impide que se considere por algunos autores como un campo de maniobra bastante amplio⁴⁵¹, pues la rebaja en dos grados reduce sustancialmente la entidad de la

originaria redacción del artículo 66 del CP, las siguientes cuestiones: la primera de ellas, si cuando concurrían circunstancias agravantes se desplazaba la regla 4ª del artículo 66 del CP a la regla 1ª del mismo precepto (insistimos en su redacción originaria) concluyendo tras el examen de distintos hilos argumentales que debía darse prevalencia a la voluntad del legislador y entender que la presencia de una circunstancia agravante impide la aplicación de la regla cuarta del artículo 66 del CP (en su redacción conforme a la LO 10/1995, de 23 de noviembre), reconduciéndose esos supuestos a la regla 1ª del mismo precepto; la segunda cuestión se centraba en precisar si en los supuestos de la regla 4ª, la rebaja de al menos un grado, era preceptiva o meramente facultativa, de forma que el juzgador, pese a la concurrencia de varias atenuantes podía imponer la pena tipo, razonando los motivos por los que no consideraba procedente la rebaja de la penalidad. Concluyendo que la rebaja de la penalidad debía entenderse potestativa, en espera de pronunciamientos jurisprudenciales.

⁴⁴⁹ Sí llama la atención la ausencia de oscilación que los criterios cualificadores, en este caso degradadores de la pena, han experimentado a la largo de la codificación: CP 1944, según la entidad y número de dichas circunstancias; CP 1932, según la entidad y número de dichas circunstancias; CP 1928, una muy cualificada en atención al culpable o dos o más muy cualificadas en atención al hecho se la aplicará pena inferior en grado en la extensión que resulte conveniente; CP 1870 dos o más atenuantes y una muy cualificada, se impondrá pena inmediatamente inferior a la señalada por la ley, en el grado que estimen, atendiendo al número y entidad de dichas circunstancias; CP 1848, dos o más atenuantes y una muy cualificada, se impondrá pena inmediatamente inferior a la señalada por la ley, en el grado que estimen, atendiendo al número y entidad de dichas circunstancias.

⁴⁵⁰ Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1998.

⁴⁵¹ En este sentido CASTELLO NICAS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art 66.1 del CP)* Ed. Comares, Granada, 2007, pág 117, critica la generosidad del legislador hacia el arbitrio judicial al no establecer los parámetros legales para determinar la rebaja en un grado o dos. Para la autora el número de circunstancias ha de fijar la degradación en uno para la confluencia de dos atenuantes ordinarias o una muy cualificada o, dos grados para el supuesto de confluencia de una muy cualificada con una ordinaria. Olvidando la autora la variabilidad y graduabilidad que ofrece la entidad y la intensidad de las circunstancias concurrentes, de difícil objetivización previa; en sentido contrario GALLEGU DIAZ, “La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad. Criterios de determinación de la pena y factores de individualización” en *Dialnet*, núm 87/88, 2010, pág 443, sostiene que la flexibilidad del legislador no tiene por qué asustar “si se hace un uso ponderado y correcto de

pena por muy grave que sea el delito cometido. Posibilitando a los Jueces y Tribunales recorrer, a continuación, en la fase final de la individualización de la pena, toda la extensión de la misma, una vez efectuado dicha reducción, pues no hay que olvidar que la facultad concedida a Jueces y Tribunales de aplicar la pena en más de un grado es que podrán hacerlo en toda su extensión.

La individualización punitiva efectuada por el Juez requiere proporcionalidad y, para ello, el legislador *ha mantenido*⁴⁵², como criterios de reducción de la pena en uno o dos grados, un elemento objetivo o cuantitativo, esto es, el “número de atenuantes”, y otro de carácter valorativo, como es “la entidad de las circunstancias atenuantes”. Una muestra más del juego de equilibrio entre seguridad, aportada por los instrumentos matemáticos y, arbitrio judicial, como reconocimiento de la dificultad de objetivizar unos presupuestos abstractos de aplicación.

De este modo, la variabilidad en la concurrencia de circunstancias atenuantes simples o cualificadas, su número y la entidad, conllevará una mayor o menor disminución de la pena en uno o dos grados⁴⁵³. No se trata en este caso del *quatum* de la pena sino de la rebaja en uno o dos grados⁴⁵⁴.

Individualización que, en todo caso, ha de efectuarse de forma motivada, siendo una exigencia derivada del artículo 72 del Código Penal⁴⁵⁵.

Este precepto trae causa directa del artículo 120.3 de la Constitución, al cual ya hemos aludido, pero no por ello, debemos dejar de insistir en la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional sobre el deber de motivación de las resoluciones judiciales cuando el Juzgador haga uso de las facultades legales de individualización de la pena, recogida más recientemente en la STC 20/2000, de 10 de febrero (FFJJ 5 y 6). De conformidad con dicha doctrina, el derecho a la tutela

los criterios que la misma regla propone”.

⁴⁵² Utilizo el verbo “mantener” porque como ya se vio en nota anterior los criterios han sido una constante en la historia de la codificación.

⁴⁵³ STS de 12 de febrero de 2003, la concurrencia de dos eximentes incompletas y dos atenuantes ordinarias dieron lugar a la rebaja de la pena en dos grados y a la aplicación de la pena en su grado mínimo.

⁴⁵⁴ CHOCLAN MONTALVO, *Individualización judicial de la pena...* op cit, pág 134; CASTELLO NICAS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos, (art 66.1 del CP)* Ed. Comares, Granada, 2007, pág 116.

⁴⁵⁵ Artículo 72 del CP, “Los jueces y tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia, el grado y extensión concreta impuesta”.

judicial efectiva, en su dimensión de necesidad de motivación de las resoluciones jurisdiccionales, implica que las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos del juicio sobre los que se basan y que su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional, arbitraria o manifiestamente errónea de la legalidad⁴⁵⁶, resultando reforzada esta obligación de motivación en los supuestos de resoluciones judiciales en el ámbito penal por la trascendencia de los derechos fundamentales implicados en ese tipo de procedimientos⁴⁵⁷.

El fundamento de dicha exigencia de motivación se encuentra en la necesidad, por un lado, de exteriorizar las reflexiones que han conducido al fallo como factor de racionalidad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que paralelamente potencia el valor de la seguridad jurídica, de manera que sea posible lograr el convencimiento de las partes en el proceso respecto de la corrección y justicia de la decisión, y por otro, de garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo⁴⁵⁸.

Más concretamente, en relación con la exigencia del deber de motivación en los casos de “individualización de la pena, este Tribunal en diversos pronunciamientos ha apuntado la necesidad de motivación de la determinación concreta de la pena, aunque también destacara que los datos básicos del proceso de individualización de la pena debían inferirse de los hechos probados, sin que fuera constitucionalmente exigible ningún ulterior razonamiento que los tradujera en una cuantificación de pena exacta, dada la imposibilidad de sentar un criterio que mida lo que, de suyo, no es susceptible de medición”⁴⁵⁹.

Pese a la reticencia de algunos autores, por suponer una ampliación del arbitrio judicial a la hora de fijar la pena, se exige una especial cautela al Juez en la calibración de las atenuantes a fin de no ocasionar inseguridad jurídica al ciudadano⁴⁶⁰. Se ha de conjugar con la idea de que “la

⁴⁵⁶ STC 221/2001, de 31 de octubre.

⁴⁵⁷ STC 5/2002, de 14 de enero; STC292/2002, de 11 de noviembre.

⁴⁵⁸ STC 139/2000, de 29 de mayo.

⁴⁵⁹ STC 47/1998, de 2 de marzo, SSTC 193/1996, de 26 de noviembre; 43/1997 de 10 de marzo.

⁴⁶⁰ CASTELLO NICAS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos*, Ed Comares, Granada, 2006, pág 117.

determinación de la pena no es una función que pueda asentarse en parámetros fijos o concretos o pueda fijarse de una forma matemática”⁴⁶¹. Toda vez que aunque el Juez este sometido a las pautas ofrecidas por la ley, dentro de este margen el Juez es libre para imponer la pena que estime adecuada, y ahí estriba, precisamente, su labor individualizadora⁴⁶². Por todo ello, debemos entender que la redacción dada por el legislador, favorece la búsqueda de un sistema de equilibrio, permitiendo al “juzgador valorar el injusto y las necesidades de prevención especial”⁴⁶³.

Aclarar, así mismo, que ante la presencia de varias atenuantes o varias atenuantes y una de ellas cualificada, la atenuación contemplada con la nueva redacción dada la regla segunda del artículo 66 únicamente resulta de aplicación “una única vez”, con independencia que atendiendo al número y entidad de dichas circunstancias se descienda la pena en uno o dos grados⁴⁶⁴. Se cierra de esta forma, la posibilidad de acumular rebajas en grado de la pena en función del número de circunstancias muy cualificadas concurrentes⁴⁶⁵.

Por último, conviene mencionar, como denominador común a la regla primera del artículo 66, que la concurrencia de circunstancias agravantes⁴⁶⁶ impediría la aplicación de esta regla

⁴⁶¹ STS de 18 de diciembre de 2009.

⁴⁶² GONZALEC CUSSAC “Arbitrio judicial y artículo 61.4 del CP. Comentario a la sentencia de 20 de marzo de 1986” en *Revista del Poder Judicial*, pág 145.

⁴⁶³ MAPELLI CAFFARENA, “El insoportable art. 66”...op cit

⁴⁶⁴ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito...op cit*, pág 259.

⁴⁶⁵ BOLDOVA PASSAMAR, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, (coord GRACIA MARTIN) Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág

⁴⁶⁶ Por circunstancias agravantes se refiere no sólo a las agravantes genéricas sino también a la multirreincidencia, aunque no aparezca ésta última en el catálogo de circunstancias agravantes del artículo 22 del CP. Como señala MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito...op cit*, pág 259, “este hecho llevará en, no pocas ocasiones, consecuencias punitivas difíciles de explicar desde una óptica comparativa dado el efecto oclusivo que asume la circunstancia agravante genérica”. En cambio, SERRANO MAILLO, *Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena*, Ed Dykison, Madrid, 1995, págs 40, 41, (nota 81, 82), sostenía que la presencia de una o más circunstancias agravantes dará lugar, después de la atenuación de la pena de la regla 2ª (con anterioridad a la reforma de 2003, 4ª) a la aplicación de la regla 3ª del artículo 66. En el mismo sentido PUENTE SEGURA, *Las circunstancias eximentes, atenuantes, y agravantes de la responsabilidad criminal...* pág 326, del mismo autor, “La individualización judicial de la pena: estudio de los artículos 66.4 y 68 del vigente Código penal” en *la Ley*, núm 4482, febrero de 1998, págs 1972 y 1973.

Con anterioridad a la reforma de 2003 (el apartado 4 ahora 2), para algunos autores supuso la ampliación de los márgenes del arbitrio judicial, al no impedir su aplicación en los supuestos de concurrencia de circunstancia agravante SALINERO ALONSO *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y del artículo 66 del Código Penal*, Ed Comares, Granada, 2000, pág 171 y 176, que sostenía que la ubicación de este precepto fuera del artículo 66, le otorgaría una independencia similar al artículo 67/68 eximentes incompletas, dejando fuera del mapa de discusión doctrinal la aplicabilidad del contenido de la regla 4ª. Con un doble posicionamiento sobre el efecto que pudiera producir la presencia de la circunstancia agravante ante la pluralidad de atenuantes o una muy cualificada, los que se decantan por la inaplicación de la regla 2ª con la intervención de la regla (concurrencia de distintos signo); QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual de Derecho penal. Parte General...* op cit, pág 710; BOLDOVA

segunda, resultando preciso la valoración y compensación racional conforme a la regla séptima⁴⁶⁷.

PASAMAR, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español...* op cit, pág 206; LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena conforme al Código penal de 1995*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia... op cit pág 87; Consulta de la Fiscalía General del Estado, 2/1997. Y los que mantenían la aplicación de la regla 2ª a pesar de la confluencia de la agravante; BERDUGO/ARROYO/ GARCIA RIVAS/FERRE/SPIEDECASAS, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* pág 323; MOLINA BLAZQUEZ, *La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, Ed... Barcelona, 1996, pág 48; CHOCLAN MONTALVO, "la regla 4ª del artículo 66 del Código penal", en *Actualidad jurídica Aranzadi*, año VIII, núm 349, de 2 de julio de 1998, pág 2; BELLO LANDOROVE, "Determinación de la pena" en *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal*, 1996, pág 357. La no inaplicabilidad de la regla 2ª se resolvía por estos autores en una relación de concurso aparente de normas siendo la regla 2ª (antes de la reforma 4ª) ley especial frente a la primera (anterior a la reforma, actualmente 7ª). En contra de la consideración de concurso aparente de normas y decantándose por una aplicación escalonada, PUENTE SEGURA, *Circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal...* op cit, pág 326; del mismo autor "la individualización judicial de la pena: estudio de los artículos 66.4 y 68 del vigente Código penal" en *la Ley*, núm 4482, febrero de 1998, págs 1972 y 1973. Con una postura intermedia VALLE MUÑIZ, *Comentarios al nuevo Código penal...* op cit, pág 396; GONZALEZ CUSSAC, *Comentarios al Código penal de 1995...* op cit, pág 398.

El TS en sentencia de 3 de abril de 1988, declara que dentro del juego de la regla 1ª del artículo 66, "cabe que el Juez o Tribunal ponderando el valor atenuatorio o agravatorio de cada una de las circunstancias concurrentes, estimen que, estando compensado el valor contrario de alguna de ellas, subsiste todavía un fundamento cualificado de atenuación, en cuyo caso recuperará la regla 4ª su aplicabilidad, lo que significaría a la postre que, la imposición de la pena inferior en uno o dos grados, cuando aprecien dos o más circunstancias o una muy cualificada y concorra una o más circunstancias agravantes, será, en todo caso, facultativa sin que puede considerarse preceptiva ni siquiera la imposición de la pena inferior en un solo grado, porque la propia aplicación del artículo 66.4 del CP dependerá de la estimativa del Juez o Tribunal".

⁴⁶⁷ A título ejemplificativo de la aplicación jurisprudencial de esta regla: "Como queda anticipado, el primero de los motivos de recurso gira alrededor de la aplicación que hizo el Tribunal recurrido de la regla segunda de las previstas en el artículo 66.1 del Código penal al concreto hecho enjuiciado. Estimó, así, la magistrada redactora de las sentencias que, a la vista del veredicto aprobado por los jueces legos, no había méritos suficientes para concluir que alguno de los dos motivos de atenuación de responsabilidad cuya concurrencia se apreció en la conducta sancionada fuere especialmente calificado, por lo que, de acuerdo con tal precepto, consideró que debía aplicar la pena inferior en un solo grado. Frente a ello mantiene el recurrente que la situación de ebriedad en que con ocasión del suceso de autos se hallaba el condenado era singularmente intensa y que, además, su reacción tendente a atenuar los efectos dañinos de su comportamiento ilícito fue de notable importancia. Cree, por ello, que debió imponerse la pena inferior en dos grados y no tan solo en uno, cual hizo la resolución atacada. Expuesta en tales términos la discordia suscitada, la Sala ahora Juzgadora entiende que debe prevalecer el criterio contenido en el fallo que se impugna y, que, en consecuencia, ha de rechazarse este primer motivo de recurso. En relación con la primera de las dos atenuantes apreciada, relata el fallo combatido que "el acusado Luis Enrique iba muy bebido y se encontraba ebrio". Esta referencia del jurado popular se limita a describir un estado de embriaguez, permitiendo, pues, concluir que el encausado había ingerido bebidas alcohólicas en cantidad suficiente para llegar a la intoxicación, pero sin añadir dato alguno adicional que haga pensar que el alcohol ejerció un influjo sobresaliente sobre su capacidad. Además, la juzgadora añade en su resolución que según relató un funcionario policial en el acto del juicio, el luego condenado "tenía la lengua pegajosa y estaba muy pesado, pero que se mantenía en pie". Se describen, pues, los síntomas normales de toda situación de embriaguez, pero sin sumarse factor alguno de especial relevancia o significación. Con tales bases es forzoso concluir que fue acertado el criterio de valorar la atenuante como simple a que llegó el fallo combatido.

Otro tanto acaece respecto de la segunda de las circunstancias atenuantes acogidas. Indica, en efecto, la sentencia apelada que "tras la agresión Luis Enrique, que estaba muy nervioso, intentó reanimar a Severiano, se quitó su camisa y realizó un intento de incorporarlo y de auxiliarle por todos los medios". Tampoco se nos transmite con tal relato un proceder de destacada relevancia para la atenuación del daño causado y ello, aunque la alusión a que "el condenado se quitó su camisa", que por sí misma es inhábil para fundar sobre ella cualquier atenuación, se complete con lo que se añade en el fundamento jurídico tercero de la sentencia, en el que se aclara que lo hizo para colocar tal prenda bajo la cabeza de la víctima. La valoración, pues, de tal comportamiento, el único que se describe en dicho texto con precisión, fue ya muy generosa para fundar solo en él el concurso de la circunstancia atenuante aplicada, y la vaga referencia a que el imputado trató de socorrer a la víctima "con todos los medios", carece de la eficacia que se propugna, al no identificarse en absoluto los medios específicos a que el después condenado acudió para tratar de reparar o, al menos, aminorar el daño causado. Es claro, por tanto, que tampoco mediante este segundo alegato se evidencia el error del fallo impugnado.

Apunta, además, el Ministerio Fiscal con tino indudable, que la pretensión de elevar hasta el máximo grado posible la

Se cuestiona la posibilidad de la acumulación de degradaciones, de tal forma que se pudiera rebajar la pena hasta en cuatro grados si concurre una atenuante muy cualificada con una eximente incompleta.

El art. 68 del Código penal, tras la reforma de 2003, se decanta por la aclaración de la aplicación del art. 66⁴⁶⁸. Lo que supone, si ponemos en relación los arts. 66 y 68 del Texto punitivo, que pueda aplicarse, además, la regla 2ª con una nueva rebaja en atención a la presencia de una atenuante cualificada. Se contradice con ello la anterior jurisprudencia: en la STS de 28 de febrero de 1992 no se consideraban acumulables las rebajas de la eximente incompleta y la del art 66.1.2ª por atenuante muy cualificada.

La posibilidad de aplicación a la que aludíamos en el párrafo anterior resulta necesaria ponerla en visión de conjunto del artículo 68 (se impondrá pena inferior en uno o dos grados) y de las reglas del art. 66, por el otro. Artículo 66 que regula la confluencia de dos o más atenuantes o una muy cualificada en la regla 2ª, y una regla 8ª que faculta al Juez a desplazarse en toda la extensión cuando se imponga pena inferior en más de un grado. En este sentido, tal y como ha

eficacia de ambas atenuantes en orden a extremar la rebaja de la punición impuesta y la de intentarlo de modo simultáneo para las dos, no deja de implicar un cierto elemento de contradicción, pues si, en efecto, la intoxicación etílica que sufría el condenado era de tan extraordinaria intensidad como se afirma, difícilmente se comprende que su intento de auxiliar a la víctima tuviera la destacada efectividad que al propio tiempo se propugna". STSJ Madrid, de 31 de mayo de 2010. FJ 2º.

⁴⁶⁸ Con anterioridad a la reforma del 2003, el art 68 tenía la siguiente redacción: "En los casos previstos en la circunstancia 1.ª del artículo 21, los Jueces o Tribunales podrán imponer, razonándolo en la sentencia, la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran, las circunstancias personales del autor y, en su caso, el resto de las circunstancias atenuantes o agravantes". Tras la reforma de LO 11/2003, se prescinde del carácter facultativo y de la expresión "y, en su caso, el resto de las circunstancias atenuantes o agravantes" teniendo la aplicación del precepto de naturaleza preceptiva y elude cualquier duda de empleo de las reglas del art 66 del CP. Quedando redactado como sigue: "En los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21, los jueces o tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código".

Esta redacción supuso la admisión de la jurisprudencia ya consolidada en relación al carácter preceptivo de un grado y facultativo de dos grados STS 823/1997 de 10 de junio, 1849/1999, de 23 de diciembre. Con una segunda consecuencia en la dualidad preceptiva-facultativa, que se centra en la adopción por parte del órgano jurisdiccional del segundo grado, queda "relevado del cumplimiento de las previsiones referentes a la incidencia de otras circunstancias de atenuación, pudiendo moverse, con libertad de criterio, dentro de la extensión de la pena, doblemente reducida" STS 347/2005, de 17 de marzo, en consonancia con el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2005, "el art. 68 del CP cuando remite al artículo 66 no excluye ninguna regla, incluida la regla 8ª".

señalado MUÑOZ CONDE, en concordancia con el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de marzo de 2005, al que aludimos en nota anterior, resulta necesario establecer el alcance de la regla 2ª (acumulación de rebajas) y 8ª (no sujeción al art. 66 cuando se rebajen dos grados) en el siguiente sentido: la pena puede recorrerse en toda su extensión sin sujetarse al art. 66 cuando se rebaje la pena en dos grados (art 66.1.8ª), en estos casos se puede prescindir de la nueva rebaja del art 66.1.2ª. En cambio, si se rebaja sólo un grado no entra en juego la regla 8ª y, por tanto, puede aplicarse las reglas del art 66.1, acumulándose una nueva rebaja por atenuación cualificada (regla 2ª)⁴⁶⁹.

De modo que, ante un homicidio consumado con pena de prisión de 10 a 15 años en el que concurre eximente incompleta (enajenación mental) y atenuante cualificada, el Juez dentro del marco abstracto que conforma el marco legal ha de determinar el marco abstracto concretizado resultante de la aplicación de las reglas del art 68 del CP en primer lugar y, posteriormente, las reglas del art. 66 del mismo cuerpo legal. Para ello debe analizar el número y entidad que falten o concurren y las circunstancias personales del autor, si considera justificado una eximente incompleta ligera, desbordará la arista inferior del marco base una vez (5 a 10 años) permitiendo, al no observar la regla octava (más de un grado), la apreciación de la atenuante muy cualificada que faculta al Juez a degradar la pena en uno o dos grados. Si, por el contrario, el órgano jurisdiccional entiende razonadamente la presencia de una eximente incompleta intensa desbordará el marco abstracto absoluto hasta dos veces con un marco abstracto concretizado de 2 años y seis meses a 5 años, sobre el cual no se permite la valoración de atenuantes al poder recorrer los grados en toda su extensión.

En definitiva, nos hallamos ante una materia que no es pacífica en la doctrina, existiendo posturas contrarias a la acumulación por el carácter excluyente de los artículos 65, 66 y 68⁴⁷⁰. Y a

⁴⁶⁹MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, *Derecho penal. Parte General*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 546.

⁴⁷⁰ GARCIA ARAN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad...* op cit, pág 87; PADILLA ALBA, “Problemas que plantean las eximentes incompletas en la determinación judicial de la pena” en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, T XLVIII, 1995, pág 520 y ss.

CHOCLAN MONTALVO, “la regla 4ª del artículo 66 del Código penal”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, año VIII, núm 349, de 2 de julio de 1998, pág 3, considera que la regla 4ª (actualmente regla 2ª), y el contenido del artículo 68 del CP, son complementarias, no permitiendo la acumulación de degradaciones, al fundamentar ambas en la disminución de la culpabilidad del autor. Entendiendo que tal disminución por incidencia de causas de atenuación, cualquiera de las previstas en el artículo 21 del texto punitivo, así como las eximentes incompletas, no pueden autorizar un descenso del marco penal por debajo de los dos grados inferiores de la pena prevista en abstracto al delito, salvo en los casos de incompleta ejecución y participación.

favor encontramos posturas centradas en razones de justicia material⁴⁷¹, o argumentación hermenéutica⁴⁷².

En relación al número de veces que se puede llevar a cabo la división en grados, se plantea si es posible rebajar la pena tantas veces como motivos se presenten. Así, “es evidente que tal benevolencia sería excesiva, y que el arbitrio de los jueces para descender uno o dos peldaños en la escala, así como sus facultades para recorrer en toda su extensión la penalidad resultante, son ya suficientes para tener en cuenta la acumulación de motivos atenuantes. En apoyo de esta interpretación puede aducirse que tanto la regla 5ª del artículo 61, como los artículos 65 y 66, parten de la pena señalada en la ley, o sea de la asignada al delito, no de la pena ya rebajada”⁴⁷³.

La individualización conlleva la fijación de una pena concreta armónica dentro de los límites legales establecidos, en el que la pena es el reflejo proporcionado del injusto culpable y no una creación libre y arbitraria del juzgador como consecuencia del desbordamiento del marco más allá del segundo grado. Este último es, en la mayoría de los casos, una facultad dada por el legislador al órgano jurisdiccional cuando concurren los supuestos excepcionales en la ley.

Retomando la idea de reflejo proporcionado del injusto culpable y la proyección concéntrica de la responsabilidad a la que aludíamos al comienzo del estudio de las reglas del artículo 66 del CP, resulta claro y evidente que, a medida que formamos marcos, los *factores de armonización* se agotan, y no cabe que vuelvan a valorarse para el siguiente paso dentro de la determinación de la pena como medida de respeto al principio non bis in idem. De este modo, la resonancia de la culpabilidad se va diluyendo convirtiéndose en un fino hilo hasta que se agota.

Y, es este agotamiento, signo del principio de seguridad que impera en nuestro ordenamiento jurídico, el que impide la apreciación de acumulación infinita de degradaciones de grados. Porque, si bien es cierto que el artículo 71 favorece la devaluación de la pena hasta el punto de “acercarse a

⁴⁷¹ MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, Ed Reppertor, Barcelona, 2015, pág 744.

⁴⁷² BOLDOVA PASSAMAR, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español...* op cit, págs 213 a 215.

⁴⁷³ ANTON ONECA, *Derecho penal. Parte General...* op cit, pág 564.

la impunidad”⁴⁷⁴, la propia existencia del injusto culpable y las variables que lo moldean es un límite a la prevención especial.

El órgano jurisdiccional ha de razonar “el grado y la extensión concreta impuesta”, de modo que refleje en la sentencia, el proceso de elaboración de la condena impuesta. Se centra el legislador, en el artículo 72 del Texto punitivo, en los estadios de la individualización de la pena donde, la elección de ésta, es susceptible de ser distinta si fuese valorada por otro órgano jurisdiccional. En definitiva, saca de la ecuación la determinación matemática y se reconduce a la individualización armonizadora: el grado y la extensión concreta.

O, dicho en otros términos, a la creación de un nuevo marco mediante el desbordamiento de las aristas máximas y mínimas con la aplicación, facultativa, de la pena superior en grado o inferior en grado, con la consiguiente selección de naturaleza admisible o de denegación. Sin olvidar, los supuestos preceptivos y, en este último caso, la selección de un grado o dos grados⁴⁷⁵.

Por otro lado, la extensión concreta supone el máximo exponente de la individualización armonizadora, es la melodía que le llega al ciudadano, el resultado del ejercicio de racionalidad en la combinación de los hechos envolventes a la conducta delictiva y las previsiones legales, donde las exigencias de exquisitez se potencian en un ámbito que se desarrolla en la privación de bien jurídico como consecuencia del ataque a otro bien jurídico.

“En efecto esta circunstancia de atenuación concurre cuando la obcecación y el arrebató al actuar entrañan una reducción de la imputabilidad provocada por situaciones que disminuyan la razonabilidad del pensamiento o el control de la voluntad debida a un duradero oscurecimiento u ofuscación del ánimo (S1696/2002, de 14 de octubre)... En el caso presente la violenta reacción del

⁴⁷⁴ El art. 71 del CP no pone límites a la degradación de la pena como consecuencia de la imposición de pena inferior en grado, dentro de la política de desaparición de las penas cortas de prisión, preceptúa que la pena de prisión inferior a tres meses “*será en todo caso sustituida por multa, trabajos en beneficio de la comunidad, o localización permanente, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente*”.

⁴⁷⁵ En similares términos LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág 39.

acusado aparece en el hecho probado como acción provocada por un poderoso estímulo exterior: los insultos proferidos en la calle por la otra acusada hasta que se revolvió contra ella agrediéndola. El propio relato histórico al reflejar el desarrollo del hecho implica la evidencia de un estado de irritación y cólera incompatible con la fría reflexión y la intensidad del estímulo detonante del enfurecimiento. Los insultos eran gravísimos ya que faltando a la verdad le seguía por la calle diciendo a voces que aquél hombre, el acusado, le había robado el dinero de un cajero; lo decía en público y a gritos, en plena calle, oyéndole por tanto cualquier transeúnte que por allí pasara; el insulto fue persistente porque lo repitió durante un largo trecho siguiendo al acusado que intentaba librarse de aquella mujer sin conseguirlo, y las consecuencias fueron también graves puesto que provocó que la Policía se hiciera presente, terminando por detener al recurrente. Por tanto: la gravedad de las injurias y las calumnias soportadas, unida a la persistencia en tan ofensivo comportamiento, más la publicidad abochornante e intolerable de semejante acción, y las consecuencias perjudiciales del incidente, **constituyen cuatro factores que denotan por sí mismos la intensidad del estímulo y el natural ofuscamiento** que necesariamente hubo de producirse en el ánimo del acusado cuando perdido el control propinó un bofetón a quien le seguía dando aquellas voces por la calle. La atenuante de arrebato u ofuscación es por ello apreciable; y con carácter de cualificada precisamente porque la conjunción de los cuatro factores señalados, permiten inferir que la obcecación reactiva y el furor del recurrente tuviera que ser de gran intensidad, con merma muy relevante de su autocontrol, lo que ha de traducirse en la consiguiente atenuación cualificada de responsabilidad, rebajando en un grado la pena correspondiente, de conformidad con el artículo 66. 1. 2º del Código penal” FJ4º STS 7 de abril de 2009.

La jurisprudencia anterior constituye un ejemplo del desplazamiento de los factores de armonización para la constitución de los marcos. En el que, en el marco abstracto concretizado pseudo accidental no se valora ya la existencia de las injurias y calumnias sufridas (realizado en el marco abstracto absoluto) sino la intensidad sugerida por la suma de todos los factores, un plus respecto al epicentro de la gravedad que permite la apreciación de la atenuante cualificada, rebajando la pena en un grado.

Para finalizar el estudio de esta regla 2ª se ha de llamar la atención sobre el valor penológico de estos elementos accidentales. En tanto medimos un elemento ajeno a la descripción típica pero relacionado en su ejecución con la suficiente virtualidad como para crear un nuevo marco. Por ello,

se ha denominado esta fase marco pseudo accidental, como camino paralelo al *percorso* principal que converge en un punto suficientemente importante como para alterarlo.

V.3.4.3.5 3. LA REGLA TERCERA

La regla tercera no plantea grandes dudas en su formulación. En este sentido, la confluencia de una o dos circunstancias agravantes⁴⁷⁶, determina, de forma preceptiva, la aplicación de la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito que corresponda. En sintonía con la codificación histórica que sancionaba la concurrencia de agravantes con el grado máximo⁴⁷⁷ del marco. Y, sin perjuicio de entender una ampliación del arbitrio judicial en relación a la división en grados.

Redacción introducida por la reforma de LO 11/2003, que desglosa la presencia de uno o dos agravantes (regla 3ª) y más de dos agravantes (regla 4ª), con una regla quinta centrada en la multirreincidencia⁴⁷⁸. Supuso la pérdida de orientación preventiva especial que inundaba las reglas del artículo 66 con anterioridad a la reforma, abriendo el camino a la prevención general en materia de agravantes. En este sentido, podemos decir que el artículo 66 separa no sólo penológicamente las atenuantes y agravantes sino que, además se hallan dirigidas a fines distintos: las dos primeras reglas a la prevención especial, las tres siguientes reglas (3ª, 4ª y 5ª) a la prevención general.

El tratamiento específico de la agravante de reincidencia en la regla quinta, impide que, conforme al principio de especialidad, se aplique esta regla tercera en aquellos supuestos en que la

⁴⁷⁶ Insistir, nuevamente, en el carácter genérico de la circunstancia, en este caso, agravante para poder aplicar el artículo 66 de Código Penal. De otro modo no estaríamos ante la posibilidad de concurrencia de alguna de las reglas del artículo 66 sino circunstancias que nos sirven para calificar el tipo, inherentes al mismo tipo delictivo.

⁴⁷⁷ Sólo el Código penal de 1848 apreciaba la posibilidad de mantenerse en el grado medio o llegar al grado máximo de la pena. O el CP de 1932 que estableció con carácter dispositivo la imposición del grado máximo. El resto de los Códigos penales sanciona la presencia de agravantes con el grado máximo.

⁴⁷⁸ Este desglose ha sido criticado por algunos autores, DIEZ RIPOLLES, “Novedades introducidas en el artículo 66”, en *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Ed Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pág 161, el aumento de la casuística de las reglas de determinación de la pena no se sabe si responde al deseo de facilitar la individualización judicial de la sanción o a una desconfianza del legislador hacia los jueces.

agravante o una de las dos agravantes sea la de reincidencia; quedando el Juez facultado para aplicar la regla quinta, y, sólo en el caso de no utilizarla, resurgiría la regla tercera⁴⁷⁹.

En este punto del análisis es conveniente hacer referencia a una serie de supuestos que constituyen una excepción a la operatividad del artículo 66, y que encuentra su fuente directa en la tajante formulación del Código Penal, en el que se declara que “las reglas del artículo anterior no serán de aplicación a las circunstancias agravantes ni atenuantes que la ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni las que sean de tal manera inherente al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse”⁴⁸⁰. Toda vez que, en la individualización judicial de la pena (dentro de los parámetros genéricos ya aludidos, concretamente, la gravedad del hecho) no pueden ser tenidos en cuenta criterios que ya incidieron en la determinación del “marco legal de individualización”⁴⁸¹. De este modo, se debe excluir la posibilidad de aplicar la regla tercera del artículo 66 en el caso previsto en el artículo 485.2 del Código Penal⁴⁸².

Estamos ante una regla de naturaleza cuantitativa⁴⁸³ que, de manera conexas a la regla 1ª del artículo 66, aunque en sentido inverso, contiene la previsión de la imposición de la pena en su mitad

⁴⁷⁹ En este sentido, MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed Aranzadi, Navarra, 2015, pág 260, “si el órgano judicial ha renunciado a aplicar la regla quinta prevista especialmente para la multireincidencia, jugaría un papel de reincidencia genérica”.

⁴⁸⁰ Art. 67 del Código penal.

⁴⁸¹ CHOCLAN MONTALVO, *Individualización judicial de la pena...* pág, op cit pág 174. Para este autor, los artículos 64 y 67 del Código Penal español establecen la prohibición de doble valoración. El artículo 64 dispone que “las reglas anteriores no serán de aplicación en los casos en que la tentativa y la complicidad se hallen especialmente penadas en la ley”. Al artículo 67 se ha hecho mención anteriormente.

GARCIA ARAN, *Los criterios de determinación de la pena...* op cit, pag 145, pone de manifiesto que el “esquema valorativo anticipado” que proporciona el legislador, tiene como consecuencia en la coordinación de funciones entre el legislador y juez, la prohibición de doble estimación de los elementos típicos a través de la cual, la ley detrae de la competencia del juez la posibilidad de estimar circunstancias del hecho que aquella ya ha tenido en cuenta. La autora continúa con un breve análisis de la evolución histórica de esta prohibición de doble valoración. De este modo hace referencia al Código Penal de 1944, en el que se incluye un precepto que excluye la aplicación de circunstancias agravantes en tres casos: “la que por sí mismas constituyen un delito especialmente castigado por la ley; las que ésta haya expresado al describirlo o sancionarlo” y, por último, aquellas de tal manera inherentes al delito que, sin la concurrencia de ellas no pudiera cometerse”. En similares términos se expresa el Código Penal, texto refundido de 1973: “El Proyecto de Código Penal de 1980 reduce a dos los supuestos: las circunstancias tenidas en cuenta por la ley al describir o sancionar una infracción y las de tal manera inherentes al delito que sin concurrencia de ellas no hubiera podido cometerse, aunque amplía la exclusión a las atenuantes”.

⁴⁸² El Art. 485.3 encuadrado en los delitos contra la Constitución, castiga al que “*matere el Rey, o cualquiera de las personas previstas en el apartado primero concurriendo dos o más circunstancias agravantes*”.

⁴⁸³ GALLEGO DIAZ, “La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad. Criterios de determinación de la pena y factores de individualización” en *Dialnet*, núm 87/88, 2010, pág 439.

superior en el caso de concurrencia de una o dos circunstancias agravantes⁴⁸⁴. El legislador ha unificado en el orden penológico la confluencia de dos supuestos, como son la presencia de una circunstancia agravante o la presencia de dos circunstancias agravantes; mas, a su vez, diversifica el tratamiento de las circunstancias agravantes incrementando el rigor punitivo en los supuestos de más de dos circunstancias agravantes, adecuándola, de este modo, a la gravedad de los hechos y/o culpabilidad de los sujetos.

En aras de la seguridad jurídica, se ha señalado por algunos autores, la imagen de “actividad computarizada” que se desprende de esta regla tercera frente a las consideraciones de justicia, equidad y prevención que deberían presidirla⁴⁸⁵. Y, es esta exigencia de seguridad la que concibe, tradicionalmente, el límite superior establecido en la pena base como infranqueable. De este modo, “el marco penal abstracto señalado en la ley debe estar configurado de tal manera que pueda soportar toda la gravedad del injusto y de la culpabilidad correspondientes al hecho delictivo, así como todas las necesidades de prevención general, sin que pueda ser ampliado, por muchas o cualificadas que sean las circunstancias agravantes que concurren, salvo que ello de lugar en la Parte Especial a un tipo agravado con el consiguiente superior marco penal”⁴⁸⁶.

Pese a ello, no debemos olvidar que la determinación de la pena no es una función que pueda asentarse en parámetros fijos o concretos o que pueda fijarse de una forma matemática. Resulta pues, facultativo para el Juez o Tribunal desplazarse dentro el marco penal fijado conforme a las directrices que examinaremos en la regla 6ª. De modo que, atendiendo a la gravedad del hecho y las circunstancias personales del delincuente⁴⁸⁷, habrá de motivar la pena concreta fijada en sentencia condenatoria⁴⁸⁸, en tanto, a través de ellos es posible tener en cuenta otros matices,

⁴⁸⁴ CASTELLO NICAS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos...* op cit, pág 120.

⁴⁸⁵ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito...* op cit, pág 266.

⁴⁸⁶ GALLEGO DIAZ, *El sistema general de reglas para la aplicación de las penas del Código Penal de 1995 y las últimas reformas...* op cit, pag 145.

⁴⁸⁷ Pese a la ausencia legal de criterios o guías en esta regla tercera, abundante jurisprudencia se ha decantado por “la gravedad del hecho y las circunstancias personales del delincuente “ como directrices delimitadoras de la facultad de los Jueces y Tribunales a la hora de individualizar la pena. Así la STS 28 de diciembre de 2009 señala que “(...) se llevó a cabo una aportación al hecho más relevante que se expone si cabe y en cualquier caso se castiga la reiteración y persistencia en el tiempo de la conducta delictiva”.

También la doctrina ha argumentado a favor de la aplicación de estos factores de armonización, GALLEGO DIAZ, “La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad. Criterios de determinación de la pena y factores de individualización” en *Dialnet*, núm 87/88, 2010, pág 440.

⁴⁸⁸ La STS de 13 de abril de 2002 concreta que “en el momento actual, se exige como criterio preponderante, la motivación de las sentencias, por entender que, en general, todas las reglas del artículo 66 son expresión de una

accidentes o aspectos del delito, completando la valoración de injusto y la culpabilidad del hecho delictivo⁴⁸⁹.

Pero como señala GALLEGO DIAZ, la propia existencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad, en este caso, agravante, es un “factor implícito de medición”⁴⁹⁰. La realidad de la agravante no es apreciable de forma única o absoluta sino que presenta matices y graduación en si misma y, cuyo reconocimiento es una exigencia del equilibrio de la proporción dentro del desplazamiento del marco. En este sentido se puede decir que, la confluencia de una o dos agravantes conforma un factor de cuantificación provocando la delimitación del marco en su mitad superior pero, a la vez, es un factor de cualificación armonizante al contribuir en el desplazamiento racional efectuado por el Juez a la hora de individualizar la pena concreta, en atención a su número y entidad.

En el ámbito penológico se establece “un sistema inverso al de las atenuantes pero con características propias”⁴⁹¹. Frente al excesivo retribucionismo y la obsesión de controlar el arbitrio judicial mediante la determinación legal del proceso de fijación de las penas, el Código Penal de 1995 ha pretendido dar flexibilidad, simplificación y uniformidad al modelo de individualización de la pena, intensificando, a su vez, la prevención especial como uno de los objetivos a alcanzar con la imposición de la pena. Sin embargo, razones de política criminal han determinado que con las reformas de Texto penal, llevadas a cabo por las Leyes Orgánicas 11/2003, de 29 de septiembre y 15/2003, de 25 de noviembre, se recupere la “dosimetría decimonónica” que quiso eliminar en la originaria redacción de 1995. En este sentido, el legislador se ha decantado por aunar en una única regla la solución penal a la concurrencia de una o dos agravantes, desplazando a la regla cuarta del

discrecionalidad reglada, que exige su razonamiento, como reflejo de los artículos 9.3 y 120.3 de la Constitución”. Tras la reforma de 2003, con la actual redacción del artículo, no ofrece duda la necesidad de motivación.

⁴⁸⁹ BOLDOVA PASAMAR *Lecciones de las consecuencias jurídicas del delito*. Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág 207; CASTELLO NICAS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*, Ed. Comares, Granada, 2007, pág 107; SUÁREZ GONZÁLEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO, (dir.) y JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág 255.

⁴⁹⁰ GALLEGO DIAZ, “la aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad. Criterios de determinación de la pena y factores de individualización” en *Dialnet*, núm 87/88, 2010, pág 440. Argumenta sobre este factor implícito de individualización sobre la base del derogada art. 61 del anterior CP de 1983 que en su regla 7ª disponía que “dentro de los límites de cada grado los tribunales determinarán la extensión de la pena en consideración al número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes y a la mayor o menor gravedad del mal producido por el delito”.

⁴⁹¹ BOLDOVA PASAMAR *Lecciones de las consecuencias jurídicas del delito*. Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág 208.

artículo 66, la facultad de elevar incluso la pena en grado si coinciden en la comisión del hecho tres o más agravantes (el Texto punitivo en su redacción literal contiene la expresión “más de dos circunstancias agravantes”) frente a la redacción originaria en la que se aglutinaba la posibilidad de confluencia de una o varias circunstancias agravantes en una sola regla.

CASTELLO NICAS considera adecuada la diferenciación entre las reglas tercera y cuarta del artículo 66 del Código Penal, eliminándose, de este modo, el paralelismo punitivo entre hipótesis muy diferentes que hacen injusto e inadecuado en atención a la gravedad de los hechos y culpabilidad⁴⁹². Matizando esta afirmación con el carácter potestativo de la “elevación de la pena en un grado” para el supuesto de coincidencia de más de dos agravantes; incidiendo, la autora, en la ausencia de obligación de esta norma para el Juez o Tribunal, el cual, a la hora de individualizar la pena al caso concreto deberá valorar la oportunidad de aplicar o no la elevación en grado atendiendo al grado de culpabilidad manifestado en la realización del hecho enjuiciado.

En este punto del análisis resulta conveniente hacer referencia a la posibilidad o no de revisión casacional de la individualización efectuada por el órgano judicial⁴⁹³. Hasta fechas muy recientes el Tribunal Supremo entendía que, en cuanto al resultado de la discrecionalidad del Juez o Tribunal de instancia, no era admisible el control en casación al estar encomendada de manera exclusiva la tarea de individualización a quien goza de conocimiento directo y personal del elenco circunstancial.

Frente a esta posición jurisprudencial, numerosas voces doctrinales abogaban por la susceptibilidad de control casacional de la individualización judicial. Así, GONZÁLEZ CUSSAC, haciéndose eco de la doctrina alemana, puso de manifiesto que “la fijación de la pena exacta dentro de los límites del marco penal constituye un acto discrecional del Tribunal. Pero como los marcos penales son relativamente amplios, se advierte del peligro de caer en el ejercicio abusivo del arbitrio

⁴⁹² CASTELLO NICAS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*, Ed. Comares, Granada, 2007, pág 121.

⁴⁹³ IBÁÑEZ FERFECO, “La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia” en *Estudios de Derecho Judicial*, 2000, versión informática, comenta que “ARNIO, manifestaba que la gente exige no sólo decisiones dotadas de autoridad sino que piden razones. Esto vale también para la administración de justicia. La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones... maximizar el control público de la decisión”. Y es que, si de la recepción por el juez de diversas afirmaciones en materia de hechos se siguiera necesariamente una determinada conclusión también fáctica susceptible como tal de ser conocidas por terceros, la expresión de la *ratio dicendi*, la justificación de la decisión carecería de sentido. Pero ocurre que en la materia se abre un amplio margen de apreciación al criterio del operador judicial, quien, por ello, tiene la responsabilidad de la opción y de la racionalidad o irracionalidad de ésta”.

judicial, tanto en su extremo rigorista como en el opuesto. Este peligro se ve incrementado por la existencia de unos límites muy estrictos para efectuar el control casacional en esta materia”.

Por todo ello se insiste en que la discrecionalidad del Juez penal no es «libre», como sucede en la discrecionalidad administrativa, sino que, por el contrario, es una «discrecionalidad jurídicamente vinculada»⁴⁹⁴.

El mencionado autor manifiesta que, uno de los límites con los que se encuentra el arbitrio judicial es el sistema de recursos, en tanto, nos encontramos con una materia susceptible de revisión, no entenderlo de este modo, supondría “consentir y tolerar la existencia de una zona de incerteza que da lugar a la inadmisibile situación de restricción de los derechos individuales” con la consiguiente indefensión⁴⁹⁵.

Por su parte, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, si en un primer momento negó, cómo se ha comentado, la virtualidad de la casación en la individualización de las sentencias, hoy acertadamente, distingue entre la libre valoración de la prueba recogida en el artículo 741 LECr y la actividad individualizadora de la pena. En este sentido, hemos de traer a colación las manifestaciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: “asimismo no es posible olvidar que el juicio sobre la prueba producida en el plenario es sólo revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de los hechos, de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos, siendo ajenos al objeto de la casación los aspectos que dependen sustancialmente de la inmediación, es decir, de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal de instancia, como sucede con la cuestión de la credibilidad de los testigos que en principio queda fuera de la posibilidad de revisión casacional”⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ GONZALEZ CUSSAC, “Arbitrio judicial y artículo 61.4 del Código Penal. Comentario a la Sentencia de 20 de marzo de 1986”, en *Revista del Poder Judicial*, 1986.

⁴⁹⁵ GONZALEZ CUSSAC, “Arbitrio judicial y artículo 61.4 del Código Penal. Comentario a la Sentencia de 20 de marzo de 1986”, en *Revista del Poder Judicial*, 1986, pág 5, versión informática, “el arbitrio judicial, como ejercicio de una facultad discrecional sometida a la ley y vinculada a un conjunto de criterios valorativos, debe emplearse conforme a pautas de racionalidad, medida y proporcionalidad. Y si así no se hiciera, la decisión resultaría injusta y, por tanto, susceptible de casación. Entender de modo distinto el arbitrio judicial -es decir, como desvinculado de la ley, enteramente libre y no revisable-, supone emprender un viaje sin retorno hacia el pasado, y que históricamente se conoce con el nombre de arbitrariedad”.

⁴⁹⁶ STS de fecha 22 de diciembre de 2010; En términos similares la STS de fecha de 17 de noviembre de 2010 declara que “el control casacional de la corrección de la pena aplicada se limita a la comprobación de la existencia de un razonamiento en el sentido antedicho. Se trata, en particular, de comprobar si el Tribunal ha tomado en cuenta las circunstancias que le hayan permitido imponer una pena acorde a la gravedad de la culpabilidad y, en su caso, las que sugieran una renuncia al agotamiento de la pena adecuada a la misma por razones preventivas. Este control no se

La jurisprudencia ha ido evolucionando en sus respuestas ante la falta de motivación de la pena, optando por diversas soluciones con la finalidad de evitar, por un lado, los consecuentes retrasos y perjuicios si la causa es devuelta y, por otro lado, eludir una nueva individualización⁴⁹⁷. Así, en supuestos de falta absoluta de motivación sobre la imposición de penas superiores a las mínimas legalmente establecidas, la Sala Segunda ha optado, en ocasiones, por subsanar la falta de motivación e imponer la pena mínima⁴⁹⁸. En cambio, en supuestos de imposición inmotivada de

extenderá, sin embargo, a la traducción numérica de los respectivos juicios, salvo en aquellos casos en los que esta determinación resulte manifiestamente arbitraria”.

Estos recelos al control casacional de la individualización se encuadra dentro del respeto a uno de sus rasgos configuradores (la independencia) y uno de los aspectos esenciales del proceso penal (la inmediación), todo lo cual tiene su reflejo en los requisitos exigidos para revisar una sentencia, en este sentido: “la doctrina jurisprudencial estima que son condiciones necesarias para la casación de una sentencia por la apreciación de este “vicio in iudicando”, las siguientes: 1) que la omisión o silencio verse sobre cuestiones jurídicas y no sobre extremos de hecho, 2) que las pretensiones ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno; 3) que se traten de pretensiones en sentido propio y no de meras alegaciones que apoyan una pretensión; 4) que no consten resueltas en la sentencia, ya de modo directo o expreso, ya de modo indirecto o implícito, siendo admisible éste último únicamente cuando la decisión se deduzca manifiestamente de la resolución adoptada respecto de una pretensión incompatible, siempre que el conjunto de la resolución permita conocer sin dificultad la motivación de la decisión implícita, pues en todo caso ha de mantenerse el imperativo de la razonabilidad de la resolución” (S.T.S. 771/1996, de 5 de febrero, 263/96, de 25 de marzo o 93/97, de 20 de junio).

⁴⁹⁷ Ante una ausencia de motivación de la individualización de la pena, caben tres posibles remedios, como recuerda, entre otras, la STS. 13.3.2002: 1) Devolver la sentencia al órgano jurisdiccional de instancia para que dicte otra razonando lo que en la primera quedó irrazonado; 2) Subsanan el defecto en el supuesto de que el órgano jurisdiccional de apelación le facilite a la sentencia de instancia los elementos necesarios para motivar la individualización de la pena, bien en la misma extensión fijada por el de instancia, bien en otra que el de apelación considere adecuada; 3) Imponer la pena establecida por la ley en su mínima extensión. La primera opción, que implica la nulidad parcial de la sentencia, tiene como limitación lo dispuesto en el art. 240.2 párrafo 21 LOPJ en su redacción dada por la LO. 19/2003 de 23.12 (“en ningún caso podrá el Juez o Tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal”). La segunda opción es posible, cuando los elementos contenidos en la propia sentencia permitan al juzgador de apelación (o casación) hacer las valoraciones necesarias para la fijación concreta de la pena en cumplimiento de las reglas de los distintos apartados del art. 66 CP y demás aplicables a la penalidad del hecho delictivo enjuiciado. En cuanto a la tercera, procede únicamente y de forma excepcional cuando se haya intentado infructuosamente la subsanación en la omisión o ésta ya no sea posible y, además, de la sentencia no resulten elementos que permitan al juzgador ad quem la individualización de la pena” STS 10 de fecha 10 de febrero de 2011.

⁴⁹⁸ Ante la ausencia de motivación, el Tribunal debe examinar la proporcionalidad de la pena en función de los hechos declarados probados, así como la alegación de elementos de hecho relevantes, favorables al acusado, cuya valoración haya sido indebidamente omitida en la sentencia, y en caso de que no exista justificación implícita de la pena impuesta, proceder a imponer la pertinente, o la mínima legalmente procedente en caso de ausencia total de datos que justifiquen la exasperación punitiva (STS nº 809/2008, de 26 de noviembre).

“Así, el art. 66 y 72 CP obligan ciertamente a una motivación a la hora de individualizar judicialmente las penas. Pero en ocasiones esa motivación puede estar implícita. En el terreno de la concreción última del quantum penológico es exigible una exteriorización de las razones tomadas en consideración, pero no una expresión imposible de unas reglas que justifiquen de forma apodíctica y con exactitud la extensión elegida. La motivación no ha sido exteriorizada como sería exigible, pero se puede desprender del conjunto de la sentencia. De cualquier forma, aunque se concluyese que en este punto la sentencia es incorrecta, la solución tampoco sería, tal y como reclama el recurrente, la imposición en casación del mínimo legal. Esta Sala ha declarado que el defecto de motivación puede ser subsanado en casación en aras al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas cuando de los propios datos que contiene la sentencia pueden deducirse las razones que justifican la extensión concreta por la que ha optado el tribunal. La alternativa conduciría a tener que devolver la causa al tribunal con los consiguientes retrasos y perjuicios para el propio recurrente. Sólo cuando sea imposible subsanar esa ausencia de motivación procederá optar por el drástico remedio de la nulidad y devolución

pena mínima se ha confirmado la misma, atendiendo a la innecesariedad de explicación cuando la pena se impone en dicha mínima extensión⁴⁹⁹. Por último, cuando la falta de motivación es absoluta ha acordado la nulidad del pronunciamiento relativo a la individualización de la pena, ordenando la devolución de las actuaciones al Tribunal de que dimana, y su reposición al estado inmediatamente anterior al dictado de la sentencia, a fin de que, se sustancie y se termine la causa con arreglo a derecho, pronunciándose nueva sentencia por el mismo Tribunal, motivando la individualización penológica que lleva a cabo (cuya ausencia de motivación dio lugar a la nulidad), con las consecuencias que procedan⁵⁰⁰.

Ahora bien, la cuestión que se suscita, tras el análisis de las distintas opciones adoptadas por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo para solventar la ausencia de motivación, es la consecuencia de la imposición de la pena mínima ante la insuficiencia motivadora de la sentencia, pues como ha puesto de manifiesto GALLEGO DIAZ, “la mejor individualización de la pena queda frustrada en muchas ocasiones debido a la tendencia manifestada en la práctica judicial de una aplicación automática e indiscriminada del límite mínimo de la pena sin la debida consideración a los criterios propuestos por el legislador en la citada regla”⁵⁰¹. O dicho de otro modo, esta praxis, no necesariamente, conduce a criterios de proporcionalidad o adecuación de la pena a la culpabilidad,

para motivación al tribunal de instancia, resultando muy excepcional porque supone desbordar la naturaleza de la casación, que este tribunal realice una nueva individualización, usurpando así el uso de una discrecionalidad que las leyes atribuyen prima facie al órgano a quo.

Por otra parte, la imposición del mínimo legal resulta solución poco asumible, pues vendría a convertir la falta de motivación en una suerte de atenuante innominada con una eficacia superior a las ordinarias: la falta de motivación de la individualización sería una atenuante que obligaría en vía de recurso a imponer no la mitad inferior, sino el mínimo legal.

Por lo expuesto procede aceptar por justificada y proporcionada la pena impuesta en la sentencia". STS de fecha de 4 de noviembre de 2010".

⁴⁹⁹ También ha de señalarse, que, aunque la necesidad de motivación del artículo 120.3 CE alcanza, en todo caso, a la pena concreta impuesta, no puede establecerse la misma exigencia de motivación cuando se impone el mínimo legalmente previsto (necesaria consecuencia de la afirmación de la existencia del delito sin circunstancias que la modifiquen) que en aquellos otros casos en los que el Tribunal considera procedente una exasperación relevante de la pena. En la medida en que se aleje del mínimo legal se hará más patente la necesidad de explicar fundadamente la razón de la pena que se impone, motivación que en su corrección es controlable en casación por la vía de la corriente infracción de ley" (STS nº 1478/2001, de 20 de julio).

⁵⁰⁰ STS, de fecha de 16 de enero de 2001, declara que “en el supuesto enjuiciado, es claro y patente el vicio denunciado. En efecto, basta con leer los escuetos fundamentos jurídicos de la Sentencia recurrida, para comprobar que (...) no hay respuesta por la Sala revisora en apelación”.

⁵⁰¹ GALLEGO DIAZ, *El sistema español de determinación legal de la pena*, Ed. ICAE, Madrid, 1995, la crítica efectuada por este autor gira en torno a la originaria regla 1 del artículo 66 del CP, actual regla sexta del artículo 66. Creemos que se halla plenamente vigente en tanto, tras la imposición de forma matemática de la pena en su mitad superior por la concurrencia de una o dos circunstancias agravantes sin la confluencia de atenuante alguna, se origina un nuevo marco a través del cual el Juez deberá proceder a individualizar la pena atendiendo a los parámetros generales de “circunstancias personales del delincuente” y “mayor o menor gravedad del hecho”; del mismo autor “La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad. Criterios de determinación de la pena y factores de individualización” en *Dialnet*, núm 87/88, 2010, pág 440.

ni tampoco ha de responder a criterios de prevención especial⁵⁰². Pero tampoco se ha de agotar, sin razonamiento, los límites máximos del marco sin adecuación a la entidad e intensidad de la agravante y obviando la necesaria individualización de la realidad de la agravante⁵⁰³.

El marco punitivo en los supuestos de confluencia de una o dos circunstancias agravantes queda determinado por la imposición de la pena en su mitad superior frente al marco penal base, creando un nuevo marco, dentro del cual, el Juez deberá desplazarse atendiendo a criterios de gravedad del hecho y circunstancias personales del sujeto, sin desatender la entidad de la propia agravante. Y, sin olvidar la reiterada exigencia de motivación cuando recorra esta nueva horquilla; debiéndose caracterizar esta motivación por huir de las formas ligeras o poco racionales que generen una resolución meramente retórica o sin contenido objetivo alguno, en definitiva que permita conocer los fundamentos de la decisión judicial.

Son extrapolables las cuestiones suscitadas en orden al solapamiento de las mitades ya examinadas en la regla 1ª de artículo 66.

No se ha de olvidar la necesaria ausencia de cualquier circunstancia atenuante, de otro modo, primaría la aplicación de la regla séptima.

Relación con el art 68. Como ya vimos en el estudio de la regla 2ª del art. 66, las eximentes incompletas previstas en el artículo 68 del CP se organizan en régimen de compatibilidad con las reglas del artículo 66 del mismo cuerpo legal. No obstante esta compatibilidad se secciona en la graduabilidad del grado, en tanto, la apreciación de dos grados provoca la aplicación de la regla 8ª del art. 66 que faculta a recorrer la pena en toda su extensión sin consideración a posibles agravantes o atenuantes. En cambio la imposición de un grado como representación del número y

⁵⁰² MAPELLI CAFFARENA, "El insoportable artículo 66"...op cit, pag 1465.No le falta razón a este autor al considerar que la devaluación de la prevención especial de naturaleza reeducativa y el sobrentender que ningún juez va a imponer una pena por encima del mínimo atendiendo a necesidades de resocialización, son las posibles razones por las que la preceptiva motivación de las sentencias previstas en el artículo únicamente condicionan al órgano jurisdiccional que no opta por la pena mínima.

⁵⁰³ En este sentido se ha señalado acertadamente por los autores que no es enteramente razonable la imposición de una la pena en el límite máximo de la mitad superior cuando concurriera una sola agravante de poca o escasa entidad; ni la imposición del límite mínimo de esa mitad cuando concurrieran dos agravantes de cierta intensidad, o en los supuestos de mas de dos agravantes si el Juez decide no hacer uso de la facultad que le concede la regla 4ª, LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena conforme al Código penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág 100, 101; CASTELLO NICAS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos...* op cit, pág123,124; SERRANO BUTRAGUEÑO, (en DEL MORAL GARCÍA, y SERRANO BUTRAGUEÑO, (coords.), *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia, tomo I*, Ed. Comares, Granada, 2002, pág 811.

entidad de las circunstancias concurrentes en la eximente incompleta permite que entre en juego la apreciación de la agravante.

Si ejemplificamos el homicidio consumado en el que concurren la circunstancia atenuante primera del art 21 (eximente incompleta de enajenación mental) y al mismo tiempo la agravante de abuso de superioridad. Si el Tribunal sentenciador en base al art 68 del CP reduce la pena en un solo grado entra en juego la agravante. En cambio, si baja la pena en dos grados, la regla octava del art. 66 y el art 68 del CP facultan al Juez a imponer esta pena rebajada en dos grados en toda su extensión a pesar de que concurra la agravante (marco de 2 años y seis meses a 5 años: base de 10 a 15 años). En este último caso DIEZ RIPOLLES, sostiene que debería aplicarse la pena en su mitad superior del marco de 2 a 5 años⁵⁰⁴.

Con esta regla tenemos un ejemplo más de los pasos de ballet, que está dando el legislador en el sistema de determinación de la pena, donde no finaliza de adherirse a un único fin de la pena. Respondiendo a los elementos cualificadores desde un punto de vista de prevención general mientras que las atenuantes muy cualificadas o eximentes incompletas condicionan una orientación preventiva especial, con capacidad incluso, bajo ciertos parámetros, de eliminar virtualidad práctica a la presencia de la agravante.

V.3.4.3.5. 4. LA REGLA CUARTA

La regla cuarta, consecuencia de la reforma del Código Penal por L.O. 11/2003, se caracteriza por una agravación penológica, sin antecedente en la historia de la codificación⁵⁰⁵, con una intensificación punitiva de carácter facultativo⁵⁰⁶, que permite el desbordamiento del marco

⁵⁰⁴ DIEZ RIPOLLES, “Novedades introducidas en el artículo 66”, en *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Ed Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pág 161.

⁵⁰⁵ La historia de la codificación penal nos muestra una sistematización punitiva única de las agravantes, bajo la expresión “no más pena que la designada por la ley en su grado máximo”, sin consideración al número o entidad de las agravantes concurrentes. Es en el CP de 1932 cuando aparece la reincidencia como motivo de punición separada, con la pena inmediatamente superior en el grado que estimen conveniente.

⁵⁰⁶ DIEZ RIPOLLES, “Novedades introducidas en el artículo 66”, en *Las recientes reformas penales: algunas*

correspondiente fijado por el legislador o consecuencia de la aplicación de los instrumentos matemáticos como manifestación del desarrollo del delito o forma de participación, a través de su arista máxima. Un desbordamiento que va más allá de la modificación del quantum de la pena mediante un elemento accidental, adquiriendo naturaleza cualificadora en la creación de un nuevo marco. Un reconocimiento de la insuficiencia en clave de prevención general de la previsión legislativa del marco penal proporcionado a “la gravedad que en abstracto merece el delito de acuerdo con la jerarquía de valores que rija en un determinado momento en el orden social”⁵⁰⁷. Cuando este límite máximo “por representar el mayor grado de injusto y de culpabilidad del autor por el hecho cometido, nunca debería poder superarse”⁵⁰⁸.

Una regla que representa, en sí misma, la amalgama de reglas de determinación que conforma el actual art. 66 del CP. En este sentido, se contiene la unidad cuantitativa de la pena mediante la aplicación de los instrumentos matemáticos, concretamente, dos de signo diverso: la aplicación de la pena superior en grado de naturaleza preventiva general y, el encorsetamiento dentro de la mitad inferior del marco anterior en clave preventiva especial, a fin de corregir los excesos provocados por la libertad de desbordar la arista superior y la posibilidad de desplazarse libremente, en atención a la concurrencia de 3 o más agravantes, por el nuevo marco. No olvida la regla 4ª la tendencia cualitativa de la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, donde lo accidental se coloca, desde un punto de vista penológico, en la misma posición de lo principal. Y, por último, da paso a la otra cara de la moneda del equilibrio en la determinación de la pena: la facultad individualizadora del órgano jurisdiccional como expresión del arbitrio necesario para armonizar las circunstancias y variables concurrentes en el hecho delictivo, en el que deberá valorar no sólo la mayor o menor gravedad o las circunstancias personales del delincuente como factores generales de armonización sino también el número y la intensidad de las agravantes concurrentes, como factores especiales de armonización, a efectos de adoptar la posibilidad de desbordamiento o no, esto es el quantum de la pena. En el supuesto de

cuestiones, Ed Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pág 159 sostiene el autor que el carácter facultativo parece guiado más por la sensación de dar respuesta de dureza represiva que de vocación de aplicación real. La experiencia muestra la excepcionalidad de la concurrencia de tres o más agravantes, más como hipótesis de trabajo que la realidad de la praxis diaria.

⁵⁰⁷ GALLEGO DIAZ, “La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad. Criterios de determinación de la pena y factores de individualización” en *Dialnet*, núm 87/88, 2010, pág 433.

⁵⁰⁸ GALLEGO DIAZ, “La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad...op cit, pág 437; del mismo autor, op cit pág 445, sostiene que para el legislador era “un tratamiento demasiado benévolo mantener indefectiblemente la aplicación de la pena en su mitad superior en estos supuestos de concurrencia de más de dos agravantes o de reincidencia cualificada”.

imponer pena superior en grado, se sanciona de forma preceptiva el encorsetamiento de la mitad inferior del nuevo marco creado, dentro del cual el Juez ha de desplazarse con la guía orientadora de los factores de armonización, general y especial en este caso, para determinar la pena en concreto. Con un problema añadido, los círculos concéntricos que conforman los distintos estadios de la determinación de la pena provocan la preclusión de los factores de armonización ya tenidos en cuenta a fin de evitar la fractura del principio non bis in idem. Todo ello, abre la posibilidad en la praxis de la imposibilidad de apreciar, en el caso concreto, factores de armonización diferenciales para el quantum de la pena superior en grado y la individualización de la pena concreta armonizada, con la consiguiente inaplicación de la facultad de imponer la pena superior en grado en su mitad superior e imposición, por ende, de la pena en su mitad superior conforme a la regla 3ª del art. 66. En este último caso, se tendrán en cuenta como factor especial de armonización la agravante o agravantes excedentes así como su distinta entidad a la hora de fijar la extensión concreta de la pena dentro del marco de la mitad superior⁵⁰⁹.

En definitiva, un cóctel de dosimetría y arbitrio judicial más mediático que práctico.

En base a esta mezcolanza se ha de reclamar, con mayor vehemencia, el cumplimiento del mandato del legislador contenido en el artículo 72 del CP, la necesidad de motivar las resoluciones que se adopten en el marco de las reglas generales de la aplicación de la pena. O, en palabras de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: "seria ha de ser la individualización judicial y no reducible a simples espacios recusables de prácticas estereotipadas"⁵¹⁰.

La agravación, que tendrá lugar en el supuesto de presencia de más de dos agravantes y ninguna atenuante, puede ascender a la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior. Si el Juez o Tribunal no hicieran uso de esta facultad se aplicará, como hemos visto, la regla 3ª del CP, esto es, se impondrá la pena en su mitad superior respecto de la que la ley fije para el delito que corresponda. Obviamente, en coherencia con el principio de especialidad, si una de las agravantes resulta de naturaleza cualificada de reincidencia se aplicará la regla quinta en los términos antes vistos.

Esta regla se contemplaba como un supuesto más grave, la pluralidad de agravantes, en

⁵⁰⁹ LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena...* op cit, pág 102.

⁵¹⁰ Línea jurisprudencial iniciada con la STS de fecha 25 de febrero de 1989.

equivalencia a la rebaja cualificada cuando concurrían varias circunstancias atenuantes⁵¹¹.

La concurrencia de una circunstancia atenuante impediría la aplicación de esta regla cuarta que, prescribe como requisito, la concurrencia de más de dos circunstancias agravantes y ninguna atenuante. El incumplimiento de esta premisa provocaría la valoración y compensación racional de las circunstancias atenuantes y agravantes para la individualización de las mismas conforme a la regla séptima.

CASTELLO NICAS, alude en su obra, de manera crítica, a la problemática planteada por BOLDOVA, en orden a la comparación penológica entre las penas consecuencia de la aplicación de la regla número cuatro del artículo 66 y la pena a imponer, en virtud del concurso ideal de delitos. De modo que, para este autor, un homicidio con tres agravantes podría castigarse con una pena superior a la que correspondería a tres o más delitos de homicidio en concurso ideal. Mas, como la doctrina jurisprudencial ha declarado, la penalidad resultante de calificar los hechos de tres o más delitos de homicidio en concurso ideal no satisface el contenido del injusto, otorgándole el tratamiento de un concurso real delitos, pues “si la unidad de acción viene determinada, en último término, por el acto de voluntad y no por los resultados, habrá que determinar en cada caso cuál es el contenido de voluntad del sujeto, pues si éste pretende alcanzar con su acción la totalidad de los resultados producidos, es decir, si el mismo actúa con dolo directo, y dichos resultados constituyen la lesión de otros bienes jurídicos, habrá que concluir en tal supuesto, tanto desde el punto de vista de la antijuricidad como desde el punto de vista de la culpabilidad, que estaremos en presencia de varios hechos punibles en concurso real”⁵¹². Entendiendo pues, que ha habido varios hechos y no uno sólo⁵¹³.

V.3.4.3.5 5. LA REGLA QUINTA

La regla quinta introduce en nuestro ordenamiento la figura de la multirreincidencia, recuperando de este modo, la antigua agravante de multirreincidencia erradicada del Código Penal

⁵¹¹ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, pág 260.

⁵¹² STS, 1 de junio de 1997 “Así tratándose de la causación de la muerte de varias personas, directamente buscada por el homicida, su conducta deberá considerarse constitutiva de otros tantos delitos de homicidio, con independencia que para lograrlo haya optado por efectuar varios disparos con un arma de fuego o haya hecho explotar una bomba”.

⁵¹³ CASTELLO NICAS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos...* op cit, pág 126.

de 1983 por la Ley Orgánica 8/1986 de 25 de junio⁵¹⁴, si bien, no la incorpora al catálogo de circunstancias agravantes del artículo 22 del Código Penal⁵¹⁵. Este silencio del Código Penal sobre la naturaleza de la figura de la multirreincidencia, obliga al propio legislador a colocarla en un lugar sistemáticamente poco apropiado⁵¹⁶.

⁵¹⁴ La regla 6ª del artículo 61 del CP, antes de ser modificado por la LO De Reforma Urgente y Parcial del Código Penal de 25 de junio de 1983, establecía que “cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes, los Tribunales no podrán imponer pena mayor que la señalada por la Ley en su grado máximo salvo el caso de que concurra la agravante de multirreincidencia definida en el artículo 10, circunstancia decimoquinta, en el que se podrá aplicar la pena superior en grado en la extensión que estime que aquellos estimen conveniente”.

Los antecedentes de la figura de la reincidencia se hallan en consonancia con los avatares históricos que rodearon la codificación penal. Aparece en el *Código Penal de 1822*, como causa de agravación “la mayor necesidad que tenga la sociedad de escarmientos, por la mayor frecuencia de delitos” mas no entendemos que se trate de una causa taxativa, permitiendo la redacción literal la apreciación o no, de agravar la pena en el caso concreto. La expresión “reincidente” se muestra, por primera vez, en el *CP de 1848*. Declaraba el apartado 18 del artículo 10 del CP de 1848, que: “es circunstancia agravante: ser reincidente de delito de la misma especie”. Recogiéndose en el apartado 17 del mismo precepto la figura de la reiteración como causa de agravación al manifestar: es circunstancia agravante haber sido castigado el culpable anteriormente por delitos á que la ley señale igual ó mayor pena”. Aplicándose en ambos casos el artículo 74 del CP 1848, tal y cómo se analizó en el Capítulo II de este trabajo. Esta ausencia de tratamiento diferenciado respecto del resto de las agravantes se repite en los *Códigos Penales de 1850 y 1870*. (No obstante, el CP de 1870 difiere de los anteriores, pues la reiteración, que se define como: “haber sido castigado el culpable anteriormente por delito al que la ley señale igual ó mayor pena, ó por más delitos á que aquella señale pena menor”, habrá de ser tomadas en consideración por lo Tribunales “según las circunstancias del delincuente y la naturaleza y los efectos del delito”. Excepcionando, por ende, el carácter preceptivo de la regla 1ª, según la cual, la concurrencia de una/alguna circunstancia agravante determina la aplicación de la pena mayor). La situación cambia con la entrada en vigor del *CP de 1928*, en la que con carácter potestativo se disponía específicamente, en el artículo 156: “Cuando el culpable fuere reincidente más de una vez, los Tribunales, a su prudente arbitrio, podrán aplicar, según las circunstancias y el número de reincidencia, la pena superior; pero sin que exceda de la condena impuesta, cuando sea de privación o de restricción de libertad, del doble de la pena señalada al delito, salvo lo que para determinados delitos establezca este Código”. El carácter opcional de la agravación de pena (sin que quepa la exasperación de la pena más allá del límite del máximo fijado por la ley) se pierde en el supuesto de la multirreincidencia, (aparece, de este modo, por primera vez, la figura con autonomía propia frente a la reincidencia), pues el artículo 157 fija la obligación de la agravación de la pena si el reo es multirreincidente. El *CP de 1932* se caracteriza por la desaparición de distinción reincidencia-multirreincidencia, pero da un paso al frente hacia la exasperación de la pena, al permitir que se rebase el marco punitivo, en su límite máximo en presencia de la reincidencia (“Cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes, los Tribunales no podrán imponer pena mayor que la designada por la Ley en su grado máximo a salvo en el caso que concurra la agravante decimocuarta del artículo 10 en que será posible aplicar la pena inmediatamente superior, en el grado que estimen conveniente”). Con el *CP de 1944* se recupera la diferenciación de tres figuras: reiteración, reincidencia y multirreincidencia. La primera de ellas, se aprecia “cuando al delinquir el culpable hubiere sido castigado por el delito a que la Ley señala igual o mayor pena, o por dos o más delitos a que aquella señale pena menor” (art. 10.14). La segunda de las figuras, cuando al delinquir el culpable estuviere ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos comprendidos en el mismo Título de este Código, (art. 10.15). A la tercera figura se alude sintéticamente con la expresión “segunda reincidencia” mas se le atribuye los efectos penológicos más intensos al establecer en la regla sexta del artículo 61: “Cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes, los Tribunales no podrán imponer pena mayor que la designada por la Ley en su grado máximo, salvo en el caso en que concurra la agravante de reincidencia decimoquinta del artículo 10, en el que se aplicará la pena superior en uno o dos grados, a partir de la segunda reincidencia, en la extensión que aquéllos estimen convenientes” Se repite, de este modo, el esquema penológico del CP de 1932, en tanto, establece una exasperación de la pena que desborda el marco punitivo fijado por la ley, en presencia de la segunda reincidencia (o multirreincidencia). Idéntica redacción se mantiene en el *Texto Refundido de 1973* hasta la reforma llevada a cabo por la Ley 81/78, de 28 de diciembre, a la que hemos aludido al inicio de la nota.

⁵¹⁵ No hay que olvidar que el apartado 8 del artículo 22 dispone que es circunstancia agravante la reincidencia. Hay reincidencia cuando al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

⁵¹⁶ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito...* op cit, pag 240.

Justificada esta incorporación por el legislador en la Exposición de Motivos de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, con el objeto de lograr una respuesta penal adecuada en situaciones de delincuencia reiterada, profesionalizada, o en definitiva, de multirreincidencia.

Ha sido calificada en la Consulta 2/2004 de la Fiscalía General del Estado, como el principal factor de distorsión del sistema de aplicación de la normativa recogido en el precedente CP (LO 10/1995, de 23 de noviembre, en su redacción originaria) en tanto, no estamos en el presente caso ante una nueva circunstancia agravante, ya que no ha sido introducida con sustantividad propia en el catálogo que recoge el artículo 22, sino que, se trata como del propio texto legal resulta, de un fundamento o motivo de cualificación de la circunstancia agravante de la reincidencia que permite la exacerbación de la pena hasta invadir el ámbito propio de la pena superior en grado⁵¹⁷.

Ahora bien, como ha puesto de manifiesto MAPELLI, nos encontramos a lo largo del Código Penal con “tres formas de reiterar hechos delictivos con contenidos y consecuencias punitivas muy distintas: la reincidencia, la multirreincidencia y la habitualidad”⁵¹⁸.

A.- REINCIDENCIA

En este punto, sería conveniente efectuar una serie de consideraciones previas en torno a la reincidencia. Para CASTELLÓ NICAS los hilos argumentales de la fundamentación de la existencia o crítica de la reincidencia giran alrededor de la culpabilidad, el ámbito del injusto y/o la mayor o menor peligrosidad del delincuente. Reincidencia que, al margen de polémicas doctrinales fue declarada constitucional por el Tribunal Constitucional⁵¹⁹.

⁵¹⁷ BRUALLA SANTOS-FUNCIA. “Las reglas de determinación de la pena tras las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 11/2003 y 15/2003” en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005; DIEZ RIPOLLES, “Novedades introducidas en el artículo 66”, en *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Ed Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pág 161, se trata de un híbrido de reincidencia y pluridelincuencia, con efectos particularmente agravatorios de la pena, aun de naturaleza facultativa. Si se trata de hacer frente al delincuente habitual la respuesta de la dogmática jurídica se centra en pena y medida de seguridad, no en una exacerbación de la pena.

⁵¹⁸ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito...* op cit, pag 240.

⁵¹⁹ STC, 150/1991, de 27 de julio, que, cómo puso de manifiesto MIR PUIG, SANTIAGO, *Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, versión informática; vino a cerrar un periodo de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el que se había cuestionado la constitucionalidad de “la estimación obligatoria de la agravante de reincidencia”. En su análisis, el autor alude a la consagración constitucional del principio de culpabilidad, lo cual “no

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, en Sentencia de 5 de julio de 1991, ha manifestado que “en la medida en que se ha reconocido sin excepciones que la gravedad de la culpabilidad y las necesidades de la prevención especial o general no tienen por qué coincidir, es preciso que, cuando el Tribunal de los hechos compruebe la posible aplicación del artículo 10.15ª CP, establezca anticipadamente hasta donde llega la gravedad de la culpabilidad, pues las necesidades de prevención especial derivadas de la tendencia del autor sólo podrán ser contempladas hasta ese límite, que no tiene por qué agotar la máxima pena en abstracto en la ley”⁵²⁰. De este modo, debe determinarse, en primer lugar, el máximo que corresponde a la gravedad de la culpabilidad y luego, establecer hasta donde es necesaria la pena considerando la reincidencia, facilitando que “en los casos en que la medida de la culpabilidad caiga dentro del grado mínimo-aunque la ley lo excluya para el caso de concurrencia de la agravante- la pena no podrá superar este grado aunque el autor sea formalmente reincidente”⁵²¹.

Algunos autores consideran que esta línea jurisprudencial supone una propuesta de ampliación del arbitrio judicial que traspasa los límites del principio de legalidad penal pues aboga por la posibilidad que el Juez pueda decidir la inaplicación de una norma preceptiva, artículo 61.2, actual artículo 66.3 del Código Penal en los casos de concurrencia de una agravante; introduciendo, con ello, inseguridad jurídica al sugerir un carácter indeterminado a la sanción penal⁵²².

implica de modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo, como es el de <normalidad de la motivación>. Así mismo, alude de manera crítica a la posibilidad de que la proporcionalidad englobe cierto grado de desproporción, entre otros, para concluir “la agravación obligatoria de la pena siempre que concurren los requisitos previstos en el artículo 10.15 CP. Encuentra su fundamento (sin perjuicio de considerarlo insuficiente) en la mayor gravedad que confiere al hecho del reincidente, el mayor desprecio y rebeldía que supone la insistencia en el delito pese a haber experimentado la admonición de la condena anterior “en carne propia”. Este aspecto eleva la gravedad del hecho *por sí mismo y con independencia de la gravedad mayor o menor que indiquen otros factores de la culpabilidad por el hecho*”.

⁵²⁰ Ponente BACIGALUPO ZAPATER.

⁵²¹ CHOCLAN MONTALVO, *Individualización judicial de la pena...* op cit, pág 197. Continúa el análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo, que refleja, como manifiesta el autor, la idea de que las necesidades de prevención sólo pueden completar el marco penal adecuado a la gravedad de la culpabilidad que siempre operará como límite máximo a las necesidades preventivas. Únicamente desde esta orientación, entiende el autor, la “agravante aprueba el juicio de constitucionalidad”. Evitando de este modo que, de una forma automática, delitos de escaso contenido de ilicitud y culpabilidad, se vean sancionados con una consecuencia jurídico-penal desproporcionada a la gravedad del hecho atendiendo únicamente a la preexistencia de condenas firmes precedentes. Para ello, mantiene el Tribunal Supremo, que “los Tribunales sólo deberán agravar la pena por razón de la reincidencia hasta el límite que no supere la gravedad de la culpabilidad y sin atender al artículo 61.2 (actualmente 66. 3/ 4 en su redacción originaria) cuando la pena determinada por la reincidencia supere dicho límite”. Choclan critica que esta corriente jurisprudencial se abandonara en sentencias posteriores aferradas a los principios de legalidad y seguridad jurídica, según la cual no puede dejarse de aplicar la regla de determinación de la pena del artículo 61.2.

⁵²² AREÑO LEAL, “Reincidencia, arbitrio judicial y principio de legalidad (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 6 de abril de 1990)”, *Revista del Poder Judicial*, 1991, versión informática, para la autora “el nudo de la cuestión, en este tema, sería decidir definitivamente si la reincidencia es constitucional o no lo es. Si no lo es, simplemente no debe aplicarse, y no se tendría en cuenta en la individualización de la pena. Pero si se decide que es

Ahora bien, este supuesto, el posible incremento del arbitrio judicial, se ha de enmarcar en la propia gravedad de la culpabilidad, toda vez que, el Juez ha de determinar la gravedad de la pena en consonancia con la naturaleza o entidad de la culpabilidad⁵²³. No constituyendo, por ende, a nuestro parecer, el arbitrio judicial el principal escollo de la doctrina expuesta, sino la propia redacción del artículo 66.3 del CP, en el que de forma preceptiva, la pena se incrementará en el caso de concurrencia de una o dos agravantes (reincidencia en el supuesto analizado), lo cual, habrá de ponerse en relación con la propia naturaleza de la función jurisdiccional sometida al imperio de la ley⁵²⁴, esto es, no se faculta al órgano jurisdiccional a valorar, de forma razonada, la idoneidad o no de aplicar la pena en su mitad superior atendiendo a los criterios orientadores generales “circunstancias personales del delincuente” y “la mayor o menor gravedad del hecho”, por el contrario, el legislador ha ofrecido al Juzgador una fórmula matemática: la imposición de la pena en su mitad superior, creando un nuevo marco penal de carácter agravado dentro del cual, el Juez deberá desplazarse atendiendo al grado de culpabilidad del hecho.

En términos muy parecidos al contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo (contempla una disminución de la culpabilidad), MIR PUIG aboga por la posibilidad de apreciación de una menor culpabilidad en supuestos de confluencia de la agravante de reincidencia. En su análisis, este autor, a pesar de no compartir que el fundamento de la agravante se halle en la mayor gravedad inherente al “rebelde desprecio”, parte de la premisa de la posibilidad de que “la mayor gravedad inherente al significado de rebelde desprecio del hecho del reincidente justifique un aumento de la pena por concurrencia de mayor injusto” pero limita sus efectos, en el sentido de abrir la vía a que tal agravación quede excluida “si se demuestra que, al mismo tiempo, en el reincidente concurre

constitucional, deberá valorarse exactamente en la forma prevista en el Código para todas las agravantes. Lo único que no puede hacerse es afirmar que una agravante es constitucional «a medias», siendo decidido el sí o el no en cada caso por el arbitrio judicial”. Respecto a esta cuestión, esto es, la incertidumbre que generaría, resulta interesante hacer referencia a ZUGALDÍA ESPINAR, *El principio de culpabilidad en la reciente jurisprudencia del TS*, en Estudios Jurisprudenciales, diciembre de 1992, que considera que la incertidumbre hacia abajo, esto es, aquella que sólo permite limitar, atenuar o excluir la pena, no puede lesionar ni poner en peligro ningún derecho fundamental de la personas por la simple razón que los derechos fundamentales de las personas no pueden operar nunca contra éstas.

⁵²³ BACIGALUPO ZAPATER, “Principio de culpabilidad e individualización de la pena. El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos”. *Libro Homenaje al Prof. Dr. D. A TORIO LOPEZ*, Granada, 1999, considera en “aras a la compatibilidad entre reincidencia y principio de culpabilidad, y su consiguiente aplicación automática” que, si el autor formalmente reincidente ha obrado un nuevo delito con una motivación muy poco reprochable y en circunstancias que disminuyan la exigibilidad del comportamiento adecuado a derecho, la culpabilidad será menor y puede excluir el efecto agravante de la reincidencia, y ello, sin perjuicio de que la reincidencia sea tenida en cuenta para la aplicación de penas alternativas a la privación de libertad.

⁵²⁴ “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles y sometidos únicamente al imperio de la ley”, artículo 117.1 de la Constitución.

una disminución del poder de inhibición, y, por ello, una menor culpabilidad frente al injusto”⁵²⁵. Sin embargo, esta disminución del poder de inhibición únicamente la encontraríamos presente en supuestos de alteración o anomalía psíquica personal o causas de atenuación o exención de la responsabilidad criminal. No permite, por tanto, la doctrina del autor anteriormente expuesta, un ámbito de aplicación general⁵²⁶.

Frente a los discursos doctrinales en apoyo de la culpabilidad como fuente de la reincidencia, CASTELLO NICAS, considera que la reincidencia no se puede fundamentar en la existencia de un plus de culpabilidad respecto del reincidente, esto es, cuando la culpabilidad tiene su base en un hecho ya enjuiciado y penado con anterioridad, en tanto la concepción de la culpabilidad de la que se parte es la culpabilidad por el hecho aislado, no “una pretendida culpabilidad de autor, ni por la conducción de vida”⁵²⁷.

Esta idea nos sirve para enlazar con las críticas que efectúa la autora a aquellos que fundamentan la existencia de la reincidencia como elemento que incide en el ámbito del injusto lo que supondría una quiebra del principio non bis idem⁵²⁸.

El último de los argumentos fundadores de la reincidencia analizados por CASTELLO NICAS, se orienta hacia la peligrosidad o mayor peligrosidad del reincidente. El propio Código Penal define la peligrosidad del delincuente como un pronóstico de comportamiento futuro que revela la probabilidad de comisión de nuevos delitos⁵²⁹. COBO del ROSAL-QUINTANAR DÍEZ, consideran que si la “peligrosidad criminal se entiende como probabilidad de delinquir, en el reincidente esa probabilidad ha adquirido tal certeza que se ha convertido en una realidad, pues aquel ha vuelto a recaer en el delito”⁵³⁰. Mas, como ha señalado CASTELLO NICAS, no cabe la identificación de la reincidencia como realidad criminógena con la capacidad de atribuir, necesariamente, un marcado carácter agravatorio en la “penalidad del delito ejecutado por quien

⁵²⁵ MIR PUIG, SANTIAGO. *La reincidencia en el Código Penal*. Barcelona, 1974, pág 540.

⁵²⁶ CASTELLO NICAS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos...* op cit, pág 143, considera que sólo en el supuesto que la reincidencia se base en algunas de las causas de disminución o exención de la responsabilidad criminal del sujeto podría afectar a la culpabilidad.

⁵²⁷ CASTELLO NICAS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos...* op cit, pág, 141, la autora suscribe la argumentación de COBO DEL ROSAL.

⁵²⁸ No expresamente recogido en el Código Penal, el Tribunal Constitucional ha reconocido este principio en numerosas sentencias, así en la STC 2/81, de 30 de enero se declara que si bien no se encuentra expresamente reconocido en los artículos 14 a 30 de la CE, no por ello cabe silenciar que va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones, expresamente mencionado en el artículo 25 de la Constitución.

⁵²⁹ Art. 95 del Código penal.

⁵³⁰ COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, *Instituciones del Derecho Penal Español*, Madrid, 2004.

responde en la ejecución”⁵³¹. Por el contrario, la peligrosidad criminal podrá explicitar la reincidencia en su fundamentación, pero no necesariamente ha de constituir un incremento de las penas⁵³².

En la praxis judicial diaria, en incontables ocasiones, se comprueba que los sentimientos de inseguridad de la víctima o perjudicado ante el acto ilícito desembocan en peticiones o exigencias por parte de ésta, de sanciones de naturaleza cuasi-retribucionistas. Y, esta especial sensibilidad de la opinión pública orientada hacia una respuesta satisfactoria (por parte de los órganos jurisdiccionales) unido a la alarma social ante determinados procesos intrínsecamente mediáticos han sido asumidas por el legislador, generando o favoreciendo la adopción de parámetros fijos de preceptiva aplicación, tal es, el incremento necesario y automático de la pena en los supuestos de concurrencia de circunstancia agravante, sin posibilidades de razonar al caso concreto la necesidad u oportunidad, atendiendo a las circunstancias individuales, de su aplicación⁵³³.

Esto es, la mera intensificación de la pena por una condena anterior sin la posibilidad de explicitar la necesidad o no de aplicación de esta naturaleza agravatoria a partir de “criterios mixtos de valoración”⁵³⁴, no favorece, por sí misma, los fines de prevención general al objeto de impedir o disuadir al reo de volver a infringir la ley. Es cierto que, no es posible ofrecer la misma respuesta

⁵³¹ CASTELLO NICAS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos...* op cit, pág 147.

⁵³² CASTELLO NICAS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos...* op cit, pág 148. Por el contrario BACIGALUO ZAPATER, *Principios de la culpabilidad e individualización de la pena...* op cit, pág 145, que si sólo resulta razonable fundamentar la agravación de la pena por la reincidencia en la mayor peligrosidad puesta de manifiesto por el autor, esta idea permite dudar de la adecuación de la reincidencia al principio de la culpabilidad por el hecho (...) en consecuencia la reincidencia debe constituir un factor de individualización de la pena sólo dentro del marco penal adecuado a la culpabilidad del hecho.

⁵³³ A título ejemplificativo, podemos hacer mención a la Sentencia AP de la Coruña de 9 de noviembre de 2009, en el que se dispone que: “Respecto del mismo delito dice el apelante, subsidiariamente, que existe falta de motivación de la pena impuesta y desproporcionalidad de la misma, al imponérsele la máxima prevista en el artículo 379”.

Ni hay falta de motivación ni desproporción. Para refutar al apelante basta reproducir lo que dice la sentencia apelada: "teniendo en cuenta que los antecedentes penales que generan la agravante de reincidencia son dos, que, incluso, consta en la hoja histórico penal del acusado una condena posterior a los hechos que nos ocupan por una nueva conducción alcohólica y un quebrantamiento de condena" se impone la pena en su máxima extensión". El Juez de Instancia, y posteriormente la Audiencia Provincial no están facultados para razonar, en el momento de la individualización de la pena, la concurrencia o no de hechos que valorativamente fundamenten perfiles personales indicativos de un comportamiento posterior proclives a la reiteración delictiva. Todo lo contrario, el legislador fija unos requisitos de naturaleza objetiva cuyo cumplimiento o no, deberá verificar el Juez o Tribunal, de forma matemática, a la hora de individualizar la pena. Sin perjuicio, que una vez determinado el marco de su mitad superior (en los supuestos de concurrencia de una o dos circunstancias agravantes, sin confluencia de atenuantes) éste “ha de servir para acomodar la pena dentro del abanico legal al caso concreto, no siendo lógico que se imponga la pena mínima posible en tal circunstancia, puesto que el mínimo legal debe quedar reservado para aquellos casos en los que simplemente se alcance el límite legal o bien se rebase ligeramente (...). En materia de penalidad razona la juzgadora que procede imponerle la pena en el "medio de su mitad superior", atendiendo a que la tasa de alcohol en aire espirado era elevada, y que ello implica un acrecentamiento del riesgo que el tipo penal intenta evitar” SAP Coruña 4 de noviembre de 2009.

⁵³⁴ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito...* op cit, pág 261.

penal frente al infractor primario y el reincidente, pero también, se ha de colocar en la balanza qué alternativas se les ha ofrecido a este reincidente para romper con un “estilo de vida” enraizado, en numerosas ocasiones, desde la infancia o adolescencia, alcanzando, con ello una readaptación social⁵³⁵. Y, es en este punto de vista, donde resulta conveniente, abogar por el establecimiento de un sistema mixto, en el que partiendo de unos criterios objetivos se le adicione la posibilidad de individualizar, al caso concreto, un pronóstico de peligrosidad criminal o “perfiles personales indicativos” en la que quede patente una inclinación a la comisión de hechos delictivos futuros y, con ello, la oportunidad de no intensificar, de forma automática, la “dosis”, de aquello que se ha revelado poco efectivo, para la corrección y reinserción del culpable⁵³⁶.

Nuestro ordenamiento jurídico opta, sin embargo, por un sistema de naturaleza objetiva, pues como ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencia de 11 de mayo de 2000, la “reincidencia no se corresponde con la idea de que hay que castigar más por haber cometido antes otro delito u otros muchos delitos, sino con la de que hay que sancionar con pena más grave a quien, por la repetición de hechos delictivos de la misma clase, revele una inclinación a cometerlos”. Esto es, resulta suficiente para el legislador como criterio de atribución de la cualidad o condición de reincidencia, un mero dato objetivo: “la repetición de actos”. Sin perjuicio de recubrirlo de unos rasgos definatorios que permitan su aplicación.

En este sentido, de la lectura del apartado octavo del artículo 22 del Código Penal, al que se hizo referencia al inicio de este capítulo, se deducen los elementos definatorios de la figura que venimos analizando, pues, se dispone, en el mencionado precepto, que “hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo

⁵³⁵ CASTELLO NICAS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos...op cit*, pág. 149, hace referencia a que a través de los medios punitivos actuales “se consigue una adaptación pero no, a la sociedad, sino al propio medio carcelario, en los que se desenvuelven como pez en el agua”.

⁵³⁶ En parecidos términos, términos ZUGALDÍA ESPINAR, “Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia”, en *Revista del Poder Judicial*, 1989, versión informática, sin paginación. Aboga como posible opción al problema de prevenir la recaída en el delito, soluciones distintas a la aplicación de la agravante de reincidencia, entre ellas manifiesta que: “igualmente sería teóricamente posible, dado el actual acercamiento en cuanto al contenido y garantías de las penas y las medidas de seguridad, que el problema se afrontase en el marco de una razonada elección e individualización de la pena por parte de los jueces y Tribunales. Estos, haciendo uso del arbitrio judicial, podrían llevar a cabo dicha individualización de la pena facilitando, o al menos no frustrando de antemano (lo que conculcaría el art. 25, párrafo 2, CE al impedir totalmente a priori el juego de su letra y de su espíritu), su posterior ejecución orientada a la reeducación y reinserción social del sometido a ella. No obstante, también esta otra vía de solución del problema se encuentra vetada a los Tribunales, porque el automatismo y el objetivismo con el que se regula la agravante de reincidencia en nuestra legislación penal (sin parangón en los Códigos Penales de los países de nuestro círculo de cultura) y el juego de las reglas de individualización de la pena contenidas en el artículo 61 del Código Penal conducen en la inmensa mayoría de los casos de forma inexorable y exclusiva (contrariamente a lo que es una exigencia natural del art. 25, párrafo 2, CE) a una modificación agravatoria del marco penal con el que se conmina el hecho cuando su autor es reincidente”.

Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza”. Tales son:

Al delinquir: se ha de excluir de la órbita de aplicación las faltas, pues como ha puesto de manifiesto MIR PUIG, “el contexto impide la adopción del uso normal del verbo delinquir, en sentido genérico”⁵³⁷.

Condenado ejecutoriamente: se precisa que en el momento de la comisión del nuevo delito haya recaído condena y la sentencia sea firme conforme al artículo 141 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁵³⁸, seguida o no de cumplimiento efectivo⁵³⁹.

Comprendido en el mismo Título de este Código: MIR PUIG, estima este requisito como “el intento de una determinada concreción de la exigencia de cierta vinculación cualitativa entre los delitos presentes en la reincidencia”, mas la fórmula legal no garantiza la apreciación de la reincidencia “siempre y sólo” “cuando exista analogía o similitud entre los delitos”. El propio CP brinda ejemplos de infracciones aglutinadas en títulos distintos, como sucede a las malversaciones y algunos delitos contra la propiedad, respecto a los que, cómo ha precisado el autor, tiene lugar “la analogía” a pesar de su distinta ubicación. Continúa MIR PUIG, analizando el hecho de que “la inclusión de dos delitos en un mismo título no es garantía de similitud o analogía entre los mismos”, lo cual “no obstará a la concurrencia de dicha circunstancia”⁵⁴⁰.

Siempre que sea de la misma naturaleza: Para el análisis de esta expresión hemos de partir de la Disposición Transitoria 7ª del Código Penal de 1995 en el que se estableció que: “A los

⁵³⁷ MIR PUIG, S. *La reincidencia en el Código Penal español*. Barcelona, 1974, pag 144. Este autor tras efectuar un análisis gramatical-sistemático concluye “que la adición, junto al sustantivo <delitos>, de los adjetivos <otro u otros>, obliga a interpretar el <delinquir> en sentido idéntico a delito. Por otra parte, el elemento relacional de la reincidencia, al exigir que las infracciones anteriores y actual se hallen comprendidas en el mismo título del CP, conduce, si se tiene en cuenta que la infracción o infracciones anteriores deben tener naturaleza de delitos, a la necesidad de requerir la misma categoría de la infracción actual”.

CASTELLO NICAS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos...* op cit, pág. 135 al analizar las propuestas de MIR PUIG, destaca que el término delito ha de entenderse como tipo legal abstracto y “concurrirá cuando el hecho a enjuiciar tenga señalada pena grave en el tipo, con independencia de la que le corresponda por aplicación de las circunstancias. Se incluyen en él formas de participación, imperfecta ejecución y conspiración, proposición para delinquir”.

⁵³⁸ Esto es, que no quepa contra la sentencia recurso alguno ordinario o extraordinario, salvo los de revisión y rehabilitación.

⁵³⁹ Y como pone de manifiesto MIR PUIG, S. *La reincidencia en el Código Penal...* op cit pág. 303 “ni la concurrencia de alguna de las causas que extinguen la responsabilidad criminal con posterioridad a la condena, ni la llamada condena condicional, ni la fuga u ocultación del culpable, posterior, también a la condena, ni tampoco la sustitución de la ejecución de la pena impuesta —conmutación—, han de ser relevantes, en principio, para la apreciación de la agravante de reincidencia. Por la misma razón, tampoco podría evitar la concurrencia de esta circunstancia el incumplimiento parcial de la pena objeto de la anterior condena”.

⁵⁴⁰ MIR PUIG, S. *La reincidencia en el Código Penal...* op cit, pág 364 y ss.

efectos de la apreciación de la agravante de reincidencia, se entenderán comprendidos en el mismo Título de este Código, aquellos previstos en el Cuerpo Legal que se deroga y que tengan análoga denominación y ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico”, nos ofrece, por ende, una primera aproximación a los parámetros que deban aglutinar delitos de la misma naturaleza, tal es, el bien jurídico, las conductas delictivas reincidentes deben implicar, como módulo diferencial para su apreciación, un ataque a idénticos bienes jurídicos. A ello, se le ha de adicionar, las referencias ofrecidas por la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: “el mismo *nomen iuris*, mismo capítulo y análoga modalidad comisiva”⁵⁴¹. Pues, cómo puso de manifiesto la Sala, existen Títulos en el Código Penal con un amplio catálogo de figuras delictivas, en las que se pueden apreciar variantes o matizaciones sobre la delimitación concreta del bien jurídico atacado⁵⁴².

B.- MULTIRREINCIDENCIA

No hallamos en el Código Penal una definición de multirreincidencia, pero podemos acudir a su antecedente más inmediato al objeto de conceptuar aquella, tal es, el artículo 10, regla 15ª, párrafo segundo, inciso segundo del derogado Código Penal, en el que se disponía que: “hay multirreincidencia cuando al delinquir el culpable hubiera sido ejecutoriamente condenado por dos

⁵⁴¹ La Sala en Sentencia de fecha de 3 de abril de 2001 declaró que: “Nos habla dicha disposición de “atacar del mismo modo a idéntico bien jurídico” lo que nos indica que la modalidad comisiva o conducta desplegada por el agente para dañar o poner en peligro el bien jurídico que la norma penal protege, debe tomarse en consideración para precisar, aun más, la naturaleza del delito. Si dentro de la protección que el legislador dispensa a un bien jurídico, desarrolla los tipos delictivos, atendiendo preferentemente, al modo de atacar los mismos y a la intensidad del ataque, estimamos, que no debe ser ajeno, a efectos de agrupar los delitos por razón de la naturaleza, a la “gravedad de las conductas” deducida de la pena asignada por el legislador al tipo delictivo de que se trate”.

En este orden quedaría excluida de la combinación de delitos dolosos e imprudentes puesto que constituyen formas distintas de atacar el bien jurídico, sin embargo, como incide MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito...* op cit, pág 262 “sí, sería estimable la reincidencia en varios delitos imprudentes”.

⁵⁴² En la Sentencia de referencia tras analizar la directrices que venimos comentando se estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de instancia negando la apreciación de la agravante de reincidencia entre el hurto y el robo con violencia en las personas, por considerar que “es clara la diferencia estructural y tipológica entre los delitos de hurto y robo con violencia e intimidación, pudiéndose afirmar, que dentro de los delitos contra el patrimonio, son de naturaleza distinta”.

Partiendo de su distinta denominación (“nomen iuris”), no están definidos en el mismo artículo, ni contenidos en el mismo capítulo del Código, ni en ellos se descubre el mismo despliegue de energía criminal en el culpable, para alcanzar los objetivos propuestos. Existe, también distinta modalidad comisiva.

Se da entre ambos, al igual que entre las dos clases de robo, el aditamento en el robo violento, del ataque a la integridad y libertad de las personas, como bienes jurídicos lesionados, mientras que el hurto constituye la forma más simple de apoderamiento de las cosas muebles ajenas.

Criminológicamente hablando y en la línea de la inclinación delictiva de los sujetos que cometen unas y otras infracciones, también aparecen bien diferenciados. Una persona, que no resistiría la apropiación de algo apetecido, que puede llevarla a cabo sin que nadie la advierta (apoderamiento subrepticio) sería incapaz, en general, de obtener eso mismo, atacando violentamente o intimidando a su poseedor legítimo”.

o más delitos de los mencionados en el párrafo anterior en varias sentencias, siempre que en alguna de ellas se hubiere apreciado ya la circunstancia de reincidencia”. Esta ausencia no ha impedido, como señala CASTELLO NICAS, designarle un efecto punitivo específico⁵⁴³.

Podemos decir que se trata de una figura caracterizada por la autonomía conceptual de la institución respecto de la que, algunos han identificado con “reincidencia cualificada”. A esta expresión alude la Circular 2/2004, de 24 de noviembre de la Fiscalía General del Estado. Otros, en cambio, abogan por resaltar la falta de coincidencia plena entre ambos términos⁵⁴⁴. Aunque, sin duda, lo característico (y preocupante) de esta figura son los efectos derivados de ella, la posibilidad de exasperar el ámbito penológico hasta la creación de un nuevo marco penal que traspasa los límites del marco base brindado por el legislador para el tipo básico. Incidiremos en el análisis de sus efectos, pues, con carácter previo deberíamos preguntarnos por el fundamento o justificación de la figura.

Y, es en este punto, es donde surge el primer escollo: si desde el comienzo del trabajo se ha reiterado que la culpabilidad del hecho cometido por el autor constituye el marco adecuado en el que Juez ha de fijar la magnitud de la pena concreta adecuada a la gravedad de la culpabilidad, debiendo de concebirla, el Juez, como ajustada o acomodada, la multirreincidencia, con idéntico fundamento a la agravante de reincidencia, se basa en hechos pasados, excediéndose, por ello, de la culpabilidad por el hecho cometido. Llamando la atención, el plus en la fractura del marco dado por la culpabilidad en la multirreincidencia, en cuanto se precisa para su aplicación tres condenas ejecutorias, en definitiva, se agrava la retroactividad respecto a la reincidencia.

Agravación de la retroactividad de la reincidencia que se justifica por criterios cuantitativos, tal es, el número de condenas precedentes, o, perfilando esta cuestión, no se especifica por el

⁵⁴³ CASTELLO NICAS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos...* op cit, pág 154.

⁵⁴⁴ En este sentido, CASTELLO NICAS, N. *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos...* op cit, pág 156 y ss, incide en la no coincidencia plena entre ambos términos, multirreincidencia y reincidencia cualificada, en tanto, la cualificación, dentro de los parámetros de valoración de cualquier circunstancia modificativa de la responsabilidad, supone especial intensidad. Ahora bien, los criterios para determinar la existencia de aquella, dados por la Jurisprudencia, al que hemos aludido en el estudio de la regla segunda del artículo 66 del CP son diversos: “teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes de hecho y cuantos elementos o datos puedan detectarse y ser reveladores del merecimiento y punición de la conducta del inculpado”. Mientras que la redacción de la regla quinta delimita la multirreincidencia por el número, esto es: “cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente por tres delitos”. Y, esta limitación de la naturaleza cualificada por la repetición de la misma, no resulta correcta en opinión de la autora. Como argumento en contra, podíamos entender que, el catálogo ofrecido por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo para atribuir la condición de cualificada a una circunstancia modificativa de la responsabilidad no es de preceptiva aplicación en todos sus elementos, sino una guía orientativa que se ha de acomodar el caso concreto.

legislador la necesidad de haber sido condenado por tres sentencias firmes anteriores, sino que, resulta suficiente para la aplicación de la regla quinta, la comisión de tres delitos anteriores, respectos de los que haya recaído condena ejecutoria. Esto es, en las posibles variables, es indiferente que sean juzgados o no en la misma sentencia, permitiendo la redacción del precepto la entrada en juego del mismo, en el supuesto de tres condenas ejecutorias diferentes o una sola condena firme tras la comisión de tres veces unos determinados delitos.

El legislador justificó la aparición de la figura como un medio de responder a la delincuencia profesionalizada, mas ¿qué deberíamos de entender por delincuencia profesionalizada? ¿Aquella que dirige su actividad profesional a la trata de seres humanos, o los jefes, administradores o encargados de organizaciones o asociaciones dedicadas al tráfico drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas? O, por el contrario, ¿se abre el marco de delincuencia profesionalizada a cualquier persona que, de forma reiterada, dirija su actividad a la comisión de ilícitos penales? Una lectura atenta de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, en el que se menciona la reiteración delictiva unido a la idea, mencionada en el párrafo anterior, de agravación de la retroactividad de la reincidencia por criterios cuantitativos, concluye, por sí sólo, a determinar la intención del legislador de desatender cualquier otro parámetro fuera de la guía de naturaleza cuantitativa.

Es en este momento, cuando debemos preguntarnos si, la praxis diaria nos constata el fracaso de la prevención especial mediante la aplicación obligatoria y automática de la reincidencia como circunstancia agravatoria de la responsabilidad criminal. Qué sentido tiene, desde el punto de vista que el delincuente conozca la realidad de la consecuencia penal disuadiéndolo de la comisión de nuevos ilícitos penales, la cualificación de la reincidencia. ¿No deberíamos preguntarnos el origen u orígenes de estas conductas antisociales cómo punto de partida para responder penalmente antes de proceder a una nueva “dosis agravatoria” en el ámbito penológico?⁵⁴⁵.

Si, en el análisis de la regla cuarta se abogaba por un sistema mixto de valoración que

⁵⁴⁵ CASTELLO NICAS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos...* op cit, pág 167 considera que quienes cuentan en su curriculum profesional delictivo con las condenas necesarias para la apreciación de la cualificación de la agravante de reincidencia son, en gran parte, las personas que adolecen de una adicción a drogas. Continúa la autora haciendo hincapié en el contrasentido que supone, aplicar una agravación “por un condicionante (múltiples condenas), que viene motivado por lo que constituye una causa de atenuación (drogadicción), cuyo tratamiento ha de ir enfocado a la desintoxicación y posterior rehabilitación voluntaria de la persona”. Finaliza la autora criticando la ruptura estructural que en el sistema de medidas de seguridad se ocasiona a raíz de la aparición de la nueva figura (multirreincidencia).

permitiera atender a “perfiles personales indicativos”, la aparición de esta figura de multirreincidencia, de difícil justificación, sustenta de forma notable la necesidad de reformas en el ordenamiento jurídico penal.

Ahora bien, a pesar del rechazo lógico a la multirreincidencia, no podemos negar su existencia, sería conveniente, pues, hacer referencia a los presupuestos de aplicación, los cuales se explicitan por la ley de forma objetiva: 1) concurrencia de circunstancia agravante; 2) cualificación de que el culpable al delinquir haya sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos; 3) los delitos estén comprendidos en el mismo título de este Código; 4) siempre que sean de la misma naturaleza los delitos.

No es ajeno al ámbito de la multirreincidencia las consideraciones efectuadas en torno a la reincidencia, las cuales son extrapolables (“mismo título”, la expresión “de la misma naturaleza”, surgiendo como posibles criterios orientadores la homogeneidad o heterogeneidad en los delitos. En este sentido, RODRIGUEZ MOURULLO entiende que serán de la misma naturaleza cuando los delitos ataquen del mismo modo a idénticos o similares bienes jurídicos⁵⁴⁶. A ello se ha de adicionar los criterios orientadores alumbrados por la Jurisprudencia: nomen iuris, mismo capítulo y análoga modalidad comisiva. Sin olvidar la necesidad de condenas ejecutorias con particularidades comentadas).

Sí queremos aclarar, la necesidad de que los plazos de cancelación de los antecedentes penales⁵⁴⁷, por las condenas ejecutorias que sirven de base para la cualificación de la reincidencia, no hayan vencido aún en el momento en que se dicte la nueva sentencia en la que se aprecia la multirreincidencia⁵⁴⁸ (este requisito es predicable, así mismo, de la reincidencia).

La multirreincidencia difiere de la agravante de reincidencia del artículo 22.8 del CP, a la que hemos hecho referencia anteriormente, en tanto se incrementa a tres el número de condenas ejecutorias exigidas para apreciar la reincidencia. Justificando, esta reiteración delictiva, una intensificación penológica de carácter potestativo o facultativo para el Juez, el cual podrá aplicar la

⁵⁴⁶ RODRIGUEZ MOURULLO, “Líneas básicas de la Reforma penal en curso” en *Anales de la Real Academia de la Jurisprudencia y Legislación*, 2003, pág 480 .

⁵⁴⁷ Art. 136 CP.

⁵⁴⁸ MAPELLI CAFFARENA, CAFFARENA. *Las consecuencias jurídicas del delito...op cit*, pág 260, insiste este autor en aclarar cualquier duda del momento máximo en que pueden considerarse vigente los antecedentes penales, esto es, para su apreciación deben estar aun vigente en el momento de dictar sentencia. Quedarían excluidos aquellos cuyo vencimiento se produjo en el momento de comisión del delito juzgado en el que se pretende su apreciación.

pena superior en grado a la señalada por la ley para el delito que se trate.

El legislador brinda cómo criterios ha tener en cuenta por el Juez, en el momento de la individualización, los dos siguientes: “las condenas precedentes”, “así como la gravedad del nuevo delito cometido”. Con ello, se refuerza una de las premisas de la labor de individualización, la exigencia de proporcionalidad entre la pena y la culpabilidad por el hecho punitivo. Y, es esta exigencia de proporcionalidad, la que debería conducir al Juez a no decantarse por el ejercicio de la facultad prevista en la regla quinta, en los supuestos en que nuevo delito cometido se caracterice por la menor gravedad del hecho.

Sin olvidar, así mismo, la necesaria motivación del análisis de proporcionalidad efectuado, no sólo cómo exigencia ordinaria derivada del deber de motivación previsto en el artículo 72 del Código Penal, sino también como necesidad cosustancial a la creación de un nuevo marco penal que excede, del marco fijado por el tipo básico. Dentro del cual, el Juez puede desplazarse libremente, esto es, sin las limitaciones establecidas en la regla cuarta del artículo 66 del CP, en el que el órgano jurisdiccional queda restringido a la mitad inferior del marco penal. En este sentido, si el Juez opta, atendiendo al número de condenas precedentes y a la mayor gravedad del nuevo hecho cometido, por emplear la facultad penológica de agravación que concede el legislador en la regla quinta del artículo 66 del CP, a la hora de individualizar la pena se desplegará un abanico en el que no existen, a priori, limitaciones en sus aristas. El órgano jurisdiccional podrá desplazarse a largo del nuevo marco, tanto en la mitad inferior, cómo en la mitad superior del mismo, atendiendo a los parámetros generales de individualización: circunstancias personales del delincuente y mayor o menor gravedad del hecho.

De la exposición anterior, llama la atención el uso de parámetros de diversa naturaleza según el momento de la individualización, en tanto tiene lugar, secuencialmente: a) la delimitación del ámbito penológico, según el Juez opte o no por aplicar la facultad concedida por la regla quinta, en base a criterios mixtos que conjugan el mero dato cuantitativo (tal es, el número de condenas precedentes), con un aspecto cualitativo (la gravedad del hecho⁵⁴⁹); b) si se valora positivamente la oportunidad de ejercer esta facultad, el Juez, ha de proceder nuevamente, a razonar por qué se ha desplazado y detenido en un punto concreto del nuevo marco, empleando, para ello, parámetros de naturaleza cualitativa, esto es, circunstancias personales del delincuente y mayor o menor gravedad

⁵⁴⁹Aunque la ley no recoge la diferenciación de mayor o menor gravedad del hecho, si creemos que resulta necesaria al objeto de estimar aplicable o no la facultad de la regla 5ª del artículo 66 del CP.

del hecho⁵⁵⁰.

La naturaleza potestativa de la agravación ha llevado a algunos autores a defender el carácter “híbrido”⁵⁵¹ de la figura, pues junto a la autonomía conceptual que permite la cualificación penológica superior en grado, si el órgano jurisdiccional no hiciera uso de esta facultad se apreciaría como reincidencia simple desde el plano de los efectos punitivos.

En este punto del trabajo, incidir que la formulación del precepto exige la no concurrencia de circunstancias atenuantes; provocando la presencia de aquéllas la remisión a la regla séptima de conformidad al principio de especialidad⁵⁵².

Ahora bien, la regla 7ª del artículo 66 del Texto punitivo, no responde, únicamente, a hechos en los que confluyan circunstancias atenuantes o agravantes simples o genéricas, sino que la redacción literal del precepto permite su aplicación en los supuestos en que persista un fundamento cualificado. No sería desacertado plantearnos, por tanto, la necesidad de equilibrio en los elementos a valorar pues, la compensación a la que alude el precepto, ha de ser racional. Para ello, es preciso que los objetos comparativos sean de naturaleza aproximada, de un lado las circunstancias agravantes/atenuantes ordinarias; de otro, las extraordinarias.

La multirreincidencia, se caracteriza por una cualificación de los efectos penológicos de la agravante de reincidencia, hasta el punto de suponer una exacerbación de la pena que permite, facultativamente, invadir el ámbito propio de la pena superior en grado. Por ello, para responder a la cuestión de si la confluencia de la multirreincidencia, concurriendo una o varias atenuantes, supone un factor de distorsión del sistema de compensación racional, se ha de tener presente, en primer lugar, la naturaleza facultativa de su aplicación, en tanto que, si se descarta la cualificación, la multirreincidencia recibirá un trato penológico similar a la agravante simple de reincidencia⁵⁵³, por lo que, no surgirían problemas en el momento de compensar racionalmente la posible confluencia

⁵⁵⁰ Suscribimos el argumento de CASTELLO NICAS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos...* op cit, pág 167, respecto a la dificultad que supone en la práctica diaria deslindar la aplicación de criterios para, en primer lugar motivar la elevación en grado, y, en segundo lugar, justificar la individualización de la pena en el grado superior, tal y cómo requiere BARRANCO CERESO, “La reforma de la circunstancia mixta de parentesco y de las reglas para la imposición de la pena en relación con la concurrencia de circunstancia atenuantes y agravantes”, en *Estudios Jurídicos*, Ministerio Fiscal, 2003.

⁵⁵¹ CASTELLO NICAS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos...* op cit, pág 157.

⁵⁵² MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, ...op cit, pág. 167.

⁵⁵³ En sentido contrario, la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2004 de 24 de noviembre, considera que la multirreincidencia aún en el supuesto de que no se aplique la regla quinta, vendría a operar como agravante cualificada, en tanto, concurre un fundamento cualificado de agravación análogo a la regla 4ª del artículo 66.

de circunstancias agravantes y atenuantes.

Mas, si el Juez, en su razonamiento, entiende la multirreincidencia en su fundamento cualificado, la consideración de regla especial⁵⁵⁴ de la regla séptima, vendría a operar como cláusula de cierre frente a la regla quinta, deviniendo, por tanto, ésta en favor de la regla séptima del artículo 66.

Deberá, por ende, el órgano jurisdiccional abordar la compensación tomando como parámetro el equilibrio cualitativo en la confluencia de las posibles circunstancias atenuantes y agravantes. Y, ¿qué ocurre una vez efectuado la compensación racional entre circunstancias atenuantes y agravantes de naturaleza ordinaria? Llevada cabo la primera operación de compensación racional debemos acudir a la dicción literal del mismo precepto que apunta al “fundamento de cualificación” que pudiera persistir en el caso enjuiciado, como criterio de evaluación de los efectos, imponiéndose la pena en su mitad superior⁵⁵⁵.

Por último, únicamente aclarar, la exclusión de la aplicación de la regla quinta de los delitos imprudentes, sin perjuicio de aplicar, si procede, la agravante de reincidencia.

C.- HABITUALIDAD

Sin ánimo de ahondar en la problemática surgida entre reincidencia y habitualidad, si queremos analizar, brevemente la figura de la habitualidad.

Si acudimos a la Real Academia de la Lengua Española, se define el hábito como el modo de proceder adquirido por repetición de actos iguales o semejantes⁵⁵⁶. Penalmente, habitualidad implica que, un mismo sujeto repite determinadas veces el mismo comportamiento criminal en un espacio acotado temporalmente.

⁵⁵⁴ El artículo 8.1 del CP declara que “*los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: El precepto especial se aplica con preferencia al general*”.

⁵⁵⁵ CASTELLO NICAS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos*, op cit, pág 161, considera que tal solución no implica una quiebra de las pretensiones del legislador sobre los efectos que deseaba atribuir a la reincidencia múltiple. Y aboga por la no elevación hasta el grado máximo de la pena en su mitad superior, en tanto, la presencia de las atenuantes impediría su posible aplicación.

⁵⁵⁶ Real Academia de la Lengua, Habitualidad es la cualidad de lo habitual, y este término se conceptúa como lo que se hace, padece o posee con continuación o por hábito.

A pesar de la aparente sencillez del término, el Código Penal de 1995, no ofrece una definición de habitualidad que tenga una validez general. Únicamente, en el artículo 94⁵⁵⁷, el texto punitivo nos brinda una aproximación al concepto de habitualidad limitado en su aplicación a la sustitución de las penas privativas de libertad.

Esta ausencia de norma general ha de determinarnos a abordar la cuestión desde la óptica jurisprudencial. La cual, venía entendiendo que no era necesaria la existencia de condenas previas para considerar que concurría la habitualidad, pues, se trata de un concepto de carácter fáctico, que no requiere condenas anteriores. En caso contrario estaríamos en presencia de la figura de la reincidencia. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1986, consideró la habitualidad como una pauta de comportamiento en la que, con independencia de que haya o no condenas precedentes, el agente, de modo constante, usual o acostumbrado, se dedica a la comisión de determinadas infracciones. Por tanto, basta que se aprecie esta habitualidad y que resulte acreditada aunque esta declaración se verifique por primera vez en la misma sentencia en que se aprecie la habitualidad.

Por su parte, la Fiscalía General del Estado, en Circular 2/1990, adopta un criterio “naturalístico” de la habitualidad, conceptuando ésta como la repetición de actos de idéntico contenido, esto es, estimando suficiente que tales actos o conductas reúnan las condiciones de cuantificación numérica y proximidad cronológica para considerarlos habituales. Y, en Circular 1/1998, de 24 de octubre, volvió a insistir en el criterio “naturalístico” que defendió la Circular 2/1990, precisando la no exigencia de condenas anteriores para apreciar la habitualidad, como sería el caso de la reincidencia. Diferenciando, dicho concepto del de reos habituales al que alude el art. 94 del Código Penal, operando éste, únicamente, en el ámbito de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la sustitución de éstas por otras de distinta naturaleza.

Finalmente, la Ley 14/1999, de 9 de junio, introduce, entre otras modificaciones, una serie de pautas que nos permiten aproximarnos al concepto de habitualidad, delimitada a la materia de malos tratos⁵⁵⁸.

⁵⁵⁷ A los efectos previstos en la sección 2ª de este capítulo, se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a 5 años, y hayan sido condenados por ellos.

⁵⁵⁸ Así, sí, después de definir el delito, en su tercer párrafo el artículo 173 del CP dice: “Para apreciar la habitualidad a que hace referencia el párrafo anterior, se tendrá en cuenta el número de actos de violencia que resulten acreditados y

¿Cómo se traduce a nivel penológico esta regla? Estamos ante una facultad del órgano jurisdiccional que, en el supuesto de no aplicar la pena superior en grado entrará en acción la regla 3ª del art 66, al igual que ocurría en la regla 4ª. Son, pues, dos criterios de cualificación penológica que ha introducido el legislador bajo los parámetros de prevención general y que, ha dejado al arbitrio del Juez⁵⁵⁹ a fin de individualizar al caso concreto, la proporcionalidad del desbordamiento del marco como medida de equilibrio ante una exasperación de la pena.

V.3.4.3.5 6. LA REGLA SEPTIMA

De la regla séptima⁵⁶⁰ se ha destacar la referencia a la “compensación racional”, criterio ya sostenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda⁵⁶¹ respecto a la redacción originaria del apartado 4º del artículo 66, en el cual se establecía que “la

también la proximidad temporal de éstos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma persona o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo y que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”; En este sentido, la Jurisprudencia de la Sala Segunda ha manifestado que, lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. STS de fecha 7 de julio de 2000; Y, como se dice en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 5 de junio de 1998, no basta con que concurren varias situaciones de violencia física comprobadas, sino que es preciso que éstas se concentren en un determinado lapso temporal necesariamente breve que habrá de examinarse caso por caso, desechando todo aquello que pudiera calificarse como esporádico, ocasional o puntual.

El Código penal hasta la reforma de LO 1/2015, contenía una serie de artículos en los que se posibilitaba que la habitualidad en las faltas (actualmente, delitos leves) abarque o invada los efectos penológicos del delito. *Mas, sin que ello, modifique la naturaleza jurídica de las infracciones cometidas. Por lo que, cómo había manifestado MAPELLI, estas infracciones continuaban siendo faltas a efectos de la multirreincidencia.* A día de hoy derogados, El artículo 147. apartado primero in fine del CP disponía que: “con la misma pena será castigado el que en el plazo de un año haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este Código”. Por su parte el artículo 234, in fine, del mismo cuerpo legal declaraba que: “con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice tres veces la conducta descrita en el apartado 1 del artículo 623 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito” redacción dada por LO 5/2010, de 22 de junio. Y, el artículo 244.1 in fine del CP, estipulaba que: “con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice tres veces la conducta descrita en el apartado 3 del artículo 623 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito”.

⁵⁵⁹ En parecidos términos, SANZ MORAN, “Reflexiones de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal” en *Revista de Derecho penal, Lex Nova*, Valladolid, núm 11, 2004, pág 26 sostiene que las reglas 4ª y 5ª son expresivas no sólo de la ampliación del arbitrio judicial en el ámbito de la aplicación de la pena, sino “sobre todo de un injustificado rigor punitivo”.

⁵⁶⁰ Despierta simpatías en la doctrina, DIEZ RIPOLLES, “Novedades introducidas en el artículo 66”, en *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Ed Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pág 161.

⁵⁶¹ Acuerdo 27 de marzo de 1998.

conurrencia de agravantes y atenuantes inicialmente obligaba a la aplicación de la regla 1ª del artículo 66 del CP, en las que unas y otras deben ser objeto de compensación y ponderación. A partir de ahí, el resultado puede ser que permanezca un fundamento cualificado de atenuación y entonces aplicará seguidamente la regla 4ª (reducción de uno o dos grados); o que subsista una atenuación ordinaria como fruto de compensación, en cuyo caso se aplica la regla del número 1. De donde se sigue que la regla 4ª del artículo 66, cuando concurren también circunstancias agravantes no obliga pero sí faculta a la imposición de la pena inferior en uno o dos grados”.

La redacción originaria del artículo 66 suscitó en la doctrina la inclusión o no de la concurrencia de la agravante como factor de distorsión que provocaba el concurso de normas entre las reglas 1ª y 4ª. Hoy en día superado, si entendemos que las reglas mencionadas estaban previstas para situaciones diferenciadas.

Volviendo a la necesidad de compensación de las circunstancias concurrentes, no cabe una mera cuantificación de las mismas, sino, como pone de manifiesto la dicción literal del precepto, la compensación ha de ser “racional”, lo cual implica un juicio de valor, esto es, una graduación de las circunstancias, de acuerdo, “con su entidad cualitativa e influencia en el caso concreto”⁵⁶². O, en palabras de la doctrina, “tal racionalidad exigirá atender principalmente a la calidad de las distintas circunstancias, su intensidad, valor e importancia de cada una de ellas y a su incidencia en el hecho concreto, sin llegar a despreciar el número de las de uno y otro signo”⁵⁶³.

Lo que si resulta necesario es deslindar las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de las circunstancias específicas de agravación o atenuación tenidas en cuenta por el legislador para fijar el tipo delictivo. Toda vez, éstas últimas no tienen cabida en la valoración racional que efectúa el órgano jurisdiccional, conforme a la regla séptima del artículo 66. El argumento contrario supondría una quiebra del principio de legalidad, no hay que olvidar que el artículo 67 del Código Penal dispone que: “las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no

⁵⁶² STS 28 de abril de 1988.

⁵⁶³ SALINERO ALONSO, *Teoría de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, Ed Comares, Granada, 2000, pág 46; En el mismo sentido BARRANCO CEREZO, “La reforma de la circunstancia mixta de parentesco y de las reglas para la imposición de la pena en relación con la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes”, en *Estudios Jurídicos*, Ministerio Fiscal, IV-2003, considera que para llevar a cabo la compensación racional de las circunstancias concurrentes deben “graduarse el valor y fuerza de cada una de ellas”.

podría cometerse”. De este modo, la coincidencia entre ellas resulta incompatible, generando el precepto anterior el desplazamiento de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal a favor de la circunstancia específica.

No nos parece acertado el pensamiento de GALLEGO DÍAZ, que mantiene que “no siempre, las circunstancias incorporadas a un tipo de la Parte Especial tienen por qué ser necesariamente un elemento constitutivo del mismo” y ello, permite al autor considerar que “cuando no fundamenten una unidad valorativa nueva, sino que se limiten simplemente a modificar la pena legal (...) no habrá dificultad en poder admitir su compensación con las circunstancias genéricas de signo contrario”⁵⁶⁴. Por el contrario, entendemos que las circunstancias específicas de agravación o atenuación aunque no sean inherentes al tipo delictivo básico, esto es, que condicionen su propia existencia, son elementos que, medidos en abstracto, resultan de imprescindible presencia para la concurrencia del subtipo agravado o atenuado, y no procede, por ende, la doble valoración de las mismas en el momento de compensar la confluencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad de criminal, aunque sean de signo contrario como aduce el mencionado autor.

¿Qué efectos penológicos conlleva la concurrencia de circunstancias agravantes /atenuantes? El propio legislador brinda al órgano jurisdiccional una serie de pautas, en aquellos supuestos que tras la valoración racional no se deduce un equilibrio de la confluencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de uno y otro signo. El desequilibrio se solventa atendiendo a la persistencia del fundamento de la cualificación. De ahí que si persiste un fundamento cualificado de atenuación se podrá disminuir la pena hasta en un grado, en cambio, si la persistencia de un fundamento cualificado es de agravación, lo máximo será la imposición de la pena en su mitad superior. Mas, no fija que efectos punitivos resulten cuando, tras la compensación, no persiste un fundamento cualificado ni de agravación ni de atenuación. Podríamos acudir, en este caso, a la unidad penológica de mitad inferior o mitad superior, según la presencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de uno y otro signo otorguen mayor fuerza a la

⁵⁶⁴ GALLEGO DIAZ, *El sistema español...* op cit, pág. 388; En el mismo sentido, ALONSO ÁLAMO, “La compensación de circunstancias generales y especiales ante la reforma del Derecho Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1983, pág 63, se muestre favorable a la compensación entre agravantes generales y especiales. Así mismo podemos encontrar jurisprudencia que, desacertadamente, han ponderado circunstancias genéricas y específicas: “*La naturaleza del incidente, sus circunstancias, el rango menor de la conducta (muy alterado, le dijo: ven y quítame a la niña que te doy un mocazo que te reviento) realizada en el Centro Cívico establecido para la recogida de la niña, y la situación personal del acusado (su ex-pareja mencionó medicación por problemas psicológicos), hacen que la agravación que acarreo la "presencia de menores" deba compensarse, ponderando asimismo el concurso de una agravatoria genérica. En definitiva, prisión de nueve meses y un día a un año (subtipo) rebajada en un grado (de 4 meses y 15 días a nueve meses) y reincidencia (extensión superior de ese nuevo ámbito) llevan a la privativa a los ocho meses de duración, manteniéndose las accesorias asignadas*”. SAP Coruña 11 de octubre de 2010.

atenuación o agravación, una vez efectuada la compensación racional entre ellas⁵⁶⁵. El problema se halla en la reserva específica de la Ley de “la mitad superior” cuando estemos ante un hecho caracterizado por la persistencia de un fundamento de agravación cualificado. De modo que, podríamos encontrarnos la antinomia de castigar con el mismo marco punitivo dos hechos con consecuencias agravatorias de distinto nivel, en tanto una conllevaría una persistencia en la fundamentación agravatoria, mientras que el otro hecho, implicaría únicamente una fundamentación no cualificada. Todo ello, viene a exigir, nuevamente, la necesidad de motivar correctamente la dosificación de la pena.

V.3.4.3.5. 7. LA REGLA OCTAVA

La regla octava no introduce ninguna novedad, incluso se hubiera podido remitir al artículo 68 del C.P.

Los efectos penológicos reconducen a la apreciación de la pena inferior en más de un grado, con la peculiaridad de que la pena se podrá aplicar, facultativamente, en toda su extensión. Se permite, pues, el desbordamiento del marco de la figura delictiva establecido por el legislador, en su límite inferior.

Se trata de una regla cuyo alcance no está muy claro. Dos opciones se nos plantean: si nos hallamos ante una regla de alcance general para todos aquellos casos en los que el legislador ha previsto esta disminución de la pena, o, por el contrario, su eficacia queda delimitada al ámbito de las reglas contenidas en el artículo 66 CP. En este sentido, de la lectura del precepto mencionado, la única posibilidad de aplicar la pena inferior en más de un grado se reduce a la concurrencia de dos o más atenuantes o de una o varias muy cualificadas, con el obstáculo que la propia Ley fija las pautas que ha de seguir el Juez a la hora de individualización: “el número y entidad de las circunstancias que se hayan apreciado”, debiéndose, por tanto, combinar las directrices anteriores con el carácter facultativo de la medida. Del razonamiento anterior, se infiere la imposibilidad de

⁵⁶⁵ BOLDOVA PASSAMAR, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Ed Tirant lo Blanch. Valencia, 2012, pág. Ese autor considera que, en aquellos supuestos en los que concurra un fundamento de atenuación no cualificado la pena aplicable deberá serlo en su mitad inferior, pudiendo recorrerla en toda su extensión cuando las circunstancias agravantes y atenuantes se compensen plenamente. En los supuestos en los que no se produzca la compensación plena nos hallaríamos antes una “persistencia en la cualificación”.

aplicar la pena inferior en más de un grado en toda su extensión, si el número y entidad de las circunstancias que se aprecien no lo permiten. Excluyéndose, por ende, su aplicación de las reglas del artículo 66 el CP pese a que su ubicación favorecería este argumento, y decantándose por una regla general.

V.3.5 PENA CONCRETA ARMONIZADA. REGLA SEXTA.

La regla sexta del artículo supone el verdadero ejemplo de individualización judicial de la pena, donde se va a dar cabida a la armonización intrínseca de la sanción punitiva⁵⁶⁶, alejándose de rígidas reglas matemáticas y aproximándose a acordes inspiradores que potencian la necesidad de afinar el sonido para convertirlo en la percepción social en una melodía armónica. Estos acordes suponen la concreción del marco abstracto absoluto, traduciendo las notas de gravedad (injusto) y culpabilidad a una realidad armónica, son: la gravedad del hecho y las circunstancias personales del autor⁵⁶⁷.

Por otro lado, la regla sexta no suscita grandes cuestiones en su redacción, se recupera por los Tribunales el arbitrio⁵⁶⁸ que les había concedido el Código Penal de 1944 y del que se les privó, en un retroceso histórico, en el Texto Refundido de 1983. Sin embargo, este arbitrio no es absoluto, sino que, en este orden, hay que hacer hincapié en la necesidad de motivar el uso de la

⁵⁶⁶ En similares términos, GALLEGO DIAZ, “La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: criterios de determinación y factores de individualización” en *Dialnet*, 2008, pág 459.

⁵⁶⁷ En similares términos, GALLEGO DIAZ, “La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal... op cit, pág 460, el “juez habrá de llevar a cabo la concreción de la pena dentro de la total extensión del marco penal teniendo en cuenta todas aquellas otras características del hecho y del autor que, sin tener la consideración de circunstancias modificativas de la responsabilidad, permitan graduar o modular el injusto y la culpabilidad”.

⁵⁶⁸ CASTELLO NICAS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos...* op cit, pág 170, advierte sobre los posibles peligros inherentes al ampliar el margen de discrecionalidad, al facilitar una posible inseguridad para el justiciable y para el propio Juez, que ha de responsabilizarse de adoptar una decisión compleja y de efectos concretos en el ámbito del recorrido punitivo. No estamos de acuerdo con la visión automática de la función jurisdiccional que se infiere de las palabras de la autora que recuerda a las teorías positivas, según la cual la función jurisdiccional se debe circunscribir a encajar los hechos controvertidos en los supuestos fácticos tipificados en las leyes y aplicarles las consecuencias jurídicas en ellas previstas. En palabras de PEREZ LUÑO, “¿Qué significa Juzgar” *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2008 versión informática, pág 12, decir que “esta concepción mecanicista de la tarea judicial entraña una simplificación y falsea el alcance del proceso y su relevancia en la conformación de la experiencia jurídica”. Pues la función de juzgar supone un ejercicio de racionalidad en la que se excluye la arbitrariedad o azar. Y es este ejercicio de racionalidad el que descarta cualquier inseguridad del órgano jurisdiccional en la adopción de una medida o fallo condenatorio.

discrecionalidad de la que goza el Juez, en atención, en palabras del legislador, “a las circunstancias personales del autor” y “a la mayor o menor gravedad del hecho”.

Ahora bien, resulta destacable de la redacción del artículo 66 del Código Penal, la separación en dos grupos de los supuestos que el Código Penal de 1995 había unificado: aquellos en los que no concurren circunstancias agravantes o atenuantes, respecto de los que se mantiene la consecuencia penológica originaria, y aquellos en los que concurren circunstancias de signo contrapuesto, a los que se fija una regla independiente⁵⁶⁹. De forma acertada, el legislador ha diferenciado dos situaciones distintas a las que les reconoce efectos dispares, o en palabras de CASTELLO NICAS, “no puede ser ajustado ni conveniente englobar los dos supuestos y prever una solución a tanto alzada para ambos”.

Nos encontramos con una regla con un alcance más amplio que el resto de las reglas del precepto que venimos analizando, lo que justificó en la redacción originaria del artículo su ubicación al inicio del mismo. Este alcance se manifiesta en la apertura del sistema de catálogo cerrado de circunstancias, en tanto que cualquier circunstancia personal o que afecte a la gravedad del hecho que no esté recogida en los artículos 21 a 23 del Código Penal podrá ser valorada por el órgano jurisdiccional con unas cuotas mayores de discrecionalidad. No hay que olvidar que el texto punitivo recoge cómo parámetro de valoración: “en la extensión que estimen pertinente”⁵⁷⁰.

Otro dato a tener en cuenta en el análisis de la relevancia de esta regla, se halla en el momento de aplicación de la misma, pues se sitúa secuencialmente detrás de las demás reglas en el procedimiento de determinación de la pena, en tanto que tras la valoración de las circunstancias que concurren mediante las demás reglas “queda aún un marco, normalmente, con una horquilla menor, dentro del cual todavía deberá ser concretada la pena en una magnitud ya fija”⁵⁷¹. En el mencionado marco, el órgano jurisdiccional ha de desplazarse utilizando como criterios orientadores los parámetros contenidos en la regla sexta del artículo 66 del Código Penal. De este modo, cómo argumenta MAPELLI, “una vez valoradas aquéllas de acuerdo con sus respectivas reglas,

⁵⁶⁹ BOLDOVA PASSAMAR, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág 245.

⁵⁷⁰ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito...op cit*, pág, 263.

⁵⁷¹ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito...op cit*, pág 263. Este autor incide nuevamente en la especialidad de la regla sexta al poner de manifiesto que incluso en aquellos supuestos en los que el legislador ha renunciado expresamente a la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 66 (art. 68 a título ejemplificativo), son dos los criterios con los que el Juzgador ha de estar en permanente contacto a la hora de individualización las penas, tales son: las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho.

penológicamente, la situación es equivalente a la no concurrencia de circunstancias, evitando así la doble valoración”⁵⁷².

La armonización de la pena se halla, en este momento, en plena sintonía con la individualidad del caso concreto, lo que ha llevado a algunos autores ha resaltar la incidencia de la prevención especial frente a otras orientaciones más generalistas que tienen su ubicación dentro del *percorso* de la morfología de la pena en los marcos abstractos⁵⁷³. La individualización ha de ser coherente con su acepción gramatical y atender al interés del autor. En este sentido, surge con fuerza los principios inspiradores a los que se aludían al comienzo del presente capítulo: proporcionalidad y reeducación/reinserción social, como extensión de la culpabilidad⁵⁷⁴: no cabe, pues, valorar doblemente la desaprobación que se ocasiona a la sociedad, ya tenida en cuenta en la creación de los marcos abstractos absoluto y concreto⁵⁷⁵.

Cómo venimos reiterando, la individualización judicial de la pena se vincula sin orden de jerarquía⁵⁷⁶, a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho. Analicemos, por tanto, cada una de ellas de forma separada.

Pero antes, resulta necesario hacer mención, que ambos criterios recogen en una “formulación sintética”⁵⁷⁷, el fundamento de la responsabilidad penal, en tanto la mayor o menor gravedad del hecho alude a la magnitud graduable del injusto, esto es, determinan el desvalor de la acción y el desvalor del resultado, por lo que al mayor o menor desvalor ha de corresponderle una

⁵⁷² En términos similares, CHOCLAN MONTALVO, *La individualización judicial de la pena...* op cit pág 133.

⁵⁷³ En el mismo sentido, GARCIA ARAN, *Fundamentos y aplicación...* op cit, págs 78-82; de la misma autora, *Los criterios de determinación de la pena...* op cit, págs 213 y 214, “en este momento concreto en el que se ha de tomar una decisión sobre el hecho y el individuo concreto y ante la difícil conciliación entre la prevención general y prevención especial, ha de prevalecer el interés del individuo sobre la sociedad, atendiendo, por tanto a la prevención especial; GALLEGU DIAZ, “las reglas de determinación de la pena... op cit, pág 461; DE LA MATA BARRANCO, “La individualización de la pena de los Tribunales de Justicia”... op cit, pág 125.

⁵⁷⁴ La STS 822/2011 dispone que: “Estos subtipos atenuados responden a la necesidad de facilitar a los jueces y tribunales mecanismos que puedan servir para una correcta respuesta con el principio de culpabilidad permitiendo la adopción de penas que se consideran más adecuadas y proporcionadas a las circunstancias de los hechos y a las personales del acusado”.

⁵⁷⁵ En este sentido GALLEGU DIAZ, Las reglas de determinación ...op cit, pág 461, atender en este momento a la alarma social creada por el delito y su gravedad conduciría a una instrumentalización injustificada del condenado por fines estatales contrarios a la dignidad del ser humano y la igualdad.

⁵⁷⁶ STS 624/12, “Además, declara la jurisprudencia de esta Sala (véase por vía de ejemplo la Sentencia 646/2011, de 16 de junio) que la exigencia de que se hagan constar los dos elementos de los que depende la aplicación del art. 368.2 del C. Penal (entidad del hecho y circunstancias personales del culpable), deben conjugarse, en su distinta jerarquía valorativa, con la que han de ponderarse y con la distinta intensidad y cualificación que han de presentar cada uno de ellos”. STS 111/2012, “Cuando la gravedad del injusto presenta una entidad tan nimia que lo acerca al límite de la tipicidad, la aplicación del subtipo privilegiado no puede estar condicionada a la existencia de circunstancias personales del culpable”.

⁵⁷⁷ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito...* op cit, pág 263.

mayor o menor pena dentro del marco penal. Mientras que las circunstancias personales del delincuente hacen referencia a la culpabilidad⁵⁷⁸ o incluso, necesidades preventivas que generen una atenuación o agravación de la pena.

V.3.5.1 LAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL AUTOR.

La ausencia de delimitaciones o especificaciones de uso por parte del legislador de estas “circunstancias personales del delincuente” favorecen la posibilidad de apreciarlas de forma positiva o negativa, de tal forma que coadyuden a agravar o atenuar la pena. Mas, con carácter previo al análisis de las consideraciones en torno al valor de las circunstancias personales del delincuente deberíamos aproximarnos al concepto de las mismas.

GARCÍA ARAN las define como el “conjunto de factores existenciales que configuran su actitud ante lo protegido por el Derecho Penal porque sólo así puede avanzar en la averiguación de la necesidad preventiva especial y de la reacción penal más adecuada para cumplir tal efecto”⁵⁷⁹.

Las circunstancias personales del autor representan en palabras de la jurisprudencia del Tribunal Supremo “*una apreciación compleja integrada por elementos psicológicos y el análisis de su proyección social, obligando esta última, a un prolijo examen en cada caso de una serie de aspectos del particular sujeto individual: necesidades, temperamento, captaciones,*

⁵⁷⁸ BOLDOVA PASSAMAR, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Ed Tirant lo Blanch, Valencia 215, pág 252. En sentido contrario MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito...* op cit, pág 263, considera que a partir del CP de 1995 la expresión “circunstancias personales” hacen referencia a los elementos de la culpabilidad. Con anterioridad a este Código y desde el Código Penal de 1928, la fórmula empleada por el legislador (personalidad del delincuente), favorecía el sentido preventivo especial de base psicológica.

Por su parte, CHOCLAN MONTALVO, *La individualización judicial de la pena. Función...* op cit, pág 134, considera que “circunstancias personales del delincuente supone atender fundamentalmente, dentro del marco de pena adecuada a la culpabilidad, a las necesidades de prevención especial”. Mientras que DEMETRIO CRESPO, *La prevención general en individualización judicial de la pena*. Publicaciones de la Universidad de Salamanca, 1999, pág 245, enfatiza la interpretación preventiva-especial de este criterio (...) en tanto, la elección de la pena que proporcione al reo mayores utilidades y menores efectos perjudiciales dependerá de modo prioritario y principal de la personalidad del reo.

⁵⁷⁹ GARCIA ARAN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho Penal*, Ediciones de la Universidad de Barcelona, 1982, pág 111.

La redacción vigente de la regla sexta: “circunstancias personales del delincuente” permiten superar las críticas de esta autora respecto a la redacción originaria que hacía referencia a “la personalidad del delincuente”. GARCÍA ARAN concluía que la redacción admitía varias interpretaciones: tanto si la personalidad del reo se deducía exclusivamente del hecho cometido, o, por el contrario, suponía una investigación total de la vida del reo al objeto de formar un juicio global; DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención general e individualización judicial de la pena, Publicaciones de la Universidad de Salamanca*, 1999, pág 215. Este autor, también alude a la modificación del texto originario de esta regla, declarando que el “texto sustituye el inciso de personalidad del delincuente... por el de circunstancias personales del delincuente, del cual se puede decir que es más amplio y que en definitiva debe comprender la personalidad del delincuente y junto a ello, otra serie de factores”.

valoraciones”⁵⁸⁰.

También pueden ser conceptuadas: “*como aquellas que se refieren a los motivos o razones que han llevado a delinquir el acusado, así como aquellos rasgos de su personalidad delictiva que*

⁵⁸⁰ STS, 20 de marzo de 1986. En Sentencia TS 898/2011, Fundamento Primero establece que: “Como decíamos en nuestra Sentencia número 646/2011, el nuevo párrafo segundo del artículo 368 centra la atenuación allí prevista en dos criterios: la *escasa entidad del hecho* y las *circunstancias personales del culpable*, criterios que coinciden prácticamente con los que acoge el artículo 66.1.6.º del C. Penal.

En relación al delito de tráfico de drogas, esta Sala ha declarado que se produce esa menor gravedad cuando se trata de la venta de alguna o algunas papelinas de sustancias tóxicas. Y, cuando el tipo penal se refiere a las circunstancias personales del delincuente, está centrándose, como es lógico, en situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto, la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social, que son factores que permiten modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor” ... “Al recurrente le fueron incautados un total de cinco barras de hachís, cortadas y en disposición para ser vendidas, con un peso de 10,180 gramos, y seis envoltorios de plástico conteniendo un total de 2,200 gramos de cocaína con una pureza del 34%. El recurrente llevaba esta sustancia escondida entre sus ropas, y especialmente, tres de los envoltorios que contenían la cocaína, en los huecos de la suela de una de las zapatillas que calzaba, lo que indica, a juicio de esta Sala, cierta “*profesionalidad*” y habitualidad en el ejercicio de la actividad de venta de las citadas sustancias, que no le hacen merecedor de una menor pena, y ello aún cuando en su momento se aplicase la circunstancia atenuante de drogadicción puesto que, como decíamos en la sentencia ya citada de 16 de Junio de 2011, las circunstancias personales del autor, como sería su condición de toxicómano, han de operar siempre en el marco de la culpabilidad por la gravedad del hecho cometido y dentro del pronóstico de prevención especial apreciado en el responsable del delito”, También STS 918/2013; 976/2012; Especialmente completa es la sentencia 822/20011, con un estudio detallado de las circunstancias personales del autor y gravedad del hecho. La jurisprudencia de esta Sala, sobre los mencionados subtipos atenuados, viene estableciendo una doctrina cuyos aspectos más significativos son los siguientes: necesidad de motivar el uso de esa discrecionalidad reglada (STS 233/2003, de 21 de febrero); las expresiones “circunstancias personales del delincuente” no se limitan a las condenas penales previas, que sólo pueden entrar en consideración respecto de la agravante de reincidencia, en todo caso dentro de los límites del principio de culpabilidad por el hecho. Es claro que las circunstancias personales del autor del delito no se limitan a la reincidencia en el sentido del artículo 20 CP (STS 233/2003 de 21 de febrero); los Jueces son soberanos, en principio, para imponer las penas en la cuantía que procede según su arbitrio, facultad eminentemente potestativa, que no es absoluta, precisamente porque ha de supeditarse a determinados condicionamientos, como son la personalidad del acusado y la gravedad del hecho en función de los medios modos o formas con que lo realizó y también las circunstancias de todo tipo concurrentes; la motivación de la individualización de la pena requiere desde un punto de vista general, que el Tribunal determine, en primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para determinar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos (Cfr. Sentencias 1426/2005 de 7 de diciembre y 145/2005 de 7 de febrero); la gravedad del hecho a que se refiere este precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta “gravedad” habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal infracción. Se refiere la ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Las circunstancias personales del delincuente son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica. Ni en uno ni en otro caso se trata de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que, en tal caso, su integración penológica se produce no como consecuencia de esta regla 6.ª (antigua) regla primera del art. 66, sino de las restantes reglas (Cfr. Sentencia 480/2009, de 22 de mayo); en relación al delito de tráfico de drogas, tiene declarado que se produce esa menor gravedad cuando se trata de la venta de alguna o algunas papelinas de sustancias tóxicas llevada a cabo por un drogodependiente (Cfr. Sentencia 927/2004, de 14 de julio; cuando se refiere a las circunstancias personales del delincuente, está pensando, como es lógico, en situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto, la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social, son factores que no sólo permiten sino que exigen modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor, sin olvidar la incidencia que, por su cuenta, puedan tener, además, la mayor o menor gravedad del hecho, que debe ser medida no sólo con criterios cuantitativos sino también cualitativos (Cfr. Sentencia 927/2004, de 14 de julio).

configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica y que deben corregirse para evitar su reiteración delictiva”⁵⁸¹.

A pesar de la ausencia de delimitaciones específicas por parte del legislador, y partiendo de las definiciones anteriores, se desprende que los datos indiciarios de las circunstancias personales del delincuente, como criterio de individualización de la pena, se hallan en torno a “la vida anterior del reo, el propio hecho cometido y la conducta posterior al mismo”⁵⁸².

Esta afirmación no deja de estar exenta de riesgos, en dos puntos concretos: la vida anterior del reo y la conducta posterior al mismo. En tanto, cabe una cercana aproximación a la “idea de la culpabilidad por la conducción de vida”⁵⁸³. Pues, la consideración de la vida anterior al reo, no sólo es un dato de naturaleza positiva dentro de los factores de determinación de la pena, sino que permite una lectura próxima a la “cuantificación de la culpabilidad por el hecho, en el sentido de aumentar su reprochabilidad o constituir un índice de la la misma”⁵⁸⁴. Y, por ende, puede inducir a mantener menores esperanzas preventivas especiales⁵⁸⁵.

Por su parte, DEMETRIO CRESPO, reconduce “la conducta posterior al mismo”, a la necesidad de tomar en consideración, el esfuerzo por reparar el daño o mal causado y procurar una compensación de la víctima. Mas, en nuestro Código Penal, este especial esfuerzo por reparar el daño causado y/o la compensación de las víctimas tienen la consideración de atenuante⁵⁸⁶, por lo que, difícilmente, tendría encuadre su valoración en la regla del artículo 66, cuyo punto de partida es la ausencia de circunstancias atenuantes y/o agravantes.

Las razones anteriores abocan a los autores mencionados a decantarse por exigir la valoración de las circunstancias personales del delincuente desde la perspectiva preventivo penal,

⁵⁸¹ STS, 11 de febrero del 2011.

⁵⁸² GARCIA ARAN, *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español*, Ed de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1982, pág; En sentido contrario, GONZALO CUSSAC, “Arbitrio judicial, comentario al artículo 61.4” en *Revista del Poder Judicial*, versión informática, pág 4, mantiene este autor que, el análisis de la personalidad del delincuente está referida al tiempo pasado, y, en todo caso, al momento presente de la vida del reo. Pero difícilmente tiene cabida los juicios de futuro, pues un uso abusivo de los mismos no tiene una firme acogida dentro de una sistemática penal inmersa en el seno de un Estado de Derecho.

⁵⁸³ DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Publicaciones de la Universidad de Salamanca 1999. pág 307. Este autor hace hincapié en la posibilidad de que se mezclen diferentes ideas que pueden perjudicar o favorecer al reo.

⁵⁸⁴ GARCIA ARAN, *Los criterios de determinación de la pena ...op cit*, pág 227. Insiste la autora en la dificultad de conjurar el peligro de convertir la determinación de la pena en un ajuste de cuentas con el pasado del sujeto.

⁵⁸⁵ GARCIA ARAN, *Los criterios de determinación de la pena...op cit*, pág 228.

⁵⁸⁶ Art 21.5 del CP.

como la búsqueda de la reacción penal más adecuada a fin de evitar la desocialización, alcanzando, asimismo el respeto por las normas de convivencia. Sin olvidar que las circunstancias personales del delincuente han de ser ponderadas con la mayor o menor gravedad del hecho (analizadas en el siguiente punto), lo que no siempre lleva al Juez a una misma dirección, muy al contrario, pueden resultar polos opuestos de una misma carretera, en el que la alarma social empuje a considerar la finalidad preventivo-general, con la consiguiente imposición de una pena más grave, en tanto que, las circunstancias personales del delincuente llamen a tener en cuenta, de forma especial, la finalidad preventivo-especial, decantando por la imposición de una pena más leve.

De ahí que, si bien el el Juez es “libre para dotar de contenidos estos criterios e incluso combinarlos entre sí”⁵⁸⁷, el órgano jurisdiccional ha de estar en sintonía con los valores sociales dominantes en la sociedad, no pudiendo estar desconectado de una realidad, en el que, el día a día, se demuestra la ineficacia resocializadora de numerosos pronunciamientos condenatorios. Por ello, la pena ha de ser considera en concreto como pronunciamiento dirigido al individuo en concreto, teniendo presente que la clave de la justicia penal se halla en la dosificación de la pena. Dosificación en la que se han de valorar “el conjunto de factores existenciales que configuran su actitud ante lo protegido por el derecho penal”⁵⁸⁸, lo cual, no necesariamente abraza, únicamente, la buena conducta observada por el reo (aunque si resulta deseable un mayor peso de “la buena conducta” en la ponderación de las circunstancias personales del delincuente), sino que abarca situaciones o actitudes de naturaleza negativa.

Pongamos como ejemplo, el Juicio Rápido 14/2008 Sentencia Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de XX, Provincia. En el factum se recoge como los condenados (de diecinueve años de edad, respectivamente) ataron a la víctima y lo despojaron de parte de su vestimenta, amezándolo con colgar en internet las imágenes que gravaron (...). Durante el tiempo que permanecieron detenidos en el calabozo de dependencias judiciales, a la espera de ser oídos en declaración, dedicaron su tiempo en “decorar las paredes” de la celda.

Este hecho, connotativo de una ausencia mínima de respeto, no sólo ante el mobiliario público, sino, y más grave, hacia las personas (concretamente la víctima y la institución que representaba el local donde se ubicaba el calabozo), se ponderó junto a las circunstancias familiares de los condenados: ambos residían en zona rural de la sierra, lugares con una idiosincrasia muy

⁵⁸⁷ GARCIA ARAN, *Los criterios de determinación de la pena...op cit*, pág 222.

⁵⁸⁸ GARCIA ARAN, *Los criterios de determinación de la pena ...op cit*, pág 228.

particular en sus relaciones vecinales y provenían de familias desestructuradas, en las cuales el salario de los condenados constituía la única fuente de ingreso (acreditando con ello la preocupación e interés por la situación familiar). Todo lo cual, motivó, la imposición de la pena mínima, posteriormente suspendida y condicionada al cumplimiento de la obligación de participar en tareas de limpieza y salubridad, pues: “El objetivo de la media es la reeducación, por ello ha de ser acorde con la finalidad de comprensión por parte de los condenados de las consecuencias de sus actos y de respeto hacia terceras personas, buscándose un equilibrio entre el tratamiento educativo y las ineludibles connotaciones necesarias del castigo, así como que el pago de sus actos sea útil para los condenados y para la sociedad. Considerándose proporcionada a la función básica (de comprensión y equilibrio) la obligación de contribuir a la limpieza y salubridad de las calles de xxxx”.

O, en otras palabras, esta resolución conforma un ejemplo de cómo los diversos aspectos de la personalidad, manifestados en las acciones del hombre, que trascienden y afectan a la esfera de los demás, puede tener relevancia jurídico penal. En la que se intenta conjugar razones preventivas especiales con la culpabilidad. Se trata, como ha manifestado CASTELLO NICAS, de “un catálogo abierto a integrar con el día a día de la actividad judicial y de la diversidad de características que pueden presentarse en el enjuiciamiento de un hecho delictivo”. En el que, el órgano jurisdiccional no puede ceñirse a razones puramente preventivas especiales a la hora de valorar las circunstancias personales del delincuente⁵⁸⁹. Mas, tampoco nos parece acertado, una limitación previa del marco punitivo en su mitad inferior al fijado por la ley, como propugna CASTELLO NICAS⁵⁹⁰, por la mera presencia de circunstancias personales del delincuente, cualquiera que sea su índole. La individualización de la pena, al caso concreto, no es compatible con la anticipada reducción del

⁵⁸⁹ SALINERO ALONSO, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y el artículo 66 del Código Penal*. Ed Comares, Granada 2000, pág 64. Considera la autora, por el contrario, que los factores indicativos de las circunstancias personales del delincuente han de ser interpretados en clave, exclusivamente, preventiva. Matizando esta afirmación al añadir que, ello no significa que no pueda apoyar una agravación de la pena, dentro de los límites legales, que deberá ser orientada en atención a las consecuencias de esta pena hacia la vida futura del reo, debiéndose optar por aquella que proporcione al sujeto mayores utilidades y menores perjuicios. En parecidos términos, DEMETRIO CRESPO, *Prevención general de la pena...* loc cit. págs 305-307 efectúa una defensa del carácter preventivo especial de la pena (...) debiendo el órgano jurisdiccional decantarse por la elección de una pena que proporcione mayor utilidad y menor daño, atendiendo, para ello, de modo prioritario y principal a la personalidad del reo. Y GONZALEZ CUSSAC, “*El arbitrio judicial y el artículo 61.4 del Código Penal: Comentario a la sentencia a la sentencia de 20 de marzo de 1986*”. *Revista del Poder Judicial*, 1986, versión informática, pág 5. Mantiene este autor que, el Juez a la hora de ponderar la mayor o menor gravedad del hecho opera en términos similares al legislador desde una óptica preventivo general. En cambio, las claves de la valoración de las circunstancias personales del delincuente se circunscriben a consideraciones preventivas especiales.

⁵⁹⁰ CASTELLO NICAS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos...* op cit, pág, 169. La autora manifiesta que, la ponderación de factores de índole personal, cualquiera que sean la circunstancias que convergen no deben exceder de la mitad inferior de la impuesta por la ley, ámbito en el que sí acepta la movilidad del Juez en atención a los criterios de naturaleza personal.

marco establecido en la ley a su mitad inferior por la mera concurrencia de factores de ponderación personal, sin atender a la naturaleza positiva o no tan positiva de los mismos. En este sentido, las circunstancias personales del delincuente pueden ser conceptuadas de forma favorable para el reo (lo que apoyaría un desplazamiento por las zonas próximas a los mínimos del marco), pero nada impide, a priori, la confluencia de aspectos que no favorezcan al reo, los cuales, han ser valorados por el órgano jurisdiccional como repuesta a la búsqueda del difícil equilibrio entre prevención especial y culpabilidad. De otro modo, supondría vaciar de contenido la expresión “circunstancias personales del delincuente”. Y, con ello, somos conscientes del peligro inherente ante la proximidad a la frontera de la culpabilidad por el autor.

V.3.5.2 GRAVEDAD DEL HECHO

La gravedad del hecho a que se refiere el precepto no es la gravedad del delito, toda vez, que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el Legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito⁵⁹¹. Se refiere, por ende, la Ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando. Estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer⁵⁹². Por ello, en cuanto a los caracteres del hecho, es decir, a una mayor o menor gravedad, tiene que tenerse en cuenta que el legislador ha puesto de manifiesto en la infracción, su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo para el bien jurídico, de modo que para determinar ese mayor o menor gravedad del hecho ha de valorarse el propio hecho en sí, con arreglo a la descripción que se contenga en el relato de hechos, es decir, con arreglo al

⁵⁹¹ En el mismo sentido, GALLEGO DIAZ, “Las reglas de determinación de la pena... op cit, pág 462, el fundamento de la mayor o menor gravedad del hecho ha de ser el mismo que inspira la relevancia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, es decir, la graduación o modulación del injusto y de la culpabilidad. Necesariamente esa gravedad tendrá que hacer referencia a todas aquellas circunstancias, datos o elementos de todo orden que no hayan sido valorados por el legislador ni como circunstancias específicas en el momento de establecer el marco penal genérico correspondiente al delito ni como circunstancias genéricas y que al mismo tiempo supongan un incremento o disminución de la culpabilidad o del injusto. También GARCIA ARAN, *Fundamentos y aplicación ...* op cit, pág 90, pág; DE LA MATA BARRANCO, “La individualización de la pena... op cit, pág 125.

⁵⁹² STS 624/2012, Al respecto ha señalado esta Sala que procede la aplicación del mencionado tipo atenuado, cuando se trata de una vendedora de dos papelinas de cocaína que constituye el último escalón de venta al menudeo (STS 242/2011, de 6 de abril); o en el caso de una papelina de cocaína de 0,51 grs. y concentración del 49,93%, por importe de 30 euros (STS 298/2011, de 19 de abril); y también en el supuesto de venta de una sola papelina de cocaína de 0,090 grs. y una concentración del 85,5%, con un valor en el mercado de 1307 euros. (STS 337/2011, de 18 de abril). E igualmente se ha puntualizado (STS 448/2011, de 19 de mayo), que basta la concurrencia de uno de los elementos señalados en el art. 368.2 CP, y como en nuestro caso, la inoperancia del otro, para que se pueda aplicar el descenso de pena (STS 1334/2011, de 7 de diciembre). De manera que, en el tráfico de drogas en pequeña cuantía, basta la concurrencia de uno u otro factor de los diseñados legalmente en el art. 368, párrafo segundo, del Código Penal, para su aplicación. Las circunstancias personales pueden impedirlo, pero no, cuando no constan éstas”.

verdadero hecho real, y así concretar el supuesto culpable; por cuanto la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del injusto (antijuricidad o el grado de culpabilidad del delincuente, la mayor o menor reprochabilidad que merezca). Por ello, y considerando que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá:

En primer lugar, de la intensidad del dolo -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto.

En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo que, sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.

En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento (conocimiento de la antijuricidad del grado de culpabilidad y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta).

Y, en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad.

Se trata en definitiva, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentalmente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación, incluso por la vía del art. 849.1 LECrim . para la infracción de Ley”⁵⁹³.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no deja albergar dudas, la gravedad del delito y la gravedad del hecho son dos conceptos diferentes que han de apreciarse en dos momentos distintos. El primero de ellos, ha de ser contemplado por el legislador a la hora de establecer el marco

⁵⁹³ STS de 11 de febrero de 2011.

punitivo para cada delito. El segundo, la mayor o menor gravedad del hecho, aglutina una serie de factores o circunstancias, excluidas del enclave de circunstancias atenuantes o agravantes, ya sean genéricas, ya específicas, que determinan la pauta para que el Juzgador dosifique el reproche penal adecuado al caso concreto; toda vez que se haya interrelacionado con la naturaleza graduable del injusto del hecho, así como la culpabilidad que acompaña la ejecución del hecho. A título ejemplificativo, y siguiendo la enumeración de JESCHECK⁵⁹⁴, el Juez ha de tener presentes como instrumentos clarificadores de la gravedad del hecho: “la magnitud del daño, el modo de ejecutar el hecho, y la perturbación de la paz jurídica”, en tanto contribuyen a configurar el grado del injusto, mientras que “la desconsideración, la reflexión, la situación de necesidad, la tentación, las pasiones que menoscaban las facultades de comprensión y control, la juventud, los trastornos psíquicos o el error” han de tomarse en cuenta para graduar la culpabilidad.

Por todo ello, si al comienzo del trabajo se definió el delito, con inclusión o no de la punibilidad, como acción típica, antijurídica y culpable, de modo que, sobre la base de la acción se estudia la antijuricidad, tradicionalmente considerada como elemento objetivo, referida al resultado y la culpabilidad, o elemento subjetivo, referida al autor⁵⁹⁵. Las circunstancias personales se encuadran dentro de la culpabilidad, en tanto la “gravedad del hecho” o desvalor de la conducta puesta de manifiesto en la infracción, ya sea, en su vertiente personal, cómo en la referida al resultado lesivo a un bien jurídico⁵⁹⁶ emite a la antijuricidad.

En el ámbito penológico, la ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, facultan a los Jueces y Tribunales a recorrer toda la extensión de la pena dentro del marco señalado en el tipo. Lo que permite mediante una racional y fundada motivación que, en aras de la individualización judicial de la pena, un delito en el que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad (tanto atenuantes como agravantes) sea castigado con mayor rigor punitivo frente a un delito en cuya comisión, se aprecie la confluencia de una circunstancia agravante. De igual modo, puede tener lugar, la antinomia de un delito en el que concorra una circunstancia atenuante se castigue con mayor pena respecto a un delito en el que no confluya circunstancia atenuante alguna. Se trata, por ende, de una facultad (la individualización judicial de la pena) del Tribunal sentenciador sustraída a la revisión casacional, salvo ausencia de motivación o fundamentación adecuada.

⁵⁹⁴ JESCHECK, *Tratado de Derecho penal...* op cit, pág 695.

⁵⁹⁵ Doctrina la teoría de los elementos subjetivos del injusto. Delitos de intención; tendencia; expresión.

⁵⁹⁶ STS de 20 de marzo de 1986.

E insistimos en la necesidad de motivación de las resoluciones judiciales, pues, no sólo nos va a permitir conocer los fundamentos de la decisión, sino que además, a través de la motivación, el propio tribunal de instancia puede comprobar, a manera de autocontrol jurisdiccional, si la penalidad concretamente impuesta, responde a los presupuestos legales por su acomodación a la culpabilidad del autor y a las necesidades de prevención general y especial⁵⁹⁷, toda vez que, la exteriorización de la decisión, a través de la motivación, permite la comprobación de la concurrencia de los presupuestos de la individualización judicial.

¿Cómo se lleva a la praxis diaria la aplicación de la regla sexta del artículo 66 que venimos analizando? El catálogo abierto que integra las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho, tienen su reflejo en la actividad del órgano jurisdiccional, que ha de procurar “dosificar la pena” al caso concreto:

“Ahora bien, dadas las especiales circunstancias concurrentes en la realización del hecho y las personales del autor; procede la aplicación del artículo 153-4 del Código Penal imponiendo la pena inferior en grado a la básica prevista en el artículo 153-2 del citado cuerpo penal. A este respecto, tomamos en consideración que el hecho -como reconoce la propia sentencia- según se desprende de la declaración de la menor y de su madre y de lo manifestado por los testigos, representa un episodio aislado, existiendo habitualmente una pacífica convivencia familiar; también que el acusado, en ese momento, se encontraba nervioso y alterado por la conducta desobediente de su hija al llegar a su casa a una hora tan avanzada, sobre las tres quince horas de la madrugada, y sin atender las llamadas de teléfono de su padre realizadas a lo largo de esa noche preocupándose por ella ante esa situación; finalmente es de atender también a que no consta se causara lesión a la menor y los guardias civiles que acudieron al lugar manifestaron que a simple vista no vieron heridas”⁵⁹⁸.

O *“rechazada por el Juez a quo en la sentencia, pues ni las circunstancias personales del*

⁵⁹⁷ No todos los autores defiende la inclusión de la prevención general como uno de los fines de la pena que ha de buscar el Juez a la hora de la individualización de la misma, en este sentido GARCÍA ARAN, *Los criterios de determinación de pena en el Derecho*, Publicaciones de la Universidad de Barcelona; 1982, pág140, considera que “la prevención general no es un objetivo a perseguir por el Juez y por tanto, nunca puede prevalecer sobre la consideración preventivo especial”, constituyendo la prevención general “la finalidad que debe presidir la función del legislador”, “si todas las penas contenidas en el marco penal son adecuadas a la prevención general, el Juez no debe preocuparse específicamente por lograr tal objetivo, puesto que cualquier pena incluida en el marco se adecua al programa preventivo general establecido por el legislador”.

⁵⁹⁸ SAP de Valladolid, de fecha de 17 de noviembre de 2010.

autor del delito ni las atinentes a los propios hechos delictivos mismos justifican esa aminoración del reproche penal que se pretende al revelar aquéllos una especial intensidad, dentro del carácter leve pero en cualquier caso delictivo de todas las conductas que relaciona el precepto, por la cobarde agresión perpetrada por el acusado contra su esposa, empleando el carrito de su propio hijo cuando ésta tenía evidentes dificultades para esquivarla al tener en sus brazos al bebé que, para mayor gravedad, fue quien recibió el golpe y sufrió la lesión por la reacción defensiva de la madre, por lo que también deberá confirmarse la sentencia en este punto en el que se constata, una vez más, el acierto del juzgador”⁵⁹⁹.

También, “De cualquier modo, el Tribunal sentenciador en su fundamento jurídico quinto ya argumenta, en orden a la operación de individualización penológica, que tiene en consideración los antecedentes penales de los integrantes de la tripulación, de su actuación subordinada a los cabecillas de la red no identificados y de las enormes dificultades que existen, notoriamente, para sobrevivir y trabajar en sus países de origen, circunstancias que sin justificar la apreciación de una atenuante, deben valorarse al dosificar la pena, por los que se les impone la pena mínima de nueve años y un día de prisión, que se encuentra como la más favorable para los acusados, y que estaría comprendida en un rango penológico -para poner un ejemplo- de una operación de cocaína de más de 750 gramos de pureza, cuando aquí de lo que estamos hablando es de más de una tonelada y media, en dicho transporte marítimo”⁶⁰⁰.

En conclusión, podemos decir que el art 66 nos ofrece la combinación entre ortografía musical y musicalidad que precisa toda armonía, una combinación que ha de comenzar, en su caso, por la delimitación del marco abstracto concreto pseudoesencial para extenderse al ejercicio más próximo a las notas que otorgan coherencia y legitimidad a la morfología de la pena, la armonización de la individualidad. No obstante, no se trata de los elementos absolutamente diferenciados, sino de “un proceso individualizador en el que todos los datos se presentan para su valoración conjunta a partir de su diferente intensidad y de la preponderancia que deban adquirir en función de ella para encontrar —graduando y limitando el marco posible— la pena proporcionada”⁶⁰¹.

⁵⁹⁹ SAP de Granada, de fecha de 9 de octubre de 2009.

⁶⁰⁰ STS de fecha de 12 de abril de 2010.

⁶⁰¹ DE LA MATA BARRANCO, “La individualización de la pena en los Tribunales de Justicia”, op cit, pág 124.

CAPITULO VI. LA IRRESISTIBLE PRESENCIA DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL ECOSISTEMA PENAL

VI.1. ASPECTOS GENERALES

No es posible fijar una fecha precisa de nacimiento del Derecho penal, pero, si cabe acotarlo en el despertar de la conciencia de la sociedad ante la conducta ilícita, como respuesta a un estadio o escalón superior a la venganza. Mostrándonos un escenario en el que el papel protagonista, los personajes secundarios e incluso los figurantes, giran en torno a la persona física¹.

Acorde con el anterior pensamiento, la piedra angular de la construcción dogmática se centra en la acción penal, con la conducta de una persona física como eje. La antijuricidad giraba en torno a la infracción de la conducta de manera voluntaria o personal y la culpabilidad fundamentaba su reproche en el no haber actuado de otro modo. La pena, para cumplir sus fines, también tenía que ser personal. Bajo estos supuestos referenciados esencialmente en el comportamiento humano, en el libre albedrío y en la reprochabilidad por haber lesionado voluntariamente el bien jurídico, no es posible encajar a la persona jurídica como sujeto capaz de cometer delitos².

¹ En este sentido, sobre el ser humano como centro de las construcciones dogmáticas existe una prolija literatura jurídica, MIR PUIG, “Límites del normativismo” en *Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Reyes Echendia*, Ed Legis, Colombia, 2005, pág 389, 390, 391, 395, el delito ha de ser un hecho dañoso o peligroso para un bien jurídico, que es lo que quiere evitarse a través de la prevención y exige el principio de lesividad.

El principio de lesividad, considera insuficiente para el delito la infracción formal de una norma jurídica-penal, exigiendo, correlativamente, que el tipo penal sea la descripción de una lesión o puesta en peligro de bienes que por su importancia social previa al derecho penal (realidad valiosa para el ciudadano previa a la ley), merezcan la protección de éste.

“El significado social de un comportamiento humano dañoso depende de si el daño que produce ha sido querido o no por su autor. La voluntariedad del comportamiento dañoso añade al mismo un sentido de oposición subjetiva al bien dañado... Esta oposición subjetiva del hecho influye decisivamente en su significado simbólico de hecho negador del bien lesionado... Este significado simbólico relaciona el dolo con el ataque al bien jurídico protegido por la norma penalmente.

La imputación personal requiere no sólo alguna posibilidad de acceso a la norma, sino también que dicho acceso se produzca en condiciones de normalidad, lo que no ocurre si es un niño, oligofrénico.... hechos empíricos que para que sean suficientes para negar la imputación de la personalidad han de *ser valorados* como tales”. La justificación para el autor se encuentra en el principio de igualdad proclamado en la CE, desarrollado no sólo en el trato igual a casos iguales, sino en tratamiento diferenciado a supuestos desiguales.

² ZUÑIGA RODRIGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Ed Aranzadi, Navarra, 2009, pág 50; GARCIA ARAN, “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Cerezo Mir y otros (eds), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje a Dangel Torío López*, Ed. Comares, Granada, 1999, pág 327; GOMEZ JARA, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Ed IbdeF, Montevideo, 2010, pág 10; PALIERO, “L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?” En *RIDPP*, 1994, pág 1242; DONINI, “Selettività e paradigmi della teoria del reato” en *RIDPP*, 1998, pág 366, 36; Como ha señalado, BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed

El derecho es una construcción social cuya función asignada es la de regular la vida de los seres humanos³.

Como construcción social, la función del derecho penal es la de proteger intereses reales de los ciudadanos y no sólo normas jurídicas. Entendiendo los bienes jurídicos como concreción de aquellos intereses, ya sean individuales, como los derechos humanos básicos, ya sean colectivos o mediados por instituciones.

Hasta hace una década, los dos supuestos básicos respecto al delito consistían en, un hecho efectivamente dañoso y/o peligroso para bienes jurídicos-penales (no necesario para salvaguardar otro u otros bienes jurídicos (exigidos por el principio de lesividad) y, en las condiciones situacionales y mentales que permitían la imputación de dicho hecho a una persona (principio de culpabilidad)⁴.

En esta perspectiva de interacción del derecho y la sociedad, hemos de tener en cuenta que, la sociedad actual se presenta con un grado de complejidad en la que la interacción social ya no tiene lugar exclusivamente entre sujetos individuales, de manera que, ya no se puede comprender sólo desde la perspectiva en la que era explicada a partir de la teoría del contrato social. Esta complejidad se plasma de forma muy significativa en la actividad empresarial y trasciende a la configuración jurídica que regula la vida de los negocios⁵.

¿Cómo reacciona el derecho ante ello?

Bosch, Barcelona, 1998, pág 31, todo intento que tome como punto de partida dichos presupuestos está destinado al fracaso"... fijando la autora la consideración de la persona jurídica como sujeto de Derecho penal.

³ MIR PUIG, S., "Límites del normativismo en derecho penal", *Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Reyes Echendía*, Ed Legis, Colombia, 2005, pág 396.

⁴ MIR PUIG, S., "Límites del normativismo... op cit, pág 396.

⁵ BACIGALUPO, S., "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno" en *Diario la Ley*, núm 7541, enero 2011, pág 2.

PALIERO llama la atención sobre el momento crucial en el que se encuentra el Derecho penal, en tanto, todos los conceptos elaborados sobre presupuestos positivistas de un delito naturalístico centrado en las conductas del homicidio y las lesiones (fundamentalmente) han quedado desfasados frente a la actual macrocriminalidad con sujetos colectivos, nexos causales complejos y víctimas indeterminadas. Todo ello ha llevado a un cambio de paradigma respecto al Derecho penal clásico⁶.

Este mismo autor ha manifestado que, “evocar, en política-criminal, el proverbio “societas delinquere non potest” resulta hoy día más surrealista que idealista⁷. En consonancia con las anteriores palabras de BRICOLA, ha manifestado, el referido principio proverbio de “societas delinquere non potest” carece de valor ontológico, y no deja de ser el resultado expresión de la fuerza de las leyes del poder económico⁸.

Si partimos de la desaparición del principio “societas delinquere non potest”, ¿cuál es la situación que deviene? “El enlace de la responsabilidad del ente jurídico con el delito, previsto ya como ilícito sancionado con una pena de naturaleza punitiva, sugiere que sea precisamente la sanción punitiva el natural punto de referencia del legislador”⁹.

“Una especie de ilícito de estructura compleja, constituida por un doble núcleo conductual entrelazada a un nexo de enlace recíproco. El primer núcleo se constituye por un delito cometido por la persona física, el segundo núcleo se centra en un comportamiento omisivo referido al ente,

⁶ PALIERO, “L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?” En *RIDPP*, 1994, pág 1233.

⁷ PALIERO, “Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho italiano” en *ADP*, 1996, pág 50, 51; PALAZZO “Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico” en *RIDPP*, 1999, pág 715.

⁸ BRICOLA, “Il costo del principio “societas delinquere non potest” nell'attuale dimensione del fenomeno societario” en *RIDPP*, n.º 61, 1970, pág 1031.

⁹ VINCIGUERRA, “Quale specie di illecito?”, en *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D.Lgs. n.231/2001)* (dir. Vinciguerra), Ed. Cedam 2004, Padova, pág 188. “la conexión de la responsabilidad de las personas jurídicas con el delito, es decir, con el ilícito respondido por las sanciones punitivas, sugiere que estas fueran el natural punto de referencia del legislador”.

cada núcleo se haya unido al otro por un enlace recíproco: el delito debe presentar alguna relación con el ente y la omisión del ente debe, así mismo, guardar relación con el delito”¹⁰.

Se ha producido “un distanciamiento de la responsabilidad del ente a través de la imputabilidad y la no identificación del autor”¹¹.

Los procesos de globalización y el desarrollo tecnológico de los elementos estructurales de la sociedad de riesgo han tenido su impacto en el mundo empresarial, siendo testigo de la apertura de nuevos circuitos¹² y del aumento de poder de las grandes corporaciones, denominado *corporate power*, frente a los que el Estado tradicional ha comprobado la insuficiencia de los instrumentos tradicionales¹³. Desembocando en un forzado déficit de regulación¹⁴. Aparece un nuevo pacto social entre el Estado y los entes corporativos, en el que se exige a las empresas que, a cambio de los beneficios que les genera su responsabilidad limitada en la apertura de los mercados y sus avances

¹⁰ VINCIGUERRA, “La struttura dell’illecito” in *La responsabilità dell’ente per il reato commesso nel suo interesse*, Ed Cedam Padova, Milan, 2004, pág 6. “Una especie de ilícito de estructura compleja, constituida de dos comportamientos nucleares con un nexo de unión. El primer núcleo está constituido por un delito de la persona física, el segundo núcleo consiste en un comportamiento omisivo referido al ente, y cada núcleo se halla unido al otro en un vínculo recíproco, el delito debe tener cualquier relación con el ente y su omisión, hasta el punto que la omisión permite la realización del delito”.

¹¹ VINCIGUERRA, “La struttura dell’illecito” in *La responsabilità dell’ente per il reato commesso nel suo interesse*, Ed Cedam Padova, Milan, 2004, pág 11. “un desenganche de la responsabilidad del ente de la imputabilidad y la identificación del reo”.

¹² Son, entre otros, los denominados delitos de delincuencia sin víctima, o en los que no existe un contacto directo entre el agresor y la víctima, en los que el contacto interpersonalizado es reemplazado por una forma de comportamiento anónima y estandarizada, SHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de las ciencias jurídico-penal*, traducción de CANCIO MELIÁ, Universidad Externado de Colombia, 1996, pág 31; LOPEZ REY, “la criminalidad económica-social en la política-criminal de las Naciones Unidas”, en BARBERO SANTOS, (eds:) *La reforma penal: delitos socio-económicos*, Universidad de Madrid, 1985, pág 37.

La indeterminación, cuasianonimato contribuyen a la complejidad del nexo causal, con su fiel reflejo en el entramado de responsabilidades que ha de desenmarañar el órgano jurisdiccional a la hora de la individualización judicial de la pena.

¹³ El derecho estatal ha perdido eficacia a la hora de regular el comportamiento de las empresas o grandes corporaciones caracterizadas por la ubicación de su actividad en casi cualquier lugar del mundo, difuminando la relación entre ley y territorio, de naturaleza descentralizada en las que las unidades de producción, o decisorias experimentan una fragmentación en contextos políticos y culturales o, de naturaleza jurídica diversa. “Informe de la Subcomisión para potenciar y promover la responsabilidad social de las empresas”, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, VIII Legislatura, Serie D, 4 de agosto de 2006, nº 424, pág 28 y ss.

GOMEZ JARA, D. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Ed IB de F, Argentina, 2010, pág 4 destaca el diferente rol que la sociedad, el Estado y las empresas ocupan o cumplen respecto a hace dos/tres décadas, precisando una llamada de atención sobre el nuevo modelo de sociedad descentralizada.

¹⁴ ESTEVE PARDO, J. *Autorregulación. Génesis y Efectos*, Ed Aranzadi, Navarra, 2002, pág 22.

tecnológicos, asuman una tarea pública y se autorregulen a fin de colocarse al lado del Estado a la hora de controlar nuevos riesgos, proteger accionistas y consumidores o evitar hechos delictivos¹⁵. Conformando estos deberes un reflejo del rol o de la posición de la persona en la sociedad¹⁶.

JAKOBS, centra la misión del Derecho penal en garantizar la identidad de la Sociedad¹⁷, en esta función de protector o garante de los valores esenciales de la sociedad no puede cerrar los ojos o permanecer ciego a los cambios que se han producido en la sociedad, cuestionándose GÓMEZ-JARA, si el derecho penal se halla preparado para asumir una mutación de la identidad de la sociedad, dando cabida a unos no tan nuevos sujetos sui generis, las personas jurídicas¹⁸.

El derecho penal individual tiene serios déficit de eficacia a la hora de responder a los comportamiento delictivos acaecidos en el seno de la organización empresarial¹⁹, de naturaleza

¹⁵ NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un nuevo modelo legislativo*, Ed Iustel, 2008. Madrid, pág 36.

“La incidencia en la omisión de la vigilancia sobre el delito y la exclusión de aobligación de los requisitos de control en el caso de adopción y aplicación de los modelos organizativos y de gestión, centra la previsión sobre el sujeto sometido a alta dirección”. VINCIGUERRA, “La struttura dell'illecito” in *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Ed Cedam Padova, Milan, 2004, pág 12.

¹⁶ JAKOBS, citado por GOMEZ JARA, D. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Ed IB de F, Argentina, 2010, pág 19, cita 22.

¹⁷ JAKOBS, *Teoría funcional de la pena y la culpabilidad*, (traducción de CANCIO MELIA, M/FEIJOO SANCHEZ, B) Ed Civitas, Madrid, 2008, pág 200.

¹⁸ GOMEZ JARA, D. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Ed IB de F, Argentina, 2010, pág 5; WALT/LAUFER, “Why Personhood doesn't Mutter. Corporate Criminal Liability and Sanctions” en *Am. J. Crim. L.*, n.º 18, 1991, pág 263 y ss; FISSE/BRAITHWAITE, *Corporations, Crime, and Accountability*, Ed Cambridge University Press, Cambridge, 1993, pág 28 y ss, “Hacer responsables a las corporaciones no es una ficción del derecho, puesto que en todas las culturas resulta común que sus ciudadanos lo hagan. Cuando el Derecho adopta estas nociones de responsabilidad corporativa hace algo más que reflejar la cultura, ahonda y clarifica las nociones de responsabilidad colectiva que ya existe en la cultura”.

¹⁹ Si tras el individualismo, nacido de la Ilustración, se concibe al individuo como único sujeto válido para el derecho, la revolución industrial puso de manifiesto cómo este paradigma impedía regular con eficacia el comportamiento de los nuevos actores de la economía. BACIGALUPO, S, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed Bosch, Barcelona, 1998, pág 53. Dando un paso más, ESTEVE PARDO, J. *Autorregulación. Génesis y Efectos*, Ed Aranzadi, Navarra, 2002, pág 23, la paradoja se halla no en el sometimiento a Derecho del propio Estado, sino del sometimiento a Derecho de la sociedad o “de algunos formidables poderes que en ella se han formado”.

El origen lo encuadra, BACIGALUPO, S, *La responsabilidad de las personas jurídicas*, ... op cit, pág 43 y ss, en el derecho romano, donde se comienza a distinguir entre los derechos y las obligaciones de la corporación (universitas) y los de cada uno de los miembros (singuli), sin que ello supusiera un reconocimiento de la figura de la persona jurídica, (cómo teoría), limitándose a la atribución derechos subjetivos a los conjuntos de personas. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se plantea a finales del siglo XIX, comienzo del siglo XX, cuando la pena es utilizada de forma consciente como medio coercitivo para combatir ciertas actuaciones socialmente lesivas en interés de la comunidad jurídica organizada; entendiendo las corporaciones como la unidad de miembros titulares de derechos, capaz de delinquir, siempre que los miembros de la corporación dieran comienzo conjuntamente a una acción

cuasi delictiva estructural²⁰, dificultad que se refleja en el proceso de adscripción de responsabilidad individual, así como a los efectos preventivos de la sanción²¹. Estamos presenciando la

punible. Son los canonistas quienes comienzan a elaborar una teoría, con el punto de partida de la Iglesia. Aceptando la concepción romana de la capacidad jurídica de la universitas separada conceptualmente de la capacidad jurídica del singuli. INOCENCIO IV, citado por la autora, trató la Universitas como persona ficticia (la universitas no tenía capacidad de acción ni delictiva, pero si la acción delictiva del perceptor o del administrador era realizada por indicación o petición expresa de los miembros, se admitía la responsabilidad de la universitas). Comenzándose a forjar la idea de universitas como ficción. Los postglosadores adoptan la idea de persona ficticia de los canonistas integrando la capacidad delictiva. Para la autora, en la Edad media, la responsabilidad penal de las personas jurídicas (corporaciones) surge como una necesidad exclusivamente práctica de la vida estatal y eclesiástica. Estas ideas se mantienen inalterables hasta finales del siglo XVIII, en las que se modifica las relaciones de poder dentro del Estado, materializando, a su vez, un desplazamiento de la relación del hombre con la sociedad, en el que aquel adquiere un lugar determinante en el orden social (consistente en garantizar al individuo la autodeterminación y la libertad respecto de los condicionamientos supraindividuales) Rechazando, necesariamente todo tipo de responsabilidad colectiva, o aquella que suponga un alejamiento de los principios de punibilidad individual, basada en el hecho propio (y no en la pertenencia a una comunidad). SCHIMITT, citado por la autora, centra la motivación de la pérdida de papel de las personas jurídicas en necesidades políticas, ya que habían perdido el poder que tenían en la Edad Media. En este orden, SAVIGNY, citado por la autora, centró la cuestión en la “relación entre el Derecho y la persona” sin olvidar que “toda relación jurídica importa la relación de una persona con otra”. El primer componente de la misma, que necesitaría un tratamiento más preciso, es la naturaleza de las personas, cuya relación mutua es capaz de establecer la relación. Se trata entonces de ¿quién puede ser titular o sujeto de relaciones jurídicas? La pregunta se refiere a la posibilidad de ser titular de derechos, o sea, la capacidad jurídica”. Es la teoría de la voluntad, que parte de un presupuesto psicológico; la voluntad, como sustancia esencial de la persona jurídica, entendiéndose, que solo el Derecho privado, permite poner en marcha, la conservación y el desarrollo de esa personalidad jurídica, sin encontrar acomodo en el Derecho penal “que sólo trata con seres pensantes y con voluntad, La persona jurídica no tiene esas cualidades y, por ello, debe quedar excluida del ámbito del Derecho penal”.

²⁰ FISSE, “*Structural Crime*”, *Yale Law Journal*, Vol 89:353, 1979, era 355.

Los sistemas de organización de la actividad laboral, en divisiones verticales y horizontales, desembocan en la “irresponsabilidad organizada” término dado por SCHÜNEMAN, citado por FEIJO SÁNCHEZ, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del derecho penal contra las empresas*, Ed Civitas, Madrid, 2002, pág 36 y ss.

Manifestada en el deslizamiento de la responsabilidad individual hacia los niveles más bajos, con repercusión en la legitimidad, RODRIGUEZ RAMOS, “Societas delinquere potest!. Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión” en *La ley*, 1995, pág 1494.

Así como en la dificultad de identificación de la persona física responsable del hecho, o que carece del grado de responsabilidad necesario para elevar a un reproche penal, fundamento del principio de culpabilidad.

La incorporación al grupo o colectividad empresarial les hace influenciarse del espíritu criminal de grupo, frente a personas que individualmente no llevarían a cabo una conducta desviada CLINARD, *Corporate Corruption. The Abuse of power*. New York, Praeger, 1990, pág 145; De MAGLIE, *L'Etica e il mercato. La responsabilità penale della società*, Giuffrè Editore, 2002, pág 252y 253, “en el ámbito de la actividad de la empresa el grupo aumenta las tendencias criminales, porque el clima prepara el terreno que facilita e induce a las personas físicas a cometer el delito. La peligrosidad aquí alcanza una mayor intensidad, en tanto, en el delito corporativo existe una considerable distancia en el espacio y el tiempo entre la creación de la conducta infractora y el evento afecta ala víctima del delito...elimina, de hecho, cualquier reticencia residual para llevar a cabo la conducta ilegal dentro del efecto deshinibitorio del grupo”; FEIJO SANCHEZ, B, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del derecho penal contra las empresas* Ed Civitas, 2002, Madrid, Pág 41 y ss; VAUGHAN, “Toward Understanding unlawful organizational behavior”, en *Michigan Law review*, vol 80, 1982, pág 1377.

La ausencia o escasez de información propia del esquema organizativo de la división empresarial, COFFEE, *Corporate Criminal Responsibility*, en KADISH (ed) “Enciclopedia of Crimen and Justice”, Vol1; *New York, The Free Press*, 1983, pág 260; De MAGLIE, *L'Etica e il mercato. La responsabilità penale della società*, Giuffrè Editore, 2002, pág 50 y ss, Una ulterior critica sobre los fines de reprimir adecuadamente los ilícitos penales cometidos dentro del ente jurídico por el sujeto mediante la imposición de una multa que termina concibiendo a la persona jurídica como “el centinela negro”. Esta teoría ve a la persona jurídica como un organismo inanimado, en el que no es perceptible la diversidad de aspiraciones entre la empresa y los trabajadores, en el que se programa para la realización de una obra

transformación de la individualidad en la unicidad o colectividad como réplica a la incapacidad de frenar la nueva realidad delictiva²². Convirtiéndose en primer objetivo de la responsabilidad colectiva la necesidad de generar una autorregulación²³ que contrarreste las causas estructurales que determinan la aparición de hechos delictivos de empresa²⁴. Alcanzado con ello, una adecuada relación entre poder, riesgo y responsabilidad dentro de la empresa²⁵. Focalizando la responsabilidad de las personas jurídicas en términos preventivos, de modo que “uno de los medios más efectivos para controlar una organización desde fuera es hacer responsable de sus acciones al decisor más poderoso”²⁶, en definitiva, reubica el riesgo²⁷, evitando que los socios cierren los ojos²⁸,

única”. La opacidad que de ordinario envuelve al delito, resta eficacia al sistema de responsabilidad individual, dificultando, como ha señalado HEINE, citado por NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un nuevo modelo legislativo*, Ed Iustel, Madrid, 2008, pág 42, “la apreciación del dolo o rebajar la infracción del deber de cuidado en la imprudencia, hasta límites donde no exista suficiente merecimiento de pena”.

²¹ ZUÑIGA RODRIGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad de las personas jurídicas*, Ed Aranzadi, Navarra 2009, pág 97 y ss; NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un nuevo modelo legislativo*, Ed Iustel, Madrid, 2008, pág 38.

²² En parecidos términos, PERROW, C, “A Society of Organizations” en *Theory and Society* 20, 1991, pág 775 y ss, defiende el fenómeno de la sociología de la organización, como el paso de una sociedad de individuos a una sociedad de organizaciones.

²³ En consonancia con las palabras de WEZEL, “el Derecho penal no puede prohibir resultados, solo acciones”. Unido a las exigencias de prevención del riesgo, dominante en las relaciones sociales, el Derecho debe potenciar su papel de guía u orientación de las conductas.

²⁴ En el mismo sentido, NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un nuevo modelo legislativo*, Ed Iustel, 2008. Madrid, pág 42.

“El compromiso que asume una empresa de actuar correcta y responsable en la consecución de sus objetivos económicos creando valor no sólo para los accionistas sino también para el resto de la sociedad”, un compromiso que es inevitablemente amplio, (...) pero del que podemos afirmar que incluye las acciones voluntarias de las empresas que están dirigidas a atender... el conjunto de la ciudadanía “Informe de la Subcomisión para potenciar y promover la responsabilidad social de las empresas”, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, VIII Legislatura, Serie D, 4 de agosto de 2006, nº 424, pág 12 y ss.

Con ello se trata de paliar los “fallos del mercado”, en otras palabras, los perjuicios sociales que las empresas eluden, a través del sistema de responsabilidad limitada, no asumiendo los costes ARLEN KRAAKMAN, “Controlling Corporate Misconduct: an analysis os corporate liability regimes” in *New York Law Review*, Vol 72, pág 691 y ss; STIGLITZ *La Corporación multinacional, Claves de la razón práctica*, núm 176, pág 18.

La comisión de determinados hechos delictivos supone una ventaja económica a la empresa, adicionándose, el análisis efectuado por la propia empresa del coste de la sanción o responsabilidad civil puntual frente a los beneficios de la habitualidad de la conducta infractora, con un resultado ventajoso en la evaluación la puntualidad del riesgo de la sanción frente a la habitualidad de la infracción. Una sanción, como ha señalado NIETO MARTIN, ... op cit, pág 53,54, que no tiene por qué reflejar el total coste social del delito, compuesto del daño social y del gasto público para prevenir, investigar y ejecutar las sanciones. Esto es la responsabilidad civil de las empresas se convierte en un mecanismo insuficiente, en tanto “refleja el daño ocasionado pero no otros factores como la ventaja competitiva...o parte alícuota del gasto público”. Por ello, para el autor, no es suficiente el sistema de sanciones, ya sean administrativas o penales, sino que es necesario, para una producción socialmente eficiente, que las empresas integren, como un costo más de producción, sistema de prevención y esclarecimiento de los ilícitos penales que se cometan en su ámbito interno.

²⁵ KRAAKMAN, “Coporate Liability Strategies and the cost os legal controls”, en *Yale Law Journal*, Vol 93:874, 1984, pág 859 y ss; LAUFER, “Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance”, en *Vanderbilt Law Rev*, nº 52, 1999, pág 1343, y ss.

²⁶ MINTZBERG, *La estructuración de las organizaciones*, (trad. BONNER/NIETO), Ed Ariel, Barcelona, 2009, pág 331.

²⁷ EDGERTON, “Corporate Criminal Resposability”, en *Yale Law Jounal*, 1927, pág 835; ESTEVE PARDO, *Autorregulación. Génesis y Efectos*, Ed Aranzadi, Navarra, 2002, pág 60.

y que la insuficiencia de la sanción impida la motivación a incluir los instrumentos necesarios para una correcta administración coherente con el cumplimiento de las normas jurídicas penales²⁹.

Ahora bien, la responsabilidad penal colectiva de las conductas corporativas no excluye, ni condiciona, la responsabilidad individual³⁰; por el contrario, se complementan, se integran como un sistema de unicidad en la responsabilidad³¹, sin perjuicio de reconocer que, un derecho penal de doble vía favorece la reducción del grado de presión existente sobre el mismo³².

El adecuado equilibrio entre poder, riesgo y responsabilidad al que aludíamos anteriormente tiene su epicentro en la nueva orientación del Derecho, el “Derecho reflexivo”³³, con una finalidad no impositiva ni autoritaria de mandatos y prohibiciones, sino de incentivar y encauzar la propia moderación y contención de las fuerzas y agentes sociales³⁴. Se fijan, por tanto, cómo cláusulas de

²⁸ NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un nuevo modelo legislativo*, Ed Iustel, 2008. Madrid, pág 42.

²⁹ COFFEE, “Corporate Criminal Responsibility”, en KADISH (ed) *Enciclopedia of Crimen and Justice*, Vol 1; New York, The Free Press, 1983, pág 258 y ss; KENEDY, “Criminal Sentences for Corpotations: Alternative Fining Mechanisms”, in *California Law Rev. Vol 73*, 1985, pág 443 y ss.

³⁰ CANCIO MELIÀ, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Algunas consideraciones sobre el significado político criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa” en Mir Puig/ Corcoy Bidasola (dir)/ Gómez Martín (coord.) *Nuevas tendencias de política criminal*, 2006, pág 7; NIETO MARTIN/LUIGI FOFFANI, “Corporate Governance y administración desleal”, en *RP 17*, 2006, pág 110 y ss; ROSSI, A., “Le sanzione del ente” in *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Ed Cedam, Padova, 2004, pág 35, hace referencia al recorrido de la acumulación responsabilidad colectiva, responsabilidad individual, “il legame del reo con l'ente (l'elemento caratterizzante della nuova fattispecie punitiva); la diretta dipendenza dal fatto-reato della responsabilità dell'ente; la responsabilità diretta dell'ente per il fatto-reato azcrivibile al reo (la conseguenza innovativa sul piano sistematico)”.

³¹ En el mismo sentido, NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un nuevo modelo legislativo*, Ed Iustel, 2008, Madrid, pág 48 defiende la eficiencia del sistema penal basado en el doble pilar.

No obstante, algunos autores han llamado la atención sobre el peligro de minimizar la importancia del basamento responsabilidad penal individual frente a la responsabilidad colectiva de personas jurídicas, creando un sistema de privilegio para los delitos económicos, degradándose el significado social de lo responsabilidad penal FISSE/BRAITHWAITE, “Corporations, Crime and accountability”, *Cambridge University Press*, 1993. pág 2 y ss 135; LAUFER.” Corporate bodies and guilty Minds”, *Emory Law Rev.*, vol 44, 1994, pág 135.

Otros autores, como DE VERO, G., “Struttura e natura guiridica dell'illecito di ente collettivo dipenenteda reato. Luci e ombre nell'attuazione della delega legislativa”, in *Riv.it. E proc. Pen.* 2001, pág 1126, habla de clonación en la responsabilidad penal del ente jurídico.

³² NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un nuevo modelo legislativo*, Ed Iustel, 2008. Madrid, pág 48; FISSE/BRAITHWAITE, “Corporations, Crime and accountability”, *Cambridge University Press*, 1993, pág 51 y ss.

³³ TEUBENER, término dado por el autor, citado por ESTEVE PARDO, J. *Autorregulación. Génesis y Efectos*, Ed Aranzadi, 2002, Navarra, pág 25.

³⁴ ESTEVE PARDO, *Autorregulación. Génesis y Efectos*, Ed Aranzadi, Navarra, 2002, pág 25; GOMEZ-JARA, *La culpabilidad penal de la empresa*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, pág 262 y ss y *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*,

cierre del sistema: i) la responsabilidad colectiva³⁵, con la paradoja de guiar un incremento de la autorregulación privada³⁶ legitimada ideológicamente en la revitalización de la empresa; ii) la *compliance program* que constituye un factor de atenuación de la pena, si, en el momento de comisión del hecho se encuentra vigente un programa ético efectivo; iii) *good citizens corporation* por cuanto la colaboración de la empresa con la autoridad permite a la corporación obtener el papel de buen ciudadano, frente al miembro individual de la misma, que sería contemplado desde la óptica de autor de un exceso criminal³⁷. Con una vuelta de tuerca más, en el marco de las relaciones sociedad/Estado³⁸, la autorregulación no es ilimitada, (coherentemente con el sentido actual de los postulados constitucionales del Estado democrático), sino que está sometida a la significación del control de los poderes públicos³⁹.

En nuestro ordenamiento, la jurisprudencia Constitucional no ha efectuado una equiparación total de las personas jurídicas y las personas individuales. Su argumentación se aleja de la consideración de entes autónomos, como titulares del derecho constitucional⁴⁰. Entendiendo que la atribución de derechos fundamentales como la legalidad, *non bis ídem* y la tutela judicial efectiva, es necesaria desde la doctrina del derecho penal en sentido amplio, pero también desde la

Ed IB de F, Argentina, 2010, psg 117 y ss; NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un nuevo modelo legislativo*, Ed Iustel, Madrid, 2008, pág 60.

³⁵ NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un nuevo modelo legislativo*, Ed Iustel, Madrid, 2008, pág 60.

³⁶ ESTEVE PARDO, *Autorregulación. Génesis y Efectos*, Ed Aranzadi, Navarra, 2002, pág 27; SUNTERIN, "Paradoxes of the Regulatory State", en *University of Chicago Law Review*, núm 57, 1990, pág 135

³⁷ NIETO MARTIN, A, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un nuevo modelo legislativo*, Ed Iustel, Madrid, 2008, pág 61; GOMEZ-JARA, *La culpabilidad penal de la empresa*, ... op cit, pág 249 y ss.

³⁸ En este sentido ESTEVE PARDO, *Autorregulación. Génesis y Efectos*, Ed Aranzadi, Navarra, 2002, pág 46, en las dos últimas décadas se ha evidenciado la apertura del juego de relaciones Estado/sociedad, configurándose como una dualidad inevitable que, en la relación dialéctica entre el estado y la sociedad, presupone su diferenciación y el reconocimiento de su respectiva sustantividad.

³⁹ En el mismo sentido, ESTEVE PARDO, *Autorregulación. Génesis y Efectos*, Ed Aranzadi, Navarra, 2002, pág 29.

⁴⁰ BACIGALUPO SAGGESE, "Los derechos fundamentales de las personas jurídicas", en *Revista del Poder Judicial*, núm 53, 1999, pág 49 y ss; GOMEZ MONTORO, "La titularidad de los derechos fundamentales de las personas jurídicas: un intento de fundamentación" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 65, 2002, pág 49 y ss, el mismo autor, "La titularidad de derechos fundamentales para personas jurídicas: un intento de formulación" en *La democracia constitucional: Estudios en Homenaje al Profesor Rubio Llorente*, Vol 1, 2002, pág 387.

Como excepción y en relación al derecho al honor, STC 139/1995; VIDAL MARTIN, "Derecho al honor, personas jurídicas y Tribunal Constitucional", en *InDret*, n.º 2 2007, pag 145.

Nuestro sistema jurídico se separa así de la orientación existente en los Estados Unidos, caracterizada por la identificación en derechos de la persona individual y la persona jurídica, en este sentido, KRANNICH, "The Corporate Person: A New Analytical Approach to a Flawed Method of Constitutional Interpretation" en *Loyola University Chicago Law Journal*, vol 37, 2005, pág 61 y ss.

consideración que social y jurídicamente legitima la atribución de responsabilidad a los colectivos⁴¹. Considera la doctrina que la atribución de derechos de ciudadanía y la atribución de responsabilidad es un binomio que va naturalmente unido⁴².

Con este modelo deconstructivista de responsabilidad penal empresarial, se respetan los parámetros tradicionales del Derecho penal, facilitando hacer frente a los nuevos retos de la criminalidad⁴³.

Una de las razones que justifican el triángulo, aludido en los párrafos anteriores, se halla en la propia naturaleza de la posición social de las organizaciones, que no deja indiferente al Derecho penal, en tanto y, como manifiesta, JAKOBS, los deberes que se le asignan a una persona deben ser reflejo de su posición en la sociedad⁴⁴. Sin que ello suponga una equiparación absoluta entre empresas y ciudadanos, sino un *mínimo de ciudadanía* que permita exigir su responsabilidad penal⁴⁵.

VI.2. LA DISCUSIÓN SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS DISCURRE EN TORNO A TRES PLANOS

- Los modelos legislativos de responsabilidad penal de las personas jurídicas

⁴¹ NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit pág 107.

⁴² GOMEZ-JARA, *La culpabilidad de la empresa...* op cit pág 289 y ss; LAUFER, “Corporate Bodies and Guilty,” *Emory Law Review* Vol 44, 1994 ... op cit pág 56, mismo autor, *Corporate Bodies and Guilty minds: the failure of Corporate Criminal Liability*, The University of Chicago Press, 2006.

⁴³ GOMEZ JARA, D. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Ed IB de F, Argentina, 2010, pág 4. Sin tener que condicionar objetivamente la sanción de la persona jurídica a la constatación de un hecho típico y antijurídico.

⁴⁴ JAKOBS, citado por GOMEZ JARA, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Ed IB de F, Argentina, 2010, pág 19.

⁴⁵ GOMEZ JARA, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Ed IB de F, Argentina, 2010, pág 25. En contra, concibiendo a las empresas como “miembros de pleno derecho en la comunidad moral” FRENCH, “Integrity, Intentions and Corporations” en *Am.Bus.L.J.*, 4, 1996, pág 147 y ss; FRENCH/NESTERUK/RISSER, *Corporations in the Moral Community*, 1992, pág 12 y ss.

- Sistemas de imputación
- Derecho positivo

Hasta ahora, los modelos legislativos y doctrinales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas han girado sobre la base de la responsabilidad de las personas físicas, ocasionando una distorsión en la colocación de las piezas del puzzle⁴⁶. Este testigo ha sido tomado por varios autores basándose en los peldaños de la siguiente escalera conceptual:

- Autorreferencialidad. La capacidad de autoproducción, como fuerza interna que permite el mantenimiento de la identidad del sistema penal de las personas jurídicas, generando una red de interrelaciones entre los distintos elementos del mismo, gracias al sistema de comunicación interna de aquel, mediante el cual los miembros del sistema se orientan y se posibilitan las nuevas comunicaciones que dan continuidad a la organización⁴⁷.
- El buen ciudadano, o la consideración de que la empresa se define como un miembro responsable en la sociedad⁴⁸. Con el consiguiente reconocimiento de capacidad de acción

⁴⁶ Distorsión que ha sido denunciada por numerosos autores, GOMEZ-JARA, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Ed IB de F, Argentina, 2010, pág 13 y 18 aboga por efectuar un “cambio de paradigma” con la finalidad de superar el obstáculo conceptual inicial, entiende la existencia de diferentes modelos de reproducción, el ser humano como sujeto psíquico que se reproduce con base en la conciencia, las organizaciones empresariales sobre la base de las decisiones y, el Derecho como sistema social funcional, cuya reproducción tiene lugar de la mano de comunicaciones jurídicas. Reclamando de las dos primeras la idéntica capacidad de reflexión; BACIGALUPO SAGGESE, “La crisis de la filosofía del sujeto individual y el problema del sujeto en el Derecho penal” en *CPC*, 1999, pág 16; GARCIA ARAN, “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en Cerezo Mir y otros (eds) *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje a D Angel Torio López*, 1999, pág 327; ZUÑIGA RODRIGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas*, Ed Aranzadi, Navarra, 2009, pág 223 (nota 89).

⁴⁷ En los que la acción y la conciencia necesaria para su realización son sustituidos por la comunicación, sin que ello constituya una disminución de las bases para descartar del Derecho penal las personas jurídicas. GOMEZ-JARA, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Ed IB de F, Argentina, 2010, pág 17,18; NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un nuevo modelo legislativo*, Ed Iustel, Madrid, 2008, pág 78; BACIGALUPO, S., “La crisis de la filosofía del sujeto individual y el problema del sujeto en el Derecho penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1999, pág 31. En contra, PEREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en el fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, 1990, pág 168; FEIJOO SANCHEZ, “la normativización del Derecho penal: ¿Hacia una teoría sistemática o intersubjetiva de la comunicación?” En Gómez Jara, (eds) *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Ed Comares, Granada, 2005, pág 445 y ss.

⁴⁸ BACIGALUPO ZAPATER, “La responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas en el Derecho Europeo” en *REV.F.Can.* Núm 89 (1994) pág 229; CARMONA RUANO, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en Bajo Fernández, (dir), *Empresa y Derecho penal I*, Cuadernos del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág 325 y ss; CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, pág 101 y ss; DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal” en Nieto Martin, (coord), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, in memoriam*, vol I, Publicaciones de la Universidad

colectiva e identidad colectiva⁴⁹. Esto es, aparece la cultura empresarial. Infiriéndose, a continuación, uno de los postulados del Derecho penal individual: que a quien se le reconoce la capacidad de cuestionamiento legítimo de la norma se le presupone la capacidad de culpabilidad cuando cuestiona la norma mediante un hecho delictivo⁵⁰.

VI.2.1 MODELOS LEGISLATIVOS

La actividad judicial, la creación de la melodía, a la hora de atribuir la responsabilidad individual, se ve facilitada por una serie de instrumentos: la teoría de la organización. Aunque sería más correcto hablar de las distintas teorías de la organización, respecto de las que NIETO MARTÍN reclama una visión colectiva, reconociendo la utilidad de cada una de ellas⁵¹. Distinguiendo entre las teorías formales que identifican el organigrama de la empresa como la imagen real de la empresa que la caracteriza perfectamente. En la que con la precisión de un relojero se repartirían las tareas y actividades, mediante un sistema de flujo de información que funcione sin fisuras y dirigida la racionalidad de su funcionamiento a la búsqueda del máximo beneficio, con una consecuencia basada en términos de eficiencia, en la que resalta la primacía de la responsabilidad colectiva sobre

de Salamanca, 2001, pág 988 y ss; JAEN VALLEJO, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *RCCP* 1, 1998, pág 69; GARCIA ARAN, “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en Cerezo Mir y otros (eds) *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje a D Angel Torio López*, 1999, pág 330 y ss; ZULGALDIA ESPINAR, “Las penas previstas en el artículo 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y cuestiones prácticas)” en *PJ*, 46, 1997, pág. 339 y ss; ZUÑIGA RODRIGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas*, Ed Aranzadi, Pamplona, 2009, pág 240 y ss; BUCY, “Corporate Ethos: a standar for imposing corporate criminal liability” en *Minn. Law Review*, 75, 1991 pág 1095 y ss; FRENCH, “Integrity, Intentions and Corporations” en *Am. Bus.L.J.*, 34, 1996, pág 141 y ss (estructura empresarial); FOERSCHELER, “Corporate Criminal Intent: Toward a Better Understanding of Corporate misconduct” en *Cal. L. Rev*, 78, 1990, pág 1287 y ss (política empresarial); MOORE, J., “Corporate Culpability Under the Federal Sentencing Guildelines” en *Arz. L. Rev*, 34, 1992, pág 743 y ss (procesos empresariales); QUAID, “The assessment of Corporate Criminal Liability on the basis of Corporate Identity: An analysis” en *Mc Gill. L.J.*, 43, 1998, pág 67 y ss.

⁴⁹ NIETO MARTIN, *La responsabilidad de las personas jurídicas: un modelo Legislativo*, Ed Iustel, Madrid, 2008, pág 78.

⁵⁰ GOMEZ-JARA, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Ed IB de F, Argentina, 2010, pág 26.

⁵¹ NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo Legislativo*, Ed Iustel, Madrid, 2008, pág 68.

la individual, sin perjuicio, que, posteriormente (y, como manifestación del ahorro de costes) se traslade la sanción internamente al individuo⁵². Sin olvidar aquellos que priorizan la responsabilidad individual sobre la colectiva por la facilidad derivada de la propia estructuración similar a la complejidad de la maquinaria de un reloj.

Un segundo grupo de teorías descartan la racionalidad absoluta de las personas jurídicas, concibiéndola como una unidad política, una red en la que cada anclaje de la misma conforma distintas unidades de decisión o de poder, donde cada una compite con las demás. En la que responsabilidad colectiva de la persona jurídica se deduce del tablero de juego en los que se entrelazan pactos y acuerdos entre las distintas unidades de composición de la empresa⁵³.

En este punto, deberíamos retomar la idea de NIETO MARTIN de englobar las distintas teorías de la organización para proyectar una óptica global y enlazarla con las distintas opciones que plantea MINTZBERG en su obra, como parámetros de la responsabilidad colectiva o individual de las personas jurídicas. Este autor centra la conveniencia o no de la responsabilidad colectiva de las personas jurídicas en la elaboración de las pautas de conductas o rutinas, cuya ejecución puede dar lugar a la lesión de bienes jurídicos, distinguiendo entre las líneas medias de los directivos, encargados del diseño de las rutinas y, de la supervisión directa de las mismas llevadas a cabo por terceros de una forma descentralizada. Cuando el control de la actividad se efectúa de forma taxativamente exhaustiva entramos de lleno en la responsabilidad individual. Situaciones en las que los analistas alcanzan un poder informal considerable que lleva reducir el poder discrecional de los ejecutivos de primera línea convirtiéndolos en meros encargados. Adicionando casuísticas en la que los problemas de comunicación que genera la propia maquinaria burocrática, manifestada en que cada trabajador se halle o pueda hallarse encapsulado y aislado en su trabajo, lo que conllevaría a la irresponsabilidad de las personas naturales y decantarse por la imputación de la acción colectiva. Pudiéndonos encontrar, además, con empresas integradas en una red de entidades autónomas, caracterizada por la independencia funcional del resto de divisiones y/o sede central, con capacidad

⁵² Ha sido objeto de críticas, COFFE, “Corporate crime and Punishment: A non Chicago View Of the Economics of criminal Sanctions” in *American Criminal Law Review*, vol 1, 1980, pág 419 y ss; “No soul to damn no body to kick: An unscandalized Inquiry into the problem of Corporate Punishment”, in *Michigan Law Review*, 1981, pág 386 y ss.

⁵³ NIETO MARTIN, *La responsabilidad de las personas jurídicas: un modelo Legislativo*, Ed Iustel, Madrid, 2008, pág 70 y ss; FISSE/BRAITHWAITE, *Corpotations, Crime...op cit*. Pág 102 y ss.

suficiente para tomar las decisiones adaptadas a sus propias actuaciones que determinaría, a la hora de efectuar la imputación, la división como epicentro⁵⁴.

Esto es, situaciones idealmente definidas que generan a priori una imputación colectiva o individual y que, en la práctica, precisa de delimitar las circunstancias del caso concreto a la hora de hablar de responsabilidad individual o responsabilidad colectiva. En definitiva, abogamos por la necesidad de individualizar por el órgano jurisdiccional basándose en los presupuestos legales y, paradigma del caso concreto.

¿Qué fines han de orientar los modelos legislativos? JAKOBS, sostiene que la pena siempre supone la reacción frente al quebrantamiento de una norma. Esta reacción demuestra en todos los casos que se debe respetar la norma quebrantada. La medida en la que se deben considerar cuestiones objetivas (estructura externa del hecho o resultado) o subjetivas (la constitución subjetiva del autor) del quebrantamiento de la norma depende de la configuración de la sociedad.

El quebrantamiento de la norma no es un conflicto relevante por sus consecuencias externas. El derecho penal no puede “reparar” esas consecuencias externas, ya que la pena no es una compensación del daño. El quebrantamiento de la norma, por el contrario, es la contradicción de la norma por un comportamiento. La negación de la norma produce un conflicto social en la medida que se cuestiona la norma como modelo orientativo de conducta. Por tanto, la función del Derecho penal no se debe ver en la evitación de la lesión de bienes jurídicos, sino en la reafirmación de la vigencia o reconocimiento de la norma: “el fin del Derecho penal es el mantenimiento de la vigencia de la norma como modelo de orientación del contrato social”. Este modelo parte de la apreciación de que la sociedad está regulada por normas que generan expectativas respecto de su cumplimiento. Ello conlleva a entender que la imposición de una pena tiene lugar porque no se

⁵⁴ MINTZBERG, *La estructuración de las organizaciones*, traducc Bonner/ Nieto, Ed Ariel, Barcelona, 2009, pág 359, 360, 363, 385, 426, 435. Después de negar la ascendencia de la responsabilidad individual, se plantea el autor, la ascendencia de la misma, basada en la autorresponsabilidad, “¿por qué no exigir que entre el poder indelegable de la sede central esté velar por la instauración de los controles internos oportunos en todas las subdivisiones?”.

puede renunciar en la vida social a orientacione garantistas. Debiendo cumplir la pena un fin preventivo, esto es, la protección de las condiciones de tal interacción social: “la pena se aplica como ejercicio de reconocimiento de la norma, lo que conlleva “ejercicio de la confianza en la norma, el ejercicio de la fidelización al Derecho, y la ejercitación en aceptación de las consecuencias”⁵⁵.

VI.2.2 SISTEMAS DE IMPUTACIÓN

Al hablar de la culpabilidad, la cuestión de cabecera que se suscita es el encuadre en la consideración de acciones típicas de determinadas actuaciones de las personas jurídicas, centrada, fundamentalmente, en la ausencia de acústica de las personas jurídicas, faltas de inteligencia propia, y de los mensajes prohibitivos de las normas generales. Encuadre en el que, únicamente, las personas físicas forman la “voluntad social” y actúan para llevarla a cabo⁵⁶.

Determinar si la responsabilidad recae en el ente, en los representantes o en el titular de la empresa, es una decisión racional de acuerdo a determinadas valoraciones que responden, a las preguntas de ¿cuáles son los fines de la pena? y, ¿a quién se dirige la norma penal? Es una cuestión

⁵⁵ JAKOBS, *Teoría funcional de la pena y la culpabilidad*, Ed Civitas, Madrid, 2008, pág 215.

⁵⁶ MIR PUIG, “Límites del normativismo en el derecho penal” en *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo...* op cit, pág 388, el autor, en comunión con un sector numeroso de la doctrina, considera que el principio de culpabilidad, impide imputar a alguien algo que no ha realizado o decidido personalmente bajo ciertas condiciones de capacidad mental, o cuando menos, dificulta el verbo de imputar a la persona jurídica las conductas de otras personas, pues son las personas físicas son las que realmente han actuado, lo que genera la vulneración del principio de personalidad de la responsabilidad penal.

Para el autor, la responsabilidad colectiva solo es admisible en tanto las consecuencias derivadas de la responsabilidad no posean la gravedad simbólica que caracteriza a la pena criminal. Las connotaciones comunicativas de reproche ético-social que supone la pena criminal fundamenta, únicamente, que han de estar circunscritas a la teoría del delito.

“Las necesidades preventivas que plantea la utilización de formas societarias pueden satisfacerse, sin necesidad de sacrificar aspectos centrales del principio de culpabilidad, previendo medidas específicas para personas jurídicas que, como las medidas de seguridad, estén desprovistas del significado de reproche ético-social de la pena. En este sentido, continua el autor, son totalmente aceptables “las consecuencias accesorias” que permite imponer actualmente el Código penal cuando el delito se cometa utilizando personas jurídicas” *Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas* en RECP 06 (2004) en <http://criminet.urg.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>

Acatando, el autor, posiciones empíricas, cuando critica la imposición de penas a las personas jurídicas que supone una infracción del principio de culpabilidad, en tanto la persona jurídica no puede actuar ni comprender por sí misma.

de imputación, esto es, especificar o determinar a quién hacemos responder por una conducta antijurídica o, dónde recae el deber de garante de los bienes jurídicos en juego⁵⁷.

Habiéndonos aproximado a los problemas que la responsabilidad penal de las personas jurídicas plantea, debemos acercarnos a los sistemas de imputación que ofrecen los distintos ordenamientos jurídicos. “Cómo orientarse en la boscosa selva de los distintos niveles de decisión de una empresa en forma de sociedad mercantil, desde los más bajos peldaños de actuación hasta los más altos cargos directivos para decidir a quién o quienes y en qué grado corresponde atribuirle la responsabilidad penal por los daños producidos?”⁵⁸ Esto es, donde ha de recaer el deber de garante de los bienes jurídicos en juego.

El *sistema de transferencia de responsabilidad*: donde se aparta o se excluye la responsabilidad individual, donde no se tiene en consideración la existencia, efectividad o éxito de controles internos y medidas destinadas a prevenir o descubrir la ilicitud de las conductas, orientado, por tanto, a la responsabilidad objetiva, en el que el nexo de causalidad se basa en la comisión de una infracción por parte del agente de la empresa, que se halle en el ejercicio de sus funciones, atribuidas o por cuenta de la empresa; y con la intención de obtener algún tipo de ventaja o beneficio para la empresa⁵⁹.

No existe unanimidad en la doctrina sobre la identificación del agente, convergiendo una triple opción: las infracciones donde rigen el principio de culpabilidad (estricta, teoría de la identificación), aquellas que aprecian la responsabilidad objetiva del delito (amplia, o vicarial) y,

⁵⁷ ZUÑIGA RODRIGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Ed Aranzadi, Navarra, 2009, pág 234.

⁵⁸ HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág 52 y 53.

⁵⁹ DI MAGLIE, *L'Etica e il mercato. La responsabilità penale della società*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, pág 64, 148; BACIGALUPO, S,... op cit, pág 322; ZUÑIGA RODRIGUEZ, *Bases para un modelo...*pág 101; NIETO MARTIN, *La responsabilidad de las personas jurídicas un modelo Legislativo*, Ed Iustel, Madrid, 2008 pág 89.

por último, la intermedia, en las que el modelo de imputación es cercano a la culpabilidad por defecto de organización, en tanto se admite defensa *basadas* en la *due diligence*⁶⁰.

En el derecho español, el artículo 31 del Código penal, acogía la teoría estricta, plasmada en la sentencia *Tesco Supermarkets Ltd v. Natrass* (1972):

“Una persona jurídica puede equipararse al cuerpo humano. Tiene un cerebro y un sistema nervioso central que controla sus movimientos. Tiene también brazos que se mueven de acuerdo a las órdenes de los centros nerviosos. Dentro de la compañía algunos sujetos son sólo simples brazos para trabajar y no representan ni la mente ni la voluntad de las empresas. Otros son administrativos y directores que representan la mente y la voluntad de la organización y controlan sus acciones. Psicológicamente la situación de estos dirigentes es la situación de la empresa y así es tratado por la ley”⁶¹.

Esta posición teórica estricta se fundamenta en el principio de culpabilidad. Los socios podrán ser sancionados indirectamente a través de la sanción al colectivo, cuando el delito lo cometan personas con capacidad de determinar la política empresarial⁶². Esta teoría de la identificación comporta una óptica más relajada, la actuación del agente no ha de ser de “propia mano”, bastando que lo consienta, autorice, o tolere, dando entrada a conductas consistentes en la infracción imprudente de los deberes de supervisión⁶³. (En el derecho de UK, por el contrario, se exige que en el *controlling officer* se constate el elemento subjetivo requerido por el injusto (la intención, la imprudencia, la negligencia). Con un extra más, la imputación de la empresa tendrá lugar, únicamente, cuando su capacidad de decisión es autónoma, no está sometida a supervisión⁶⁴.

⁶⁰ NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 90; LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pág 150.

⁶¹ NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 91.

⁶² NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 91.

⁶³ GOMEZ-JARA, *La responsabilidad penal de las empresas...*pág 51; NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 93.

⁶⁴ NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...*op cit, pág 92.

La última postura es la seguida por la UE, representada en el artículo 31 Bis del Código Penal, donde los agentes pueden ser quienes tienen el poder de representación y autoridad para tomar las decisiones, (*controlling officers* en sentido estricto), así como quienes tienen autoridad para ejercer controles, y, donde los delitos imputados a la persona jurídica, podrán ser, tanto los realizados de propia mano por estos sujetos, como los cometidos por personas sujetas a su supervisión, siempre que se constaten la concurrencia de los otros dos requisitos (actuación dentro de las funciones o atribuciones de la empresa y obtención de beneficio económico para la misma). Esta duplicidad en la concepción del agente tiene su manifestación en la fijación, por parte de la regulación europea, de una doble escala de gravedad, dependiendo de si la infracción ha sido cometida por una persona con capacidad de decisión, o, por el contrario, por otro empleado de la empresa, como consecuencia de la infracción del deber de vigilancia.

La primera de las anteriores representa una transferencia del injusto y de la culpabilidad de mayor entidad, debiendo ser objeto de sanciones concretas. La infracción del deber de vigilancia, y la menor intensidad que presenta, determina según la UE a exigir de los estados miembros sanciones disuasorias, proporcionadas y efectivas⁶⁵ DE VERO,⁶⁶

El modelo amplio, por otro lado, faculta la imputación del comportamiento delictivo efectuado por cualquier empleado o administrador, independientemente del lugar que ocupe en la escala jerárquica⁶⁷.

⁶⁵ NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 95 y ss.

⁶⁶ VINCIGUERRA “La struttura dell’illecito” en VINCIGUERRA/CARESA-GASTALADO/ROSSI, *La responsabilità dell’ente per il reato commesso suo interes*, Ed Cedam Padova, Milano, 2004, Pág 19, 22, “El ente responde penalmente no solo de los delitos en los que concurre la culpabilidad. Esa responsabilidad debe extenderse a los directivos, mediante una ficción jurídica, que viene identificada con la mens rea del ente...y extenderse cuando el delito sea cometido por un sujeto en posición “apicale”, incluso a la imputación objetiva del ente por la propia omisión...Existiendo algunas diferencias importantes: el nexo causal entre el delito y la omisión en la dirección o vigilancia, no se haya previsto respecto el sujeto en posición de mero trabajador; no existe el riesgo de elusión fraudulenta del modelo organizativo, por el contrario. Si el autor del delito es un sujeto en posición “apicale”, el ente responde por haber omitido la adopción de medidas de actuación eficaces dentro de un modelo organizativo idóneo para prevenir los delitos de la especie que efectivamente se hubiesen cometido, o por haber omitido delegar en un organismo dotado de autonomía de poder de vigilancia y control la obligación de vigilar el funcionamiento y la observancia del modelo, o porque tal organismo ha operado con omisión o insuficiencia, cuando el delito especificado en la ley, se realiza en interés del ente, aunque el sujeto no sea identificado o imputable, eludiendo fraudulentamente el modelo de organización”.

Doble escala que no se ha adoptado en los países integrantes de la UE (entre ellos España 31 BIS).

⁶⁷ Ver DE MAGLIE, *L’Etica e il mercato. La responsabilità penale della società*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, pág 16; “Corporate Criminal Liability” en *American Criminal Law Review, Nineteenth survey of white collar crime*, Vol 41, 2004, n.º 2, pág 369 y ss; NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 96.

Sin perjuicio, no obstante, de la transferencia de la culpabilidad al agente, de la graduación a la hora de fijar la sanción, reconociendo un diferente grado de culpabilidad en directa relación con la posición que ocupa dentro de la empresa⁶⁸.

Una cuestión que se suscita es la identificación del agente, bastando que se acredite que el autor de la infracción pertenece a la entidad jurídica, aunque no sea posible identificarlo individualmente, la doctrina ha hecho hincapié en la suficiencia de que la resolución judicial considere acreditado “que la dirección de la empresa toleró la falta de medios de seguridad”...”algunos administrativos conocían que los ejecutivos de la zona centro habían participado en reuniones para acordar precios...”⁶⁹.

Adicionándose la polémica o cuestión de la culpabilidad, en relación al artículo 129 del CP⁷⁰, con soluciones que oscilan desde el conocimiento colectivo de la jurisprudencia americana, el dolo (intent) necesario para considerar responsable a una persona individual se extrae de la suma de los conocimientos parciales de diversos agentes⁷¹.

Esta teoría que parte de la atribución del elemento subjetivo de la persona física a la persona jurídica, admite que el dolo o la imprudencia sean el resultado de la agregación de las negligencias o las intenciones particulares⁷² cristalizando en Italia, al permitir que la responsabilidad de las

⁶⁸ LAUFER, “Corporate Bodies and Guilty Minds” en *Emory Law Review*, vol 44, 1994; del mismo autor “Corporate Bodies and Guilty Minds. The failure of Corporate Criminal Liability”, *The University Of Chicago Press*, 2006, pág 654; NIETO MARTIN, A *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 97.

⁶⁹ SHÜNEMANN, “The Sarbanes Oxley Act of 2002: A german perspective” en *Buffalo Criminal Law Review*, Vol 8, pág 38; NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 98.

⁷⁰ FEIJO SANCHEZ, *Sanciones para las empresas por delitos contra el medio ambiente*, Ed Civitas, Madrid, 2000, pág 180 y ss.

⁷¹ FISSE, “Reconstructing Criminal Law: Detenrence, Retribution, Fault, and Sanction”, En *South California Law Review* Vol 56, 1983; GOMEZ-JARA. *La responsabilidad penal...* op cit, pág 40.

⁷² DE MAGLIE, *L'Etica e il mercato. La responsabilità penale della società*, Giuffrè Editore, Milano, 2000 pág 182; NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 99

personas jurídicas pueda establecerse aun cuando el autor de la infracción no haya sido identificado o no sea imputable⁷³.

Cuando hablamos de responsabilidad penal de las personas jurídicas, la responsabilidad no se circunscribe a la realización de conductas autorizadas expresas o tácitamente por la dirección de la empresa o, incluso, similares a las actividades autorizadas, sino que se extiende a aquellas situaciones es las que la relación laboral incrementa el riesgo de comisión del delito y éste se haya realizado en el marco de la actividad del agente. La razón de dicha extensión es la virtualidad del objetivo político criminal, pues, la indicación de la empresa contraria a la comisión de hechos delictivos provocaría la evasión de responsabilidad de la persona jurídica⁷⁴. Extensión que se desvirtúa⁷⁵ al punto de desaparecer como requisito, como sucede en el artículo 31bis del Texto punitivo.

Para cerrar el nexo de causalidad se habla en la doctrina de la actuación en interés de la empresa, requisito de naturaleza eminentemente subjetivo que ha ido experimentando un proceso de abstracción, desapareciendo la necesidad de que el beneficio de la empresa sea el objeto exclusivo del agente, así como la realidad o la efectividad de un beneficio a favor del ente jurídico. Bastando la ratificación del comportamiento del agente por parte de una persona con capacidad de supervisión, se concibe cometido en su interés⁷⁶.

⁷³ DE SIMONE, “I profili sostanziali della responsabilità c.d. Amministrativa degli enti. La parte generale e la parte speciale del D. Lgs 8 giugno 2001, n.º 2331” en GARUTI (a cura di) *Responsabilità degli enti ...* op cit, pág 113; VINCIGUERRA, *La struttura ...* op cit, pág 10 y ss.

⁷⁴ DARNACULLETA I GARDELLA, “Developments in the law. Corporate Crime: Regulating Corporate Behaviour Through Criminal Sanctions” en *Harvard Law Review*, Vol 92, 1979, pág 1249 y ss; GOMEZ-JARA, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos procesales y sustantivos...* op cit, pág 35 y ss.

⁷⁵ DE MAGLIÈ, *L'Etica e il mercato. La responsabilità penale della società*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, pág 208, ampliación aceptada por la doctrina que ha ido equiparando la necesidad de actuar en función de la empresa con cualquier delito que tenga como función contribuir a la organización o la consecución de los objetivos de la persona jurídica; VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito...* op cit, pág 23. Este requisito no tiene sentido en un sistema de *numerus clausus*.

⁷⁶ DARNACULLETA I GARDELLA, “Developments in the law. Corporate Crime: Regulating Corporate Behaviour Through Criminal Sanctions” en *Harvard Law Review*, Vol 92, 1979, pág 1250 y ss; GOMEZ-JARA, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos procesales y sustantivos...* op cit, pág 36 y ss; DE SIMONE, “I profili sostanziali della responsabilità c.d. Amministrativa degli enti. La parte generale e la parte speciale del D. Lgs 8 giugno 2001, n.º 2331” en GARUTI (a cura di) *Responsabilità degli enti ...* op cit, pág 102; VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito ...* op cit pág 12 y ss; DE MAGLIÈ, *L'Etica e il mercato. La responsabilità penale della società*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, pág 208.

Una las críticas que experimenta el sistema vicarial, como consecuencia de su esencia de responsabilidad objetiva y de las exigencias de autorregulación, se centra en la admisibilidad, desde un punto de vista constitucional del principio de culpabilidad, de atender y apreciar los esfuerzos de la empresa para adecuar su actividad a los mínimos esenciales del buen ciudadano, así como prevención de las actividades ilícitas, a la hora de exigir y fijar la responsabilidad de las mismas⁷⁷. En definitiva, nos planteamos si existe identidad o equivalencia en la culpabilidad de las personas físicas y la culpabilidad de las personas jurídicas.

No estamos ante una cuestión de solución sencilla o en la que haya unanimidad en la doctrina a la hora de obtener o de alcanzar una solución.

NIETO MARTIN, partiendo del fundamento último de la culpabilidad como el respeto a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, enmarcado en el artículo 10 de la CE, otorgándole la naturaleza de derecho fundamental⁷⁸, niega que la culpabilidad de las personas físicas y jurídicas tenga la misma relevancia y contenido constitucional, pues si las personas jurídicas no dejan de ser, en último y en primer término, los medios u objetos puestos al servicio del hombre para que pueda alcanzar sus fines, difícilmente, podrán gozar de un derecho derivado de la dignidad (valor que impide la objetivización del ser humano)⁷⁹. Abogando por trasladar a las personas jurídicas un sistema de culpabilidad de organización⁸⁰, distinto de la interdicción de la responsabilidad objetiva, que enriquezca las posibilidades de defensa de la persona jurídica,

⁷⁷ NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 114.

⁷⁸ NIETO MARTIN, *El conocimiento del derecho (un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición)*, Ed Atelier, Barcelona, 1999, pág 32. Considera el autor que “la dignidad personal requiere del *ius punendi* que el hombre sea tratado según sus decisiones, manifestaciones o intenciones, o lo que es lo mismo, que no sea degradado a la categoría de objeto”...” e igualmente resulta necesario tener en cuenta su capacidad y posibilidad de motivación, a través del error y la inimputabilidad. Sancionar penalmente a quien no estaba en condiciones de ser motivado, supone desconocer que la atribución de responsabilidad penal únicamente puede hacerse como consecuencia de un comportamiento autorresponsable. El libre desarrollo de la personalidad por su parte impide elevar el reproche atendiendo a la forma de ser o haber llegado a ser”.

⁷⁹ NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 119.

⁸⁰ NIETO MARTIN, *Fraudes Comunitarios*, Ed Praxis, Barcelona, 1996, pág 205 y ss la justificación de la culpabilidad por defecto de organización no deja de ser un defecto que ha provocado la fragmentación de conocimientos individuales. DE MAGLIÉ, *L'Etica e il mercato. La responsabilità penale della società*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, pág 354; GOMEZ JARA, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 42.

consagrando una formulación del principio de culpabilidad que proporcione un mayor grado de equivalencia funcional con el existente en las personas físicas⁸¹.

El examen del sistema vicarial, desde el punto de vista de la política criminal, enriquece las objeciones al mismo, al extender el derecho penal individual (en situaciones de dificultad en la identificación del responsable dentro de la empresa, con la consiguiente responsabilidad del superior) a fronteras criticables, que se relajan cuando su fundamento lo halla en la falta de vigilancia. En el que la teoría de la identificación, o, un concepto estricto del agente, fomenta la aparición de “chivos expiatorios” con los consiguientes posibles errores judiciales. Sin olvidar las dificultades que plantean las entidades jurídicas de naturaleza internacional o transnacional, que genera la ineficacia del sistema, ante las dificultades que se suscitan para identificar la cúspide. Disminuyendo, con ello, uno de los objetivos que pretendía alcanzar la responsabilidad objetiva, aumentar la eficacia del ordenamiento jurídico como consecuencia de la globalización⁸². En este punto, el sistema vicarial acredita su eficacia a la hora de incentivar la incorporación de sistemas de organización que dificulten la comisión de hechos delictivos, mas esta eficacia se diluye tras la comisión de la infracción, el reconocimiento de la inevitabilidad de la sanción ante la empresa acrecienta las actitudes opacas ante la actuación de los órganos jurisdiccionales⁸³.

En el que el elemento de “fin de la empresa” se concibe como un haz de riesgos derivados de la gestión empresarial sobre los que se proyecta los deberes de autoorganización, pero desde la propia naturaleza de la relación, pues existe una relación con la empresa cuando la relación laboral incrementa el riesgo de realización del delito⁸⁴.

⁸¹ NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 119.

⁸² NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 120 y ss.

⁸³ En el mismo sentido, NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 123; ARLEN/KRAAKMAN, “Controlling Corporate Misconduct: an analysis of corporate Liability Regimes” en *New York University Law Rew*, vol 72, pág 707 y ss, habla del perverse efect., pág 605, en las que la empresa es la principal interesada en ocultar los hechos, dando lugar a medidas de organización por parte de la empresa de naturaleza de “mera cosmética”, quedando patente el interés de la empresa en eludir su responsabilidad.

⁸⁴ NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 125. Para el autor, existe una tendencia clara hacia mecanismos híbridos, por los que se decanta, siempre que la responsabilidad de la empresa se base en la infracción interna de los deberes de vigilancia y control, y, que pueda ser realizado por agentes que además no es preciso identificar exactamente.

-Sistema de culpabilidad de la empresa, conformándose como mecanismos de asignación de responsabilidad donde la idea de transferencia se halla ausente.

Dentro de ella, los modelos que centran la responsabilidad en el defecto o fallo de la organización, cuya concreción se orienta a lo que cabe exigir a una empresa en circunstancias semejantes, desapareciendo la persona individual y la relación causal, establecen su fundamento directamente entre el defecto de organización y el resultado⁸⁵. Su actuación es subsidiaria, moviendo ficha en el tablero de la responsabilidad del tipo penal, cuando no sea posible transferir la responsabilidad la teoría de la identificación. Ello se traduce en la asunción de la culpabilidad propia de la empresa, estableciendo, a su vez, un delito doloso y otro imprudente en el ámbito de la responsabilidad colectiva⁸⁶. Conducta imprudente que aparece con la actuación negligente, en el supuesto de no hallarse el proceder imprudente del agente individual, de la propia empresa, cuya culpabilidad se palpa por la actuación imprudente en su conjunto (gestión inadecuada, supervisión ineficaz, omisión en el establecimiento de un canal de información interno eficaz destinado al personal dirigente), traducándose, en definitiva, en un defecto de organización.

La conducta dolosa desembarca en el *ethos corporativo*, actuando como resorte de la comisión de hechos delictivos individuales, esto es, como factor criminógeno. En los que, la cultura corporativa desviada comprende la tolerancia y/o autorización (a priori, posteriori, tácita) por parte de los superiores, extendiéndose a políticas propias o una determinada cultura corporativa⁸⁷.

⁸⁵ NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 129.

⁸⁶ DE MAGLIÈ, *L'Etica e il mercato. La responsabilità penale della società*, Giuffrè Editore, 2000, pág 158 .En la que se fija la responsabilidad individual fuera del hecho delictivo de una personas física, de su *brain area* que se transfiere a la jurídica, internándose en la *culpa in vigilando* del órgano delictivo que ha permitido la actuación imprudente de un subordinado. Para NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 131, se concibe como un sistema de imputación en dos fases: la primera es preciso demostrar la existencia del tipo penal realizado por un agente de la organización, cualquiera que sea su categoría y sus funciones. Una segunda fase en la que presenciamos un puente entre la teoría de la identificación hacia la teoría de la culpabilidad de empresa. Puente que habrá de ser expreso, tácito o implícitamente autorizado o permitido.

⁸⁷ NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 130 y ss; Para el estudio de la conducta desviada ha de realizarse de forma casuística, para ello, podemos tener presente los siguientes autores: LAUFER, "Corporate Bodies and Guilty Minds", en *Emory Law Rev*, vol 44, 1994; del mismo autor," Corporate Bodies and Guilty Minds: The failure of Corporate Criminal Liability"; en *The University Of Chicago Press*, 2006, pág 666, y 679 y ss; BUCY, "Corporate Ethos; A standar for Imposing Corporate Criminal Liability", en *Minnesota Law Review*, vol 75, 1991, pág 1095 y ss; MOORE, "Corporate Culpability under the Federal Sentencing Guidelines" en *Arizona Law Review*, 1992, pág 767 y ss.

Ahora bien, no existe unanimidad en la doctrina, ni en la legislación a la hora de calificar la culpabilidad, agrupándose en⁸⁸:

- Culpabilidad de empresa como cultura corporativa desviada⁸⁹.
- Culpabilidad de empresa como defecto de organización⁹⁰
- Culpabilidad de empresa como ausencia de un comportamiento postdelictivo adecuado⁹¹.

La culpabilidad se produciría por el comportamiento antijurídico de su representante si era razonablemente previsible que una política o práctica corporativa pudiera conducir al delito”, “cuando un acto ilegal fue cometido, autorizado, ordenado o aprobado por un alto directivo de la organización”, “cuando ha existido una ratificación o aprobación implícita del comportamiento antijurídico del representante”.

⁸⁸ Clasificación efectuada por GOMEZ JARA, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 69 y ss; NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 146; LAUFER, “Corporate Bodies and Guilty Minds”, en *Emory Law Rev*, vol 44, 1994; del mismo autor, *Corporate Bodies and Guilty Minds: The failure of Corporate Criminal Liability* en The University Of Chicago Press, 2006, pág 665 y ss.

⁸⁹ GOMEZ-JARA *La culpabilidad penal...* op cit, pág 248 y 273, adicionándosele la ética empresarial, es el buen ciudadano corporativo, manifestado por la implantación en la organización empresarial de una cultura corporativa de cumplimiento del derecho mediante los mecanismos adecuados para controlar su propia actividad, evitando la producción de riesgos en el entorno social, de modo, que pueda evitarse la imputación personal a la empresa los hechos realizados por alguno de sus empleados, o la lesión de los bienes jurídicos; Por su parte, NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 144, considera que es preciso distinguir entre los supuestos en los que la organización empresarial es responsable por el riesgo que genera, aunque no exista un responsable individual, de aquellos otros, no de la transferencia de culpabilidad del hecho cometido por alguno de sus miembros, sino de no haber evitado la comisión del ilícito.

⁹⁰ GOMEZ JARA, *La culpabilidad penal...* op cit, pág 223 y 226; del mismo autor *La responsabilidad penal de las empresas en los EEUU...* op cit, pág 19 y 248 compatibiliza en principio dos mundos sin relación inicial entre si, la ética de la empresa y la teoría de los sistemas. En el que el concepto de acción no es el epicentro del sistema social, sino el de comunicación, la comunicación entre los sistemas autopoieticos. Con un límite a la capacidad de configuración del legislador, pues la cualidad de persona dentro del sistema penal, solo puede atribuirse cuando existe autoconciencia, lo que precisa de cierta complejidad en la estructura de la empresa (considerando imputable a la empresa por debajo de este umbral de complejidad). Desde el punto de vista ética de la empresa, el autor se centra en la noción de buen ciudadano corporativo HEINE, mencionado por GOMEZ-JARA, *La culpabilidad penal de la empresa...* op cit, pág 139 y ss; BACIGALUPO SAGESSE, *La responsabilidad penal...* op cit, pág 182 y ss. Heine acota la responsabilidad penal de las personas jurídicas a un modelo delimitado por los grandes riesgos, en el que no se habla del tipo delictivo sino de las consecuencias de la realización del tipo delictivo, daños, peligros. Con base en un modelo de “causalidad relajada”, en el que no se refiere a un momento concreto en el que se produzca el daño sino que se acoge a una “culpabilidad duradera” por una conducción defectuosa de la empresa, al no mantener una organización adecuada de forma constante que impida cumplir con los deberes de aseguramiento del riesgo. Esto es, no se centra en el día concreto en el que se materializa el daño, sino en cómo se venía organizando la actividad empresarial.

NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 146 y ss, se adhiere a la culpabilidad de la empresa como defecto de organización, pues, la empresa no sólo ha de adoptar medidas para alcanzar sus objetivos económicos o de política empresarial, ha de organizar su actividad para cumplir las obligaciones legales. Responsabilidad que aparece ante dos tipos de riesgos: los que surgen directamente frente a bienes jurídicos colectivos o individuales (incluso si no es posible acreditar un comportamiento individual reprochable) y, los segundos, aparecen ante conductas delictivas, dolosas o imprudentes, realizadas por sus empleadas.

⁹¹ FISSE, “Reconstructing Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault and Sanction”, en *South California Law Review*, Vol 56, 1983, pág 140; FISSE/ BRAITHWAITE, “Corporations, Crimen and Accountability”, en *Cambridge University Press*, 1993, pág 146. Estos autores parten de la estructura temporal de la culpabilidad de la empresa, distinguiéndola de la culpabilidad del individuo, si ésta resulta de la suma de dos elementos: acción y sanción. La responsabilidad de la empresa adiciona un tercer elemento intercalándolo entre los dos anteriores, de modo que, gráficamente, la responsabilidad penal de la empresa se formaría por la suma de: la acción individual, la reacción de la

- Culpabilidad de empresa como culpabilidad por el carácter o culpabilidad por la conducción de la empresa.

La culpabilidad de la empresa como defecto de organización engarza directamente con las políticas criminales que fomentan o motivan la *autorregulación*, Nos hallamos ante una manifestación del derecho reflexivo o, pieza de cierre del sistema en el que se implanta el deber de las empresas de colaborar con el Estado a fin de asegurar la eficacia del derecho, redistribuyendo los costes que conlleva la persecución y el enjuiciamiento de comportamientos delictivos⁹². Culpabilidad de la empresa que elude la naturaleza efímera del acto, apostando por la permanencia o habitualidad del comportamiento⁹³, con el consiguiente reflejo en la secuencia temporal de la realización del *iter criminis*, pues ya no se trata de determinar qué puesto o posición ocupa en el camino criminal, si como autor o partícipe, sino qué instrumentos dogmáticos sirven para individualizar responsabilidades cuando son varios los intervinientes en un hecho delictivo. Se estructuran a partir de un comportamiento con conciencia y voluntad de una persona física, respondiendo los demás intervinientes en la medida que se alejan de ese hecho central (teoría de la accesoriad⁹⁴). En definitiva, no se centra en si el ilícito penal se ha consumado o se halla en grado

empresa y la sanción, en su caso. Se deduce como elemento esencial la actividad posterior de la empresa ante el comportamiento delictivo, supone, por ende, “la no adopción de medidas preventivas o correctivas satisfactorias como respuesta a la comisión de un *actus reus* o un delito por los empleados cuando actúen por cuenta de la corporación” Pues la reacción posterior ofrece una imagen clara de cuál es el espíritu corporativo, omitiendo con ello, la facilidad de engaño al órgano jurisdiccional que supone las medidas previas o preventivas”...”el delito de incumplimiento grave posdelictual requerirá la prueba de la culpabilidad de la empresa, entendida como política empresarial implícita o explícita de infracción deliberada o desconsiderada del deber legal de emprender medidas preventivas o reactivas. Se trata de una justicia dialogada o de control social dialogado entre el Estado y la empresa BRAITHWAITE “Corporate Crime and Republican Criminological Praxia”, en PEARCE/SNIDER, (eds) *Corporate Crime. Contemporary Debates in University of Toronto, Buffalo, London*, 1995, pág 48 y ss; Estamos por tanto, no ante un hecho concreto, sino ante el modo defectuoso de conducir la empresa en relación a determinados riesgos colectivos, NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 135; DE MAGLIÈ *L'etica e il mercato. La responsabilità penale della società*. Ed Guiniffrè, Milano, 2002, pág 166; GOMEZ-JARA, *La responsabilidad penal...* op cit, pág 73 y ss.

⁹² En el mismo sentido, GOMEZ-JARA, *La culpabilidad penal...* op cit, pág 283 y ss; NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 147 y 149. Este autor ha manifestado que, un modelo no intervencionista de autoorganización, dificultaría intensamente la función del juez, a la hora de evaluar en el proceso penal la razonabilidad o eficacia del modelo de organización, fomentando con ello la inseguridad jurídica por la indeterminación natural de la propia materia.

⁹³ En parecidos términos, NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 152, el comportamiento que motiva la responsabilidad de las personas físicas no es la lesión del bien jurídico o la conducta de la persona física, sino el déficit de autorregulación; GOMEZ-JARA, *La culpabilidad penal...*op cit, pág 279, incide en la distinta dimensión temporal, no directamente afectante a la culpabilidad sino al ámbito normativo, en el que la sucesión temporal naturalística no tiene relevancia por si misma.

⁹⁴ ZUÑIGA RODRIGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas* Ed Aranzadi, Navarra, 2009, pág 222.

de tentativa, sino de abstraerse del hecho en sí mismo y enfocar el juicio de reproche a la continua distorsión del tablero de juego⁹⁵.

La opción doctrinal que venimos examinando extiende su influencia a la graduabilidad de la culpabilidad manifestada en dolo y la imprudencia, que no dejan de ser hechos subjetivos reales⁹⁶. Subjetividad que ha de ser valorada a través de criterios de intencionalidad y representación, esto es, el componente psíquico conforma su esencialidad.

El injusto y la culpabilidad, los dos ejes de la responsabilidad penal, han sido concebidos tradicionalmente como categorías en atención a la persona individual o persona física dotada de voluntad⁹⁷. Mostrándolos la realidad, como actores propios del modelo individual, insuficientes para acomodar la responsabilidad penal del ente colectivo⁹⁸. En este escenario, los esfuerzos doctrinales se han dirigido a asentar un puente entre las orillas de la existencia etérea de la persona jurídica y, el necesario elemento psíquico presente en la graduabilidad. Un puente que no deja de reflejar la porosidad del suelo en el que se asientan los pilares del Derecho penal cuando mira hacia la responsabilidad del ente colectivo. FOFFANI, recalca esta flexibilización de categorías penales a la que estamos asistiendo: “se va experimentando formas de hibridismos allí donde se ha acogido la opción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el Derecho penal ha tenido que renunciar (o cuando menos adaptar) algunas de sus categorías tradicionales...”⁹⁹.

⁹⁵ En similares términos, NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 155. Aún reconociendo la naturaleza contraria a derecho en el Derecho penal de autor de esta equiparación de los integrantes del iter criminis, defiende la no identificación como una consecuencia de la consideración del defecto de organización como punto clave del pensamiento. En contra GOMEZ-JARA, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, argumenta a favor de la diferenciación de autoría y participación.

⁹⁶ DIAZ PITA, “La presunta inexistencia del elemento volitivo del dolo y su imposibilidad de normativización”, en *RP*, núm 17, 2006, pág 59 y ss.

⁹⁷ ZUÑIGA RODRIGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas* Ed Aranzadi, Navarra, 2009, pág 236.

⁹⁸ En este sentido, podemos traer las palabras de DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Ed Giuffrè, Milano, 2004, pág 48, “en el plano de las definiciones generales del ilícito penale, no es más correcto afirmar que el delito es siempre y necesariamente un hecho humano, antijurídico y culpable, sancionado con una pena. Delito, más bien, es el hecho típico, antijurídico y culpable de una persona física o jurídica, sancionado con una pena”.

⁹⁹ FOFFANI, “Bases para una imputación subjetiva de la persona moral: hacia una culpabilidad de las personas jurídicas?” En BOIX REIG/BERNARDI (cood) *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Ed Iustel, Madrid, 2005, pág 307.

Algunos de los mencionados esfuerzos doctrinales se han encaminado a normativizar los elementos subjetivos (del tipo). Concibiéndose el dolo o la imprudencia como conceptos normativos que se determinan mediante el juicio de un profano a la vista de las circunstancias ¹⁰⁰.

FISSE/BRAITWAITE se centran en el conocimiento como criterio delimitador del dolo y la imprudencia. Al primero, lo denominan intención corporativa, al segundo, negligencia corporativa y se da cuando se produce una interrupción de la comunicación o cuando las organizaciones padecen una falta de cuidado colectivo¹⁰¹.

Para NIETO MARTIN, el modelo de culpabilidad es coherente con el principio de proporcionalidad que impera en nuestro ordenamiento jurídico. Una culpabilidad propia conlleva a un grado menor de restricción de la libertad, exigiendo una organización de la empresa que tienda a evitar o disminuir razonablemente los riesgos delictivos o lesivos que emanan de su actividad, no sólo de forma aséptica o en “papel” sino también una implicación moral, o, en palabras del autor, “se instaure una auténtica cultura destinada a fomentar en su actividad los valores que encarna la ley”, frente a la responsabilidad absoluta (tanto individual como colectiva) propia del sistema vicarial, que relaja el interés real de la empresa en la evitación de los resultados lesivos, al no hallar vía de escape ante la posible realidad de la sanción cuando se produce el resultado lesivo o peligroso¹⁰².

¹⁰⁰ FEIJOO “La distinción del dolo imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo” en *CPC*, núm 65, 1998, pág 229.

En el mismo sentido, RAGUESI VALLES, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Ed, Bosch, Barcelona, 2000; LAUFER, “Corporate Bodies and Guilty Minds” en *Emory Law Rev*, vol 44, 1994, pág 654 y ss. Para este autor la responsabilidad penal de las personas jurídicas no puede desvincularse de la responsabilidad del hecho, pues, si la culpabilidad del individuo depende de sus procesos mentales, la culpabilidad corporativa puede basarse en sus procesos internos. Exigiendo que la culpabilidad esté presente y circunscrita al momento de la realización del hecho. El estado subjetivo de la empresa, su mente culpable, ha de determinarse mediante la prueba de elementos externos del hecho, indicios de la razonabilidad, tanto externa (la que una empresa media en las mismas circunstancias tendría) como interna (el juicio de razonabilidad de la propia conducta de la empresa adecuándola a la razonabilidad externa).

¹⁰¹ FISSE/BRAITHWAITE, *Corporations, Crime, and Accountability*, Ed Cambridge University Press, Cambridge, 1993 pág 33.

¹⁰² NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 150.

La valoración positiva del comportamiento del sistema de culpabilidad de la responsabilidad corporativa, supone, desde el punto de vista del derecho penal individual, una confrontación al sistema democrático basado en el derecho penal de autor. Así mismo, la inclusión del comportamiento postdelictual¹⁰³ como un elemento natural a tener en cuenta a la hora de fijar la culpabilidad de la persona jurídica, frente a la culpabilidad individual en la que queda relegado a materia de política criminal, permite afirmar la bipolaridad de la responsabilidad penal, individual y corporativa¹⁰⁴.

¹⁰³ DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento post delictivo*, Universidad de León. Secretariado de Publicaciones, 1985.

¹⁰⁴ FEIJOO SANCHEZ, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*. Ed Civitas, Madrid, 2002, pág 85 nota 85; GOMEZ-JARA, *La culpabilidad penal...* op cit, pág 184; ZUÑIGA RODRIGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas* Ed Aranzadi, Navarra, 2009, pág 234 la responsabilidad colectiva aborda las limitaciones de la responsabilidad individual (que no es idóneo para responder al núcleo de criminalidad de las empresas, esto es, prevenir los comportamientos organizacionales, las políticas de grupo, la organización de la empresa que genera un peligro para los bienes jurídicos).

No obstante las críticas doctrinales, son numerosos los ejemplos legislativos que contienen deberes de organización interna para las empresas. A título ejemplificativo, podemos señalar la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de seguridad e higiene en el trabajo. El RD 39/1997, de 17 de enero, de servicios de prevención de riesgos laborales. El RD 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados y registros obligatorios, contempla normas de comportamiento que deben elaborar las entidades que se dedican a la intermediación financiera, para evitar conflictos de intereses con los inversores. El RD 2207/1995, por el que se establecen las normas de higiene en los productos alimenticios.

En el marco jurídico norteamericano pronto se hizo eco, impulsando la ética empresarial y la autoregulación como alternativa a la intervención del legislador, en este aspecto destacar: AYRES/BRAITHWAITE, *Responsive, Regulation. Transcending the deregulation debate*, en Oxford Socio-legal Studies, Oxford University press, 1992, pág 3 y ss; BRAITHWAITE, "The new regulatory state and the transformation of criminology", en *British Journal of Criminology*, núm 40, 2000, pág 222 (muestra las implicaciones que esta polémica tiene para el Derecho penal y no solo para el Derecho penal económico). El desplazamiento del derecho hacia el fortalecimiento de la ética de empresa, aunque cada vez, con una mayor acogida en los distintos ordenamientos de los países europeos, no deja de acontecer su crítica, en países eminentemente de tradición intervencionista, con manifestaciones de escepticismo o preocupación ante el clima favorable que aporta la organización empresarial a la hora de adaptar las distintas normativas a su favor a las necesidades empresariales de alcanzar los objetivos propuestos, en este sentido, WEBLY, "Business ethics: a SWOT, exercise" en *Business Ethics: A European Review*, vol 10, núm 3, july, 2001, pág 267. La situación es España, ARGANDOÑA, "Business Ethics in Spain", en *Journal of Business Ethics*, vol 22, 1999, pág 155 y ss; GUILLÉN/MELE/MURPHY, "European vs American approaches to institutionalisation of Business Ethics: the spanish case" en *Business Ethics: A European Review*, vol 11, núm 2, april, 2002, pág 167 y ss.

La ética empresarial, que en un primer momento aparece como planteamiento distinto al voluntarismo jurídico, en la práctica es complementario al comportamiento colectivo desviado, conformando, por un lado, la incentivación de una estrategia de cooperación entre administración, órganos de persecución y empresas, fuera del recelo que se genera in natura, por la propia posición ocupada, entre ellos, y de otro, incentiva una cultura ética mediante la promoción de la responsabilidad social de la empresa, la elaboración de programas éticos que establezcan las pautas, o el marco de actuación cuando la ley se agote. Esto es, los códigos éticos no surgen como alternativa a la ley, sino como complemento de la misma e instado por la misma, como un medio de intervencionismo a distancia. NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 218, 220, 224.

La manifestación de la ética empresarial la hallamos en los códigos éticos formulados por la dirección empresarial, con el objeto de promover el respeto formal a la legalidad, y, la generación de una cultura empresarial que asuma como propia la gestión ética. MALEN SEÑA "Códigos éticos y la lucha contra la corrupción" en ARROYO/NIETO, *Fraudes y corrupción en el derecho penal económico europeo. Eurodelitos de fraude y corrupción*. Ed Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, (En relación a la elección de los principios éticos que han de inspirarlos y el proceso de elaboración LOZANO, "Proposal of a model for the elaboration of ethical codes based on discourse ethics", en *Business Ethics: A European Review*, vol 10, n.º 2, april 2001, pág 157 y ss; BRINKMANN/KNUT, "Good

VI.2.3. DERECHO DISPOSITIVO.

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, introdujo en el Ordenamiento Jurídico español la responsabilidad penal directa e independiente de las personas jurídicas, responsabilidad que únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea¹⁰⁵.

intentions aside: drafting a functionalist look at codes of ethics”, en *Business Ethics: A European Review*, vol2, n.º3 July 2003, pág 265 y ss) . Materializadas en una serie de claves en compás empresarial, la valoración del riesgo acotado al ámbito de las infracciones más frecuentes que se producen en la propia empresa. El control de actividades que aseguren la efectividad de las decisiones de la dirección de la empresa adoptadas en el marco del desarrollo del código ético. La creación de sistemas de información, a través de los cuales se va a acreditar la eficacia de los sistemas de control. El examen permanente de la efectividad de las anteriores NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 228 y ss.

La autorregulación coexiste, como ya se avanzó, con la actuación administrativa y legal. En el panorama español hallamos una pluralidad de respuestas a esta coexistencia: incentivando positivamente a la autorregulación, mediante sistemas a los que las empresas voluntariamente pueden adherirse (art 1 del Reglamento de la CE 1863/93, del Consejo, permite a las empresas del sector industrial que se adhieran con carácter voluntario al sistema comunitario de gestión y auditoría ambientales); estableciendo los principios generales que las empresas han de desarrollar, incentivando la participación de los diversos agentes sociales (en materia de prevención de riesgos laborales, la intervención de los representantes de los trabajadores o la intervención del inspector de trabajo); la creación de expertos para la concreción de directrices básicas; sin olvidar las tradicionales autorizaciones ex ante o revisión ex post. Poniendo de relieve las múltiples relaciones existentes entre la ley, la administración pública, las empresas y los diversos agentes sociales. Interacción que cristaliza en la doctrina en el Tripartim, dando entrada en la creación de las normas de organización a portadores de intereses públicos. Nos hallamos ante un camino intermedio de autoorganización, al fijar conceptos generales que precisan el posterior desarrollo reglamentario del trabajo exquisito de individualización del juez. En el modelo de self enforcement, no se limita a ser un mero partícipe de la creación de conceptos intermedios, sino que adopta funciones de policía, no sólo se limita al descubrimiento de las infracciones sino que ofrece una paleta muy amplia de medios coercitivos con los que responder ante la conducta infractora con matices de graduabilidad en proporción a la conducta infractora. Por último, el modelo partial industry regulation, el Estado se limita a regular determinadas empresas del sector, que servirán de espejo reflejando las bondades de la regulación al influenciar positivamente a las demás entidades del sector o, por el contrario, reflejar la conducta infractora o deficiencias de las no reguladas. AYRES/BRAITHWAITE, *Responsive regulation. Transcending the Deregulation Debate*, en Oxford Socio legal Studies, Oxford University Press, 1992, pág 74, 120, 123, 133. 159 y ss.

¹⁰⁵ Se opta, por tanto, por un sistema de numerus clausus, de modo que la responsabilidad penal de las personas jurídicas solo podrá ser declarada con respecto a un catálogo cerrado de delitos previsto legalmente: tráfico ilegal de órganos-156bis, trata de seres humanos, 177bis; delitos relativos a la prostitución y trata de seres humanos; 189bis, delito de descubrimiento y revelación de secretos- 197 quinquies; delito de frustración en la ejecución- 258 bis insolvencias punibles –artículo 261 bis-, delitos de daños informáticos art 264 quater; delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores –artículo 288; delito de blanqueo de capitales –artículo 302; delitos de financiación ilegal de partidos políticos -304bis; delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social –artículo 310 bis; delitos urbanísticos –artículo 319; delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros – artículo 318 bis; delitos contra el medio ambiente –artículos 327 y 328; delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes -art 343; delitos de riesgo provocados por explosiones -art 348; delitos contra la salud pública en la modalidad de medicamentos art 366 y en la modalidad de tráfico de drogas -art 369 bis; delitos relativos a la falsificación de moneda -386; delitos relativos a la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viajes, -art 399.bis; delito de cohecho, -art 427bis; delito de tráfico de influencias- art 430; delitos cometidos en el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución-510bis; delitos de financiación del terrorismo -art 576.

Igualmente, en el ordenamiento italiano, le ipotesi di reato per le quali scatta la doppia valutazione di responsabilità sono tassativamente preindividuate negli articoli qui in commento ROSSI, “Le sanzioni dell’ente” in *La responsabilità*

Respondiendo, de este modo, al estricto cumplimiento del principio de legalidad proclamada en la Constitución.

Equiparándose el ordenamiento español a la extinción del aforismo “societas delinquere non potest”¹⁰⁶, como ya sucedió, anteriormente, en países como Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Finlandia, Holanda, Portugal, Suecia, etc. El texto penal introduce en la partitura musical, marco y guía para la determinación de la pena e individualización armonizadora, la responsabilidad penal para las personas jurídicas, nexa para la imposición a éstas de determinadas sanciones penales una vez verificado el cumplimiento de los requisitos legales. Esta responsabilidad, no sustituye a la responsabilidad de la correspondiente persona física, sino que, por el contrario, se acumula a ésta, se combinan creando un binomio de responsabilidad en el que las partes interactúan con identidad propia, de forma que, la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física¹⁰⁷.

VI.2.3.1 CUESTIONES SUSCITADAS

Este binomio de responsabilidad suscita algunas cuestiones:

del ente por il reato commesso nel suo interesse, (dire) VINCIGUERRA, Ed Cedam Padova, Milan, 2004, pág 41; también, VINCIGUERRA, “La struttura dell'illecito” in *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Ed Cedam Padova, Milan, 2004, pág 9, “los entes no responden de cualquiera de los delitos cometidos por personas físicas, sino solo de aquellos fijados por la ley”.

¹⁰⁶ CORDOBA RODA/GARCIA ARAN, (Dir) *Comentarios al CP. Parte general*. Ed Marcial Pons, Madrid, 2011, pág 388, el principio de societas delinquere non potest permitía dos situaciones de impunidad, por un lado la de hechos definidos como delito, atribuible a personas jurídicas que se beneficiaban de ello, pero que no puedan ser imputado a una persona física concreta (por la propia división interna de la actividad laboral, por las complejas relaciones entre empresas que facilitan o propician la ocultación de las responsabilidades de la penales, de modo que el proceso penal no se iniciaba o finalizaba en un archivo). ; de otro lado, hechos materialmente imputable a las personas jurídicas, en las que se identificaba una persona física que resultaba sancionada a modo “de chivo expiatorio” sin que la persona jurídica sufra sanción alguna.

¹⁰⁷ En este mismo sentido, ROSSI, “Le sanzioni dell'ente” in *La responsabilità del ente por il reato commesso nel suo interesse*, (dire) VINCIGUERRA, Ed Cedam Padova, 2004, Milan, pág 42, entiende que existe una “fragmentación de lo tradicionalmente reconocido, que atiende a la inmediata identificación de la tipología criminal sobre la base de la selección de la modalidad empíricamente relevante a la hora de agredir ciertos bienes jurídicos” “puesto que preexisten determinadas figuras criminales ya identificadas con puntuales formas de agresión y posteriormente individualizado, que merecen este tipo de clonación o en todo caso un aumento considerable de este complejo de efectos, y se representa en la responsabilidad directa de las entidades colectivas que se añade a la de los individuos”.

VI.2.3.1.1 *Principio de personalidad de las penas*. La imposición de una pena por el órgano jurisdiccional dentro del marco legal es justa porque responde al uso indebido de la libertad social del sujeto. Dentro de este contexto, el concepto normativo de la culpabilidad, se concibe como un juicio de reproche ético frente al autor por no haber actuado conforme a Derecho, esto es, como un fracaso social del autor, en el que se precisan unas capacidades emocionales, no predicables en las personas jurídicas¹⁰⁸. Para WEBER, por el contrario, esta posición de la culpabilidad tiene connotaciones psicológicas, habilitando la posibilidad de imposición de una pena a las personas jurídicas, si hubieran usado incorrectamente la libertad social y jurídica que se le otorga. Coherentemente con esta doble posición de la culpabilidad ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la función de la pena no pierde el sentido bipolar. Por un lado, autores como ENGISCH parten del doble fundamento de la pena, la disminución de bienes jurídicos y derechos para su autor, y la necesidad que la pena se pueda sentir o sufrir como un mal por parte de su autor. La ausencia de esta capacidad de reconocimiento del sentimiento de sufrimiento impide la imposición de una pena a las personas jurídicas. Otras posiciones doctrinales entre las que encuentra WEBER, defienden que se ha de tener presente la creciente importancia de las personas jurídicas en la vida social, que han conllevado a una serie de obligaciones y derechos, un reconocimiento de cierta libertad social, y el uso indebido de las mismas, se traduce en exigencia de responsabilidad penal, concretamente en la limitación de libertad económica. Consecuencias de tintes retribucionistas, que permite equipararla a la función de la pena impuesta en el Derecho penal individual¹⁰⁹.

Este doble uso incorrecto de la libertad social y jurídica, con una ramificación y unos frutos o consecuencias tan distintas, permite desdoblarse el sentido de la culpabilidad sin diluir el principio de personalidad de las penas. La pena se dirige contra la persona jurídica y no contra sus miembros como individuos, esta exclusión permite eludir el carácter colectivo y quebrantador del principio de personalidad de la pena¹¹⁰.

¹⁰⁸ ENGISCH, citado BACIGALUPO, S, *La responsabilidad penal...* op cit pág 132.

¹⁰⁹ ENGICH, WEBER, citados por DE FIGUEIRO DIAS, “Resultados y problemas en la construcción de un sistema de derecho penal funcional y racionalmente final” en *Fundamentos de un sistema Europeo del Derecho penal, Libro homenaje a Claus Roxin*, Ed Bosch, Barcelona, 1995, pág 355-444, 447-457.

¹¹⁰ DE FIGUEIRO DIAS, “Resultados y problemas en la construcción de un sistema de derecho penal funcional y racionalmente final” en *Fundamentos de un sistema Europeo del Derecho penal, Libro homenaje a Claus Roxin*, Ed Bosch, Barcelona, 1995, pág 355-444, 447-457; ECHARRI CASI, *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias*, Ed Aranzadi, Pamplona 2003, pág 65; Principio de responsabilidad de las penas, NIETO MARTIN, *El arbitrio judicial...* op cit, pág 107, La sanción penal colectiva transfiere parte de los efectos sancionatorios al socio individual. Este argumento ha sido utilizado por parte de la doctrina, al atentar contra el principio de

En coherencia con el cambio experimentado por la sociedad, unido a este juicio de reproche, el principio de culpabilidad ha sido redefinido tras la abrupta entrada de las personas jurídicas en el ámbito penal, dirigiéndolo a un defecto de organización que ha permitido el alejamiento de la acumulación contraria al principio de personalidad de las penas y la imposición individual a la persona jurídica y a la persona individual.

Este cambio de viento, en el contenido del principio de culpabilidad, da paso a la siguiente cuestión suscitada en torno a la penología individual de las personas jurídicas: la proporcionalidad, la acumulación de penas.

Proporcionalidad. Acumulación. Otra de las cuestiones que se suscitan en relación a la penalidad de la conducta sancionatoria en la que incurren las personas jurídicas es la dualidad sancionatoria que pueden experimentar la persona jurídica (en base a la responsabilidad colectiva) y la persona individual por los mismos hechos, ello supondría una quiebra del principio *non bis in idem* o, al menos, de las exigencias de proporcionalidad¹¹¹.

En el panorama patrio, se ha pasado de una responsabilidad directa contra el administrador, como sujeto culpable con carácter exclusivo a efectos penales por las acciones llevadas a cabo en nombre y representación de una persona jurídica conforme venía tradicionalmente determinado en el artículo 31 del CP, erosionando elocuentemente el principio de *societas non delinquere*, a una

culpabilidad en la medida que quiebra el principio de personalidad de las penas; DE LA FUENTE HONRUBIA, “Las consecuencias accesorias del artículo 129 del CP”, *Lex Nova*, Valladolid, 2004, pág 71; FERNANDEZ TERUELO, “Obligación solidaria de la empresa de hacer frente al impago de la multa impuesta a su representante”, en *Revista de Derecho penal y Procesal*, n.º 13, 2005, pág 37; GOMEZ-JARA, *El nuevo artículo 31.2 del Código Penal*, pág 15; LUZON PEÑA, “Las consecuencias accesorias como tercera vía en las sanciones penales”, en OCTAVIO DE TOLEDO/GURDIEL SIERRA/CORTES BECHIARELLI, *Estudios Penales en Memoria del Profesor Ruiz Anton*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág 25.

¹¹¹ Como ha manifestado NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 111, nos encontramos ante una “doble sanción”, por un lado, el socio administrador recibe dos sanciones diferentes, la privativa de libertad y, en su caso, la multa “personal” por el delito cometido, y, de otro lado, una “multa encubierta” a través de la responsabilidad del ente.

responsabilidad penal directa y compartida de la propia persona jurídica como imputable y capaz también de recibir el castigo directo de la pena (31bis)¹¹².

Para evitar la quiebra del principio *non bis in idem*, es preciso, un fundamento distinto para la doble sanción (colectiva e individual). La pena atiende a criterios de prevención general y especial de no/evitación de la comisión de hechos delictivos, en tanto, la sanción a la persona jurídica motiva a las personas individuales que forman el colectivo a la adopción de medidas de *autorregulación* con el fin de prevenir e investigar hechos delictivos¹¹³. Asistimos a una transferencia parcial o puntual de una de las funciones del Estado (el estado policía o control de actividad de los ciudadanos adecuados al orden social), a las entidades colectivas para la *autorregulación* de su propia actividad dentro del mercado y orden social como manifestación de la progresiva dilatación del ilícito penal en esfera privada de relevancia ética.

Sin dejar de lado los problemas de la doble sanción suscitados en relación a la proporcionalidad, en los que la idoneidad de un medio más gravoso no se cuestiona (en principio), pero puede quebrar el equilibrio necesario emanado de la proporcionalidad si la doble sanción resulta excesiva (supuesto que ha de ser examinado no de forma abstracta, sino en relación a la realidad que rodea la comisión de un hecho delictivo), NIETO MARTIN, acude a la jurisprudencia TJCE, concretamente al principio de cuenta¹¹⁴.

Otra de las cuestiones suscitadas por el principio de proporcionalidad, es el reflejo de la imposición de penas a las entidades colectivos en su dimensión frente a terceros o la posible incidencia de las penas sobre terceros. Mas, como ha señalado DOLCINI, el principio constitucional de las penas no veta el efecto colateral de posibles daños, lo contrario provocaría la

¹¹² En el mismo sentido, CARDONA TORRES, “La responsabilidad de las personas jurídicas” *Diario la Ley*, 7699, 2011, pág 1 y ss; FEIJOO SANCHEZ, *Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal*, Ed Civitas, Madrid, 2012, pág 223; mismo autor *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente: presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del derecho penal contra las empresas*, Ed Civitas, Madrid, 2002, pág 59; DE LEON VILLALBA, *Acumulación de sanciones penales y administrativas: Sentido y alcance del principio del non bis in idem*, Ed Bosch, Barcelona, 1998, pág 463 y ss.

¹¹³ NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 113. Fundamento que no deja de reducirse a la prevención delictiva, cambiando, únicamente, el modo de llevar a cabo la prevención.

¹¹⁴ NIETO MARTIN, *Fraudes comunitarios*, Ed Praxis, Barcelona, 1996, pág 160 y ss.

imposibilidad en la aplicación de las penas impuestas¹¹⁵. Concluye NIETO MARTIN que, la pena, no estigmatiza a terceros (en este caso, a los socios de las empresas jurídicas sancionadas en virtud de las exigencias de la responsabilidad colectiva)¹¹⁶. Si analizamos la posición funcional desempeñada por los socios dentro del ente colectivo, la comunicación de beneficios es parte esencial de su relación vital con la entidad colectiva, el reverso de la moneda es la participación de los posibles costos que impliquen las decisiones dirigidas a radicalizar la maximización económica dentro del régimen ordinario de pautas coste/beneficio.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas aborda la cuestión desde la necesidad de una amplia paleta de colores en el ámbito de las consecuencias jurídicas o campo sancionador¹¹⁷.

En esta máxima, debemos analizar las notas musicales y las distintas composiciones que ofrece el legislador para que el Juez lleve a cabo la individualización de la melodía de la partitura¹¹⁸. Encontrándonos en la esfera penal, la distinción entre personas jurídicas y los entes (empresas, organizaciones, grupos, demás entes o agrupaciones de personas) que carecen de personalidad jurídica (categoría propia de la órbita civil). Para responder debemos cuestionarnos:

¹¹⁵ DOLCINI, “Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio. Rifflessioni in tema di fonti, diritto penale minimo, responsabilità degli enti e sanzioni” en, *Rev. I. Dir. Proc. Pen.*, 1999, pág 21 Este argumento a favor de la coexistencia entre catálogo de penas y efecto colaterales en la imposición de penas, no deja huérfano o indefenso a quien la experimenta, abriéndose la posibilidad a la acción de reclamación civil por los daños contra los administradores.

Sin perjuicio, que en otros ordenamientos, recojan expresamente el principio de personalidad de las penas, con las consecuencias que recoge DE MAGLIÈ, en su obra *L'Ètica...* op cit, pág 341 y ss.

¹¹⁶ NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 109, insistiendo el autor en la naturaleza fuera del circuito patrimonial de algunas de las penas previstas para las personas jurídicas en el artículo 33.7 del CP.

¹¹⁷ HEINE, “Santiones in the field of Corporate Criminal Liability”, en ESER/HEINE/HUBER (eds) *Criminal Responsibility of Collective and Legal Entities* en Freiburg. Ius. Crim, 1999, pág 237.

¹¹⁸ En este sentido, NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 264. Considera que el legislador se ha caracterizado por la innovación en el elenco de las consecuencias jurídicas.

VI.2.3.2 ¿POR QUÉ SON RESPONSABLES? PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ENTES COLECTIVOS.

VI.2.3.2.1 CONSECUENCIAS ACCESORIAS. *El art 129 del CP*. La aparición en la escena jurídica de las “consecuencias accesorias”, provocó un gran revuelo en la dogmática del derecho. La duda constante que plantea y la necesidad de encuadrar la expresión utilizada por el legislador ha sido una constante en la doctrina.

Para ZUÑIGA, el resultado del “compromiso político” son dos espacios de juego consensuados: la necesidad política criminal de sancionar directamente a las personas jurídicas y, de otro, la adaptación a los esquemas o principios de responsabilidad penal que exigen la presencia de culpabilidad (pena) o peligrosidad (medida) no atribuibles a las personas jurídicas¹¹⁹. La llamada de atención sobre la aplicación simbólica no se limita a esta autora, sino que ha sido un denominador constante en la doctrina. MAPELLI excluye su similitud con otras figuras: “es una nueva consecuencia jurídica de los delitos que no es una pena, no es una medida, ni responsabilidad civil... se trataría de una cuarta vía”¹²⁰. Para GRACIA MARTIN, nos hallamos ante “medidas preventivas que pueden tener un carácter asegurativo o coercitivo”¹²¹. Otros se decantan por resaltar una

¹¹⁹ ZUÑIGA RODRIGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas* Ed Aranzadi, Navarra, 2009, pág 263.

¹²⁰ MAPELLI CAFFARENA, “Las consecuencias accesorias en el nuevo CP”, en *RP*, n.º1, 1997, pág 49, las consideraba como consecuencia jurídicas que, por motivos de prevención especial, pueden acompañar a la pena, no pueden catalogarse como medidas de seguridad, ya que no responden a la peligrosidad subjetiva del autor, sino a las características del medio en que éste se mueve.

¹²¹ GRACIA MARTIN (Coord): BOLDOVA PRATS/ALASTUEY DOBON: *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág 457, las medidas de carácter preventivo, son aquellas, que bajo la idea objetiva de peligrosidad del ente como instrumento apto para la realización de hechos ilícitos, pretenden impedir que se consuma una determinada violación del ordenamiento jurídico, entendiendo la autora, que la efectiva realización del hecho antijurídico por la persona física que actúa para la persona jurídica, no debe formar parte del supuesto de hecho de estas medidas, dentro de estas medidas: la clausura de locales y establecimientos, la intervención judicial de las empresas. Las medidas preventivas de carácter coercitivo, al igual que las sanciones administrativas, suponen la utilización de instrumentos de fuerza y traen su causa del incumplimiento previo de una organización, diferenciándose de las sanciones administrativas en la finalidad, pues tienden a vencer el incumplimiento y a forzar el comportamiento efectivamente debido, dentro de este tipo su principal exponente es la multa; en el mismo sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, “Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del CP”, en *Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: Libro Homenaje a Cerezo Mir*, Ed Tecnos, Madrid, 2002, pág 1134, considera que se trata de medidas asegurativas y, que por tal motivo, muy similares a las medidas de seguridad,... aunque, desde luego, no se identifiquen con ellas”; GARCIA ARAN, *I congreso Hispano-Italiano de PD Económico*, 1998, pág 48, se centra en la interpretación literal del adjetivo de las consecuencias “la accesoriedad”, entendiendo que las consecuencias no existen de manera independiente ni suponen una imputación directa de las personas jurídicas, sino que presuponen la conexión entre la responsabilidad individual y la existencia de

naturaleza híbrida, “a caballo entre la prevención y la medida cautelar”¹²². Sin faltar aquellos que no dudaron de la naturaleza de pena de las consecuencias accesorias reguladas en el precepto¹²³.

La naturaleza de las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 del CP no es, sólo una cuestión de dogmática, sino que establece las bases de fundamentación a la hora de la individualización judicial de la pena como correlación del principio de seguridad jurídica. Mas, la situación actual ha dado una vuelta de tuerca en el contenido, determinando, un conjunto de normas aplicables, una especie de estatuto paralelo de inclusión de responsabilidad penal para empresas, organizaciones¹²⁴, grupos o, cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no están comprendidas en el artículo 31 bis¹²⁵.

la entidad colectiva. Resultando esta conexión, y no el juicio de peligrosidad, el que fundamenta la aplicación de las consecuencias jurídicas, esto es, nos hallamos ante unas medidas de seguridad sui generis; en parecidos términos, ECHARRI CASI, *Sanciones a persona jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias*. Ed Aranzadi, Navarra, 2003, pág 110, 111.

¹²² PRATS CANUT, “Artículo 129 del Cp” en QUINTERO OLIVARES/ MORALES PRATS/VALLE MUÑIZ/ PRATS CANUT: *Comentarios al Código penal*, Ed Aranzadi, Navarra, 1996 pág 629.

¹²³ ZUGALDIA ESPINAR, “Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas” en BACIGALUPO ZAPATER (dir) *Empresa y delito en el nuevo Cp*, Ed Marcial Pons, Madrid, 1997, pág 212 y ss; del mismo autor, “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español” en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria de Valle Muñiz*, Ed Aranzadi, Navarra 2001, pág 894 y ss; el autor excluye la consideración de las consecuencias accesorias de instrumentos reparatorios civiles porque no se encaminan a reequilibrar el patrimonio (conceptualmente imposibles en consecuencias como la suspensión de las actividades o la suspensión de la misma). Se alejan igualmente de la naturaleza de sanciones administrativas, dada la incongruencia de aplicar en un proceso penal unas consecuencias de naturaleza extrapenal. Su cobertura dentro de las garantías constitucionales excluye la consideración de consecuencia preventivas-reafirmativas dada la innecesariedad de la presencia de garantías constitucionales de éstas últimas. Centrando la consideración de consecuencia jurídicas en penas, pues el TC, en sentencia de 4 de julio de 1991, ha entendido que la sanción a una persona jurídica exige su propia acción, como capacidad infractora de normas, su propia imputabilidad, reprochabilidad o culpabilidad. Argumenta, así mismo, en favor de su naturaleza de pena, la no exigencia de culpabilidad a la medidas de seguridad, y su presencia necesaria en las penas; TAMARIT SUMALLA, “Las consecuencia accesorias del artículo 129 del CP: Un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *La ciencia del del Derecho penal ante el nuevo siglo: Libro Homenaje a Cerezo Mir*, Ed Tecnos, Madrid, 2002, pág 1160, critica, igualmente, “las posiciones doctrinales que tratan de rehuir las dificultades de incardinación de las consecuencias accesorias en el sistema de sanciones penales afirmando su naturaleza extrapenal, ya sea admistrativa o civil o las que acuden a una categoría tan alejada de la realidad material y la vía de imposición de las referidas consecuencias como la de las medidas coercitivas desprovistas de carácter penal e incluso sancionador”.

¹²⁴ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed Civitas, Madrid, 2015, pág 308, critica la terminología empleada en el precepto, en tanto, empresas y organizaciones gozan de personalidad jurídica.

¹²⁵ DEL ROSAL BLASCO, “La responsabilidad penal de empresas y los códigos de buena conducta corporativa” en *Diario la Ley*, núm 7670, junio 2011, pág 2.

Se produce una extensión, una incorporación al círculo de autores supuestamente o posiblemente responsables ante el ordenamiento jurídico; sumando el eslabón intermedio entre la persona física y la persona jurídica¹²⁶.

El legislador echa mano de la ambigüedad propia de la expresión “consecuencias accesorias” a la hora de sancionar las empresas, organizaciones, grupos, o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no están comprendidas en el artículo 31 bis, en coherencia con la ausencia de posicionamiento claro en el ámbito penal. Los entes sin personalidad jurídica son parientes cercanos a las entidades jurídicas, comparten la persecución de una finalidad colectiva, dando vida a una organización en la que la voluntad de sus miembros determina las reglas de su actividad pero, con el diferencial de mantener la perfección de su constitución como vertiente organizativa interna, sin personificación de dicha entidad, con las consecuencias propias de ello: confusión de su personalidad con la de su socios y confusión patrimonial.

Este punto de partida o arranque es diametralmente distinto¹²⁷ y, nos hace traer a colación el principio de personalidad de las penas. La confusión entre entidad y socios que califica a las entidades sin personalidad jurídica no favorece la consideración de las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 del CP como penas. No obstante, y así mismo, hemos de alejarnos de su naturaleza como medida de seguridad, pues, el carácter aflictivo de las consecuencias accesorias es innegable, desde el momento que carece de autonomía propia en el contenido sancionador, limitándose el legislador ha remitir al catálogo de penas fijadas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 del Código Penal. Todo ello, nos acerca a la teoría de las consecuencias accesorias como categoría intermedia defendida por MAPELLI CAFFARENA.

Con la cautela propia que manifiesta el legislador en esta cuestión, enmarca su aplicabilidad a un sistema de *numerus clausus* que impera, igualmente, en torno a las personas jurídicas, al

¹²⁶ Un reconocimiento más de la consideración de sujeto de derecho de la persona jurídica.

¹²⁷ En el mismo sentido, MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed Civitas, Madrid, 2015, pág 382.

remitir su imposición, facultativa, al catálogo de delitos de los que pueden ser responsables las personas jurídicas. Adicionándole una previsión expresa, de aplicación, a los siguientes supuestos: artículo 162 del CP (delitos relativos a la manipulación genética)¹²⁸, art 262 (alteración de precios en concurso o subastas públicas)¹²⁹, art 318 (delitos contra los derechos de los trabajadores)¹³⁰, art 520 (delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas por la ley)¹³¹, art 570 quater (delitos de organización de grupos criminales)¹³². Estamos “ante una especie de tercera vía de responsabilización de las personas jurídicas al margen del artículo 31 bis del CP”¹³³.

¿Cuál es el contenido de las consecuencias accesorias? Se identifica con el punto del camino en el que se encuentran, un escalón anterior a las entidades jurídicas, (por ausencia de cumplimiento o verificación de los requisitos formales de constitución). Remitiendo a las penas previstas en los apartados c) a g) del artículo 33.7 (Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años, clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años, prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años. Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años. Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años), con dos exclusiones,: i) la multa, motivada en la

¹²⁸ *En los delitos contemplados en este título, la autoridad judicial podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código cuando el culpable pertenezca a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades. Son delitos relativos a la manipulación genética.*

¹²⁹ *El juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 si el culpable pertenezca a alguna sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades.*

¹³⁰ *Quando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.*

¹³¹ *Los Jueces o Tribunales, en los supuestos previstos en el artículo 515, acordarán la disolución de la asociación ilícita y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias accesorias del artículo 129 de este Código.*

¹³² *Los jueces o tribunales, en los supuestos previstos en este Capítulo y el siguiente, acordarán la disolución de la organización o grupo y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias de los artículos 33.7 y 129 de este Código.*

¹³³ Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado, pág 57.

confusión de patrimonios de la entidad y los socios, personas físicas responsables del ilícito penal y propietarios del mismo ente sin personalidad jurídica¹³⁴ ; ii) la disolución legal, pues no es posible obviar que su esencia se basa en la ausencia de inscripción o registro correspondiente¹³⁵.

Llama la atención el carácter facultativo de la imposición de alguna de las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código penal. Se rompe, de este modo, la pauta ordinaria de la tipicidad que rige, tanto en las penas previstas para la persona jurídica, como a las personas físicas, donde, el órgano jurisdiccional, determina la pena dentro del marco unilateral o alternativo legal, descartando cualquier posibilidad de facultar al Juez la inaplicación o aplicación de la pena satisfechos los elementos del tipo legal¹³⁶.

Este estado facultativo de la consecuencia accesoria obliga, exponencialmente, al cumplimiento de la obligación de motivar la resolución¹³⁷. Desaparecida la expresa orientación a la prevención de la continuidad delictiva, se abre el campo de la finalidad de la consecuencia accesoria a imponer: la peligrosidad objetiva de la entidad colectiva, la prevención de la continuidad delictiva, y la retribución. Entrando en juego las normas generales de individualización armonizadora de la pena, debiendo conjugar las especialidades propias de las personas jurídicas, sin olvidar concretar el nexo entre el funcionamiento de la persona jurídica y las actividades suspendidas o prohibidas a la entidad (más detalladamente en el estudio del artículo 66 bis).

¹³⁴ En el mismo sentido, MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed Tecnos, Madrid, 2015, pág 383.

¹³⁵ En el mismo sentido, MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed Tecnos, Madrid, 2015, pág 383.

¹³⁶ En parecidos términos, ZUGALDIA ESPINAR, “Las penas previstas en el artículo 129 del Código penal para las personas jurídicas (consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)” en *Poder Judicial*, núm 46, 1997, pág 342; MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, Ed Reppertor, Barcelona, 2011, pág 790; del mismo autor, “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en OCTAVIO DE TOLEDO/GURDIEL SIERRA/CORTES BECHARELLI (eds), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Anton*, Ed Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

Para otros autores, la expresión “podrán”, se limita a reflejar la aplicabilidad de las consecuencias accesorias siempre y cuando se den los presupuestos que fundamentan las mismas; la peligrosidad objetiva del ente sin personalidad jurídica, basándose en un defecto de organización que facilita la comisión del delito, GRACIA MARTIN/BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBON, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, pág 462; de los mismos autores, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito: el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias, y responsabilidad civil derivada del delito*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

¹³⁷ Algunos autores hablan de la innecesariedad de la expresa referencia a la motivación prevista en el artículo 129 del CP, dado el reconocimiento constitucional a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 24 de la CE, así como, de forma expresa, en el artículo 120 de la CE, entre estos, CONDE PUMPIDO, “Comentario al artículo 129 del CP” en *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Ed Trivium, Madrid, 1997, pág 1565.

Individualización que ha de tener presente la doble naturaleza limitante que experimenta las consecuencias accesorias, tanto en materia como en duración (fluctuando en una horquilla de 5 a 15 años dependiendo de la consecuencia adoptar).

El artículo 129 también autoriza al juez instructor a acordar respecto de las entidades sin personalidad jurídica y como medida cautelar durante la instrucción de la causa, la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial, a los efectos establecidos en el precepto y con los límites señalados en el artículo 33.7 del CP.

VI.2.3.2.2 ARTICULO 31 BIS. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

La lectura del artículo 31Bis del CP no ha dejado indiferente al mundo jurídico, entendiéndose las distintas composiciones que se han formado en la doctrina, quizás favorecidas por la edad infante en la que se encuentra la posición de la persona jurídica dentro del orden penal. Adicionándose, en este caso, la semántica utilizada por el legislador, generando, lo que, COBO DEL ROSAL, ha denominado, un *modelo amplio de identificación*, toda vez que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se establece sobre la base de un modelo de comportamientos personales, por acción u omisión, de representantes y administradores de dicha persona jurídica¹³⁸.

En este orden, el órgano jurisdiccional, delimita la acción punible junto con la individualización del ente jurídico que ha originado el desequilibrio que ha perturbado la paz social,

¹³⁸ DEL ROSAL BLASCO, “Responsabilidad penal de las empresas y códigos de buena conducta corporativa”, en *Diario la Ley*, núm 7670, julio 2011, pág 4.

a resultas de la acción llevada a cabo por la persona física que dirige o se encuentra subordinada a su organización.

Estamos ante una responsabilidad caleidoscópica, se trata de un reflejo distorsionado de la exigencia de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad individual del sujeto activo, a una compleja realidad, pues la culpabilidad le viene impuesta, en principio, en relación a actos cometidos por otros¹³⁹. Adquiriendo en el desarrollo, la autonomía suficiente para responder bajo sus propios parámetros. En definitiva, la responsabilidad que se atribuye a la persona jurídica es por transferencia, puesto que supone que la persona física integrada en su estructura ha desarrollado, según sus funciones, una actividad punible en nombre y beneficio de la misma¹⁴⁰.

Completa este bello caos que conforma los colores caleidoscopicos, la “doble responsabilidad directa” o naturaleza dual de la imputación. En tanto, la transferencia de responsabilidad por los actos efectuados por la persona física (administrador/ trabajador), a la que aludimos en el párrafo anterior, no se lleva a cabo de forma completa, sino que, mantiene su cuota original de responsabilidad (artículo 31); es, por ello, una transferencia filtrada de naturaleza “coprincipal”.

Responsabilidad penal de las personas jurídicas que viene diferida por una doble vía, la representación y la culpa *in vigilando*, o responsabilidad por defecto de organización sobre sus empleados.

¹³⁹ En el mismo sentido, CARDONA TORRES, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Diario la Ley*, núm 7699, Septiembre 2011, pág 1, recurso on-line, habla de un nuevo concepto de responsabilidad penal de las personas jurídicas, por la pérdida de los principios concatenados de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

¹⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, en *Diario la Ley*, núm. 7464, de 9 de septiembre de 2010, pág 1791.

En la práctica empresarial/jurídica se afianza la génesis del nuevo concepto de buen ciudadano corporativo fiel a derecho abrazando la responsabilidad penal empresarial¹⁴¹, con extensiones hacia la *autorregulación* empresarial, como respuesta a la incidencia cualitativa y cuantitativa de la toma de decisiones en, por y para las personas jurídicas (empresa) dentro de la sociedad. Esta dualidad, argumenta a favor de la consideración de la empresa como un miembro responsable en la sociedad¹⁴², de modo que, al reconocer el derecho de la empresa a regularse a sí misma, la contrapartida es una serie de deberes adecuados al entorno social en el que desempeñan su actividad¹⁴³.

El reconocimiento de miembro responsable de la sociedad, no deja de ser, una atribución implícita de ciudadanía o personalidad, una percepción de una realidad existente en nuestra sociedad que persigue unos objetivos a través de la voluntad de sus órganos. Sin que la atribución, o el reconocimiento de una realidad, converga en una “marginación” en el ámbito de su responsabilidad penal¹⁴⁴.

El presupuesto para que la persona jurídica pueda ser declarada responsable penal ante el ilícito penal, se centra en la comisión del hecho típico por una persona física, por cuenta¹⁴⁵ y en beneficio directo e indirecto¹⁴⁶ de la persona jurídica. Excluyendo de esta interconexión la

¹⁴¹ Referenciada WALSH/PYRICH, “Corporate Compliance Programs as a Defense to Criminal Liability: Can a Corporation Save its Soul?” en *Rut.L.Rev* n.º 47, 1995, pág 680.

¹⁴² GOMEZ-JARA, *Funcionamientos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 25, 26, habla de un “mínimo de ciudadanía”, en tanto, la imposición a una organización empresarial de una sanción penal, resulta legítima en la medida que se le ha dado la oportunidad de participar en la producción del sentido normativo; otros autores como, FRENCH, “Integrity, Intentions, and Corporations” en *Am.Bus.l.J*, núm 4, 1996, pág 147 y ss consideran las empresas como “miembros de pleno derecho de la comunidad moral”.

¹⁴³ En parecidos términos GOMEZ-JARA, *Funcionamiento modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 20, 21.

¹⁴⁴ PORTAL MANRUBIA, “El enjuiciamiento penal de las personas jurídicas”, en *Diario la Ley*, núm. 7769, 4 de enero de 2012, pág 1, recurso on-line, niega la marginación de la responsabilidad penal.

¹⁴⁵ CORDOBA RODA/GARCÍA ARAN, (dir) *Comentarios al CP. Parte General*, E Marcial Pons, Madrid, 2011, pág 390, supone la realización del hecho como perteneciente a la actuación social.

¹⁴⁶ CORDOBA RODA/GARCÍA ARAN, (dir) *Comentarios al CP. Parte General...*op cit, pág 390 proporcionar o intención de proporcionar ventajas o beneficios a la persona jurídica, aunque no sean estrictamente económicos; con un matiz, ya no queda acotado a la percepción por parte de las personas jurídicas de un rendimiento económico positivo como consecuencia de los comportamientos delictivos de las personas físicas, desbordándose a supuestos de cadena de sociedades, GONZALEZ CUSSAC “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: art 31 bis, ter, quater y quinquies”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, (dir) GONZALEZ CUSSAC, (coords) GORRIZ ROYO/MATALIN EVANGELIO), Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 163.

responsabilidad de la persona jurídica por los delitos individuales que el sujeto pueda cometer en el seno de la empresa sin conexividad/vinculación con la actividad social o en beneficio propio¹⁴⁷.

Con un doble matiz en el hecho de conexión añadido según la función que ocupe la persona física dentro de la estructura empresarial, si nos hallamos ante un administrador o representante, ha de actuar en nombre de la empresa. En cambio, cuando la persona física está sometida a la autoridad de los anteriores, debe haber cometido el ilícito en ejercicio de la actividad social.

El anterior matiz limitante no deja de reflejar la inexistencia de una responsabilidad penal de las personas jurídicas totalmente autónoma/aséptica de la actuación concreta de las personas físicas¹⁴⁸. La conducta/acción de la persona física es el *hecho catalizador*¹⁴⁹. De una responsabilidad caleidoscópica que se independiza de la culpabilidad o no de la persona física adquiriendo tintes directos. Sin que sea preciso, por ello, la concurrencia de ambas y, en el supuesto de concurrencia, no se excluyen¹⁵⁰.

La responsabilidad caleidoscópica penal de las personas jurídicas parte de dos cristales de imputación. El primero, las personas físicas idóneas que realizan el hecho catalizador de la transferencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas, modulando que el hecho delictivo haya sido cometido por un representante legal o por aquellos que actuando individualmente o como

¹⁴⁷ En el mismo sentido, CORDOBA RODA/GARCÍA ARAN, (dir) *Comentarios al CP. Parte General...* op cit, pág 390.

¹⁴⁸ CORDOBA RODA/GARCÍA ARAN, (dir) *Comentarios al CP. Parte General...* op cit, pág 389.

¹⁴⁹ En parecidos términos, CORDOBA RODA/GARCÍA ARAN, (dir) *Comentarios al CP. Parte General...* op cit, pág 389, la necesaria existencia del comportamiento individual de la persona física calificable como delito, suele denominarse “hecho de referencia”. En este sentido, consideran los autores, que la responsabilidad de la persona jurídica no es plenamente propia ni directa, en tanto, necesita apoyarse en el hecho de la persona física; en el mismo sentido, GRACIA MARTIN, “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas” en *Actualidad penal*, núm 39, 1993, pág 15y ss; VINCIGUERRA, “La struttura dell’illecito” in *La responsabilità dell’ente per il reato commesso nel suo interesse*, Ed Cedam Padova, Milan, 2004, pág 10, “En este caso, que establece la responsabilidad del individuo desempeña un doble papel: como autor del delito, como elemento esencial en el nexo que une la responsabilidad del ente, en tanto, se exige que la persona física (autor del delito) tenga con el ente alguna de las funciones especialmente indicadas en la ley”; En contra, argumentando a favor de la responsabilidad penal plenamente directa, ZUÑIGA, *Bases...* op cit, pág 192 y ss.

¹⁵⁰ CORDOBA RODA/GARCÍA ARAN, (dir) *Comentarios al CP. Parte General*, Ed Marcial Pons, Madrid, 2011, pág 390, la responsabilidad de la persona jurídica solo requiere la comisión del hecho injusto por una persona física pero no la plena responsabilidad penal de ésta.

integrantes de un órgano de la persona jurídica están autorizados para tomar decisiones en nombre de las personas jurídicas u ostenten facultades de organización u control dentro de la misma. Con la reforma de 2015, se ha perdido un importante punto de anclaje de la responsabilidad penal de los entes colectivos, los administradores de hecho. Punto ya de por sí ambiguo, pero que permitía, en los distintos planos de juego, la flexibilidad de adaptarse al día a día de la realidad de la entidad colectiva¹⁵¹, transformándolo en un término oscuro no fácilmente determinable en la madeja organizativa y funcional propias de una estructura jurídica. Creando una opacidad criminológica en el círculo de autores que, fuera de los supuestos en vía de jurisdicción laboral, obliga al órgano jurisdiccional a realizar un fino encaje de bolillos a la hora de la determinación de la pena y posterior individualización con técnicas propias del “levantamiento del velo”, una práctica supuestamente innecesaria tras la desaparición del aforismo “*societas delinquere postest*”¹⁵².

¹⁵¹ En este sentido, QUINTERO OLIVARES, “La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Comentario a la reforma penal de 2015*, QUINTERO OLIVARES, (dir) Ed Aranzadi, Pamplona, 2015, pág 90, critica el autor, el desacierto de la nueva redacción del círculo de autores, en tanto permite, en los diferentes planos del juego, la exclusión de los “administradores de hecho”, quienes en el día a día empresarial, son detentadores del poder decisorio real, que pueden ejercerlo a través de toda clase de testaferros, pueden determinar la comisión de delitos de los que ellos solo responderán, a lo sumo, como inductores. Así como la exclusión, en los supuestos de holding, a quienes tomen decisiones desde la empresa matriz, pero que no estén presentes en la empresa subordinada, pues por definición estos sujetos no son integrantes de un órgano de esa persona jurídica, ni ostentan facultades de organización y control dentro de la misma, simplemente participan en la toma de decisiones de la empresa principal, que la subordinada ejecutará.

En sentido diverso, GONZÁLEZ-CUSSAC, *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág152, considera que estamos ante una ampliación, aunque reconoce que no aporta seguridad jurídica, citando a DOPICO, “la fórmula europea es siempre la misma: identifica a un sujeto que tiene el poder de mando o capacidad de dirigir la empresa (leading position), cuando ésta está basada en su poder de representación, en su poder para decidir por la empresa o en su capacidad fáctica de control. Sin embargo, la traducción española prescinde del concepto clave: la referencia al poder de mando o capacidad directiva y, se queda sólo con el poder de decidir o de ejercer control en el seno de la empresa”.

¹⁵² En este sentido, GONZALEZ CUELLAR/ SERRANO/ JUANES PECES, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor” En *Diario la Ley*, núm 7501, noviembre 2010, pág 1, resaltan la crítica de la doctrina respecto al aforismo porque la estructura de las organizaciones proporcionaba a quienes delinquen a su sombra, el amparo de una gestión impersonal que imposibilita el anonimato, dificultando la individualización de la responsabilidad y, a la postre, privando de objetivo a la justicia penal (lo cual deja al crimen sin respuesta, a la sociedad insatisfecha y la víctima sin tutela).

En sentido diverso, GONZÁLEZ-CUSSAC, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: art 31 bis, ter, quater y quinquies”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, (dir) GONZALEZ CUSSAC, (coords) GORRIZ ROYO/MATALIN EVANGELIO), Ed Tirant lo blanch, Valencia, 2015, pág 149, considera que la ampliación de la esfera de sujetos idóneos para que su actuación delictiva pueda contaminar a la persona jurídica por este primer nivel de transferencia de la responsabilidad penal o presupuesto de conexión.

Con una doble condición indisponible¹⁵³, para transferir la responsabilidad penal a las personas jurídicas: la actuación en nombre y por cuenta de la persona jurídica y en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica.

El segundo cristal de imputación es desencadenado por un hecho típico realizado por una persona física sometida a la autoridad de los representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de las personas jurídicas u ostenten facultades de organización u control dentro de la misma, materializándose el eslabón que une la realización del hecho típico con la responsabilidad penal de la persona jurídica, en el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia, y control de la actividad por parte de los mencionados anteriormente, cuando, atendidas las circunstancias del caso, este incumplimiento grave crea el clima favorable para la comisión del ilícito.

Con una rápida lectura de los párrafos anteriores comprobamos que, en ambos cristales de imputación, se identifican los elementos de conexión con la persona jurídica en dualidad subjetiva y objetiva¹⁵⁴. En las dos premisas de imputación, manifestado por su comisión dentro del ejercicio de su actividad social, y, actuación por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas¹⁵⁵.

¹⁵³ También GONZALEZ CUSSAC “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: art 31 bis, ter, quater y quinquies”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, (dir) GONZALEZ CUSSAC, (coords) GORRIZ ROYO/MATALIN EVANGELIO), Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 164, considera que la ausencia de cualquiera de los dos, rompe el presupuesto típico de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica.

¹⁵⁴ En este sentido también, GONZALEZ CUELLAR SERRANO/ JUANES PECES, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor” En *Diario la Ley*, núm 7501, noviembre 2010, pág 6. El elemento subjetivo, “en provecho, beneficio directo o indirecto de la persona jurídica” constituye un elemento subjetivo del tipo consistente en el ánimo de proporcionar un beneficio o de evitar un perjuicio mediante la actividad delictiva, incluido el ahorro de costes. Implica la necesidad que, con conocimiento o representación del resultado o, sin tal elemento cognitivo por parte de la persona física, su conducta haya sido realizada para proporcionar una ventaja a la sociedad”. El elemento objetivo, exige que el administrador o el representante realice su conducta en el ejercicio de funciones representativas en nombre, o en interés de la sociedad, por cuenta.

¹⁵⁵ GONZÁLEZ-CUSSAC, *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Ed Tirant lo blanch, Valencia, 2015, pág,147 para este autor, el presupuesto de conexión (la transferencia de la responsabilidad criminal a la persona jurídica requiere como presupuesto común la previa realización de un hecho típico por alguna de las personas mencionadas en el apartado 1 del artículo 31 bis del CP) determina, la naturaleza vicarial del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas adoptado por España). Criticando que el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sea un hecho ajeno y, no propio (injusto y culpabilidad de la empresa).

A la hora de examinar la musicalidad de la conducta reprochable, se acredita que se está abonando el campo para la implantación del sistema de organización, plasmados en códigos de buenas prácticas, normas de conductas o programas de prevención¹⁵⁶. Fijando la “culpa organizativa” como base del reproche que fundamenta la responsabilidad del ente colectivo¹⁵⁷. Esta fórmula jurídica, supuso la entrada a la posición de garante de las personas jurídicas en relación a las acciones u omisiones de sus miembros¹⁵⁸. Con una diferencia significativa respecto a la regulación anterior, a raíz de la reforma del 2015: la vulneración del deber de cuidado o el consentimiento ante el defecto de la estructura del ente, incumpliendo así los deberes de control, supervisión y vigilancia, por su propio descuido o negligencia ha de ser grave, causando una

¹⁵⁶ Ya en el Consejo General del Poder Judicial, en informe de 2009, sobre el *Anteproyecto de la Reforma del Código Penal de 2010*, consideró “para que este requisito pueda ser entendido como criterio de imputación a la persona jurídica de su propio hecho y por su propia culpabilidad es imprescindible dotarle de un contenido estructural, es decir, entenderlo como referencia a una conducta social de defecto de control u organización, y no a la omisión individual del deber de control por parte de las persona físicas correspondientes”, porque “si el defecto de control se entiende como simple omisión individual de un deber de control, la imputación subjetiva no recae, en puridad, sobre la persona jurídica, sino sobre las personas físicas a las que corresponde el control de la actividad en cuyo marco se produjo el acto ilícito, tal y como señaló el informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de 2006.

En sentido crítico, respecto a la incorporación de los compliance programs en el ordenamiento español, QUINTERO OLIVARES, “La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Comentario a la reforma penal de 2015*, QUINTERO OLIVARES, (dir) Ed Aranzadi, Pamplona, 2015, pág 81y ss, no debió incorporarse al Derecho penal positivo, la llamada culpabilidad por defecto de organización o responsabilidad por descontrol, que, para el autor, tiene sentido en el derecho administrativo, pero no en el derecho penal. Pues se trata de un sistema anglosajón, que habría de haberse realizado mediante leyes mercantiles. En este sentido, el Consejo de Estado, manifestó, “*este tipo de previsiones tienen, en último término, una naturaleza estrictamente mercantil, y que su aplicación a los distintos tipos de personas jurídicas requerirá una compleja labor hermenéutica por parte del Juez de lo penal... En la medida en que los requisitos que el Anteproyecto establece para eximir de responsabilidad a las personas jurídicas consisten principalmente en medidas de carácter preventivo a adoptar por estas*” Informe del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, del Código pena, 27/06/2013, pág 46, nota 8.

¹⁵⁷ Exposición de Motivos de la Reforma 2015 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con “*la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del “debido control”, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal. Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que se habían planteado con la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizada por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica*”.

La redacción anterior favoreció la falta de unanimidad doctrinal en la fundamentación del criterio de imputación, agrupándose en dos bloques: el primero, el defecto de organización o de autocontrol; el segundo con tintes más civilistas, se centraban en la culpa in vigilando o in eligendo. No giraba en torno a la infracción de los códigos de buen gobierno, internos y de autorregulación, sino que exigía que los subordinados hubiesen realizado una acción típica permitida, dolosa o imprudentemente por sus superiores.

¹⁵⁸ En el que el comportamiento que “concorre a costituire la fattispecie che fonda la responsabilità dell'ente, consiste nell'omissione” VNCIGUERRA, “La struttura dell'illecito” in *La responsabilità dell'ente per il reato nel suo interesse*. Ed Cedam Padova, Milano, 2004, pág 14. En este sentido, también, QUINTERO OLIVARES, “La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Comentario a la reforma penal de 2015*, QUINTERO OLIVARES, (dir) Ed Aranzadi, Pamplona, 2015, pág 81, Esta figura, sin un fácil acomodo en el derecho penal equivaldría, según el autor, a un supuesto específico de omisión impropia.

suavización¹⁵⁹ en el supuesto de transferencia al disminuir el nivel de exigencia en la actuación del ente.

Como resultado, la doble responsabilidad se asienta en una conducta imprudente grave, un fallo objetivo en su organización (desorganización) que propicia la actividad punible del subordinado de naturaleza dolosa (salvo en el supuesto de blanqueo de capitales) que, a su vez, es catalizador de la responsabilidad penal de la persona jurídica por la propia conducta ante un defecto de organización del mismo.

Y la realidad legislativa, como ha señalado GONZALEZ CUSSAC, ha cerrado el camino a cualquier debate sobre si el incumplimiento de los deberes de control es suficiente para desencadenar la transferencia de responsabilidad¹⁶⁰. Se cualifica el eslabón de transferencia, reduciendo el nivel de exigencia a los representante legales o aquellos que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de las personas jurídicas u ostenten facultades de organización o control dentro de la misma¹⁶¹, a la hora de supervisar, vigilar y controlar la actividad desarrollada, de forma que las infracciones leves del deber de control darán lugar a una responsabilidad administrativa o mercantil, respondiendo con ello, al principio de intervención mínima. Pero, a la vez, brinda al órgano jurisdiccional una norma en blanco que habrá de completar con normas

¹⁵⁹ En el mismo sentido, GONZÁLEZ-CUSSAC, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: art 31 bis, ter, quater y quinquies”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, (dir) GONZALEZ CUSSAC, (coords) GORRIZ ROYO/MATALIN EVANGELIO), Ed Tirant lo blanch, Valencia, 2015, pág 156, habla de una significativa reducción de la intervención punitiva.

¹⁶⁰ GONZALEZ CUSSAC “Responsabilidad penal de las personas jurídicas...pág 154.

¹⁶¹ El problema suscitado es el marco del contenido de las obligaciones que determinan la transferencia de responsabilidad, para GONZALEZ CUSSAC, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas... op cit, pág 157 y ss, se trata de fijar normativamente las obligaciones, restándole incertidumbre a una materia potencialmente ambigua. Adicionándosele la complejidad entre diferenciar los deberes atribuidos normativamente a la persona jurídica y los atribuidos a las personas físicas que los representan. Aceptando esta directriz diferenciadora, supone que los deberes de control sobre los empleados se predicen de las personas físicas que ostenten facultades de dirección y control y no de la persona jurídica. Se abre el camino a la impunidad en las entidades colectivas de cierta complejidad, en los que se podrá afirmar que los deberes de control sobre los empleados estén asignados a los órganos de la persona jurídica (consejo de administración) y no personalmente a las personas físicas que lo integran. La primera consecuencia es la ausencia de tipicidad del incumplimiento del deber, en tanto es un deber legal atribuido a la persona física y no jurídica. Mas la problemática no cesa en el supuesto anterior, se le suma la estructura piramidal de las entidades colectivas que perforan una nueva vía a la impunidad, manifestada por la delegación de funciones por parte de aquellos a los que le corresponda el ejercicio directo de las obligaciones de vigilancia que genera la atipicidad de la conducta. GONZALEZ CUSSAC, en este sentido, habla de “autor detrás del autor”.

extrapenales. Estamos pues, ante “un término pendiente de valoración, sumamente flexible, abierto e indeterminado”¹⁶². “Gravedad” en el incumplimiento que ha de ser enriquecido en su contenido por la actividad individualizadora del Juez.

Este nexo de conexión entre el incumplimiento grave de los deberes de control y la comisión por parte de las personas físicas representantes legales y las personas con poder de decidir o de ejercer el control, ¿excluye la responsabilidad penal de las personas jurídicas? Lo cierto es que reduce el campo de imputación pues, la línea de imputación en la infracción del deber se dirige, actualmente, hacia estas mismas personas físicas representantes legales y las personas con poder de decidir o de ejercer el control, favoreciendo, con ello, la ambigüedad, la necesidad de acudir a la normativa que determine sus obligaciones jurídicas, tarea sencilla en sociedades pequeñas, pero de una gran complejidad en grandes sociedades, algunas de naturaleza internacional o con un régimen de funcionamiento de grupo de empresas. Generando, como ha señalado GONZALEZ CUSSAC, amplios espacios de impunidad, ante la atipicidad de la conducta cuando los deberes de control correspondan a los órganos de de la persona jurídica (Consejo de Administración y no a las personas físicas que lo integran) o, en los supuestos de delegación de funciones¹⁶³.

Respecto al hecho constitutivo del delito, habrá de practicarse prueba suficiente de cargo, tanto si se ejerce acusación formal sobre la persona física cómo si no. Se precisa, por tanto, la acreditación mediante la correspondiente actividad probatoria del hecho punible efectuado por la persona jurídica para la declaración de responsabilidad penal de la entidad colectiva. Con ello se fija la responsabilidad autónoma de la posible condena de la persona física o incluso de su sobreseimiento, exención, o extinción de responsabilidad; pues, aunque el hecho efectuado por la persona física sea catalizador, no es presupuesto de la responsabilidad penal del ente, la condena específica por la responsabilidad individual de la persona física.

¹⁶² Vid para mayor ahondamiento, GONZALEZ CUSSAC “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: art 31 bis, ter, quater y quinquies”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, (dir) GONZALEZ CUSSAC, (coords) GORRIZ ROYO/MATALIN EVANGELIO), Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 155 y ss.

¹⁶³ GONZALEZ CUSSAC “Responsabilidad penal de las personas jurídicas...pág 157 y 159. Para el autor, basándose en la escisión entre los deberes de la persona jurídica y los deberes de la persona física con específicas facultades jurídicas, lo que permite fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el incumplimiento del deber atribuido a la propia persona jurídica, el defecto de control, esto es, la inadecuación de los modelos de organización y control.

Las notas musicales dadas por el legislador se combinan armónicamente, creando escalas y composiciones musicales que excluyen la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando la persona física actué en su propio y exclusivo interés, siempre que el ente no haya obtenido ventaja/beneficio directo o indirecto¹⁶⁴. Esto es, el ente es responsable en la medida que el ilícito sea cometido en su interés o para su ventaja, no siendo imprescindible que el delito sea cometido en el exclusivo interés del ente jurídico¹⁶⁵.

En este marco, los *compliance programs* se han convertido en la *señal de identidad* de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Casi todos los programas tienen un rol central: la especificación de los objetivos buscados y los valores protegidos en un documento informativo para los trabajadores, así como los controles externos e internos¹⁶⁶.

La pregunta que debemos efectuar en este momento es, frente la masa arbórea que constituye la realidad orgánica y funcional de una empresa, ¿los *compliance programs* han de funcionar como pantalla?

La mera existencia objetiva de un compliance program dentro del tejido empresarial de una empresa no puede excluir la correcta valoración de la culpabilidad a la hora de individualizar la

¹⁶⁴ En el mismo sentido, el ordenamiento italiano ROSSI, “Tipologia e discipline delle sanzioni” en *La responsabilità del ente per il reato commesso nel suo interesse*, (dir) VINCIGUERRA, Ed Cedam Padova, 2004, Milan, pág 67.

¹⁶⁵ En el mismo sentido, ROSSI, “Le sanzioni dell'ente” en *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Ed Cedam Padova, Milano, 2004, pág 37 “Ferma restando comunque, come ora ricordato, l'indefettibile presenza almeno di un “cointeresse” di questo”.

¹⁶⁶ SIEBER, “Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica” en AAVV, *El derecho penal económico en al Era Compliance*, coord ARROYO, GÓMEZ COLOMER, NIETO, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág 72; GONZALEZ CUSSAC “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: art 31 bis, ter, quater y quinquies”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, (dir) GONZALEZ CUSSAC, (coords) GORRIZ ROYO/MATALIN EVANGELIO), con la aparición en escena de los compliance programs, se ha conmutado la defensa personal corporativa en defensa penal preventiva de las corporaciones empresariales. Asistimos a la protección proactiva de los gestores de sus propias firmas mediante programas de cumplimiento realmente “efectivos” diseñados para disuadir de la comisión de delitos. Convirtiendo a un programa de cumplimiento efectivo en la primera línea de defensa (reducción de riesgos y consecuencias penales); DE MAGLIE, *L'etica e il mercato, la responsabilità penale delle società* Ed Guifré Editore, Milano, 2002, “Il merctao senza etica, XII pág, 145. “La ética individual consituye la premisa sobre la que se viene a construir los *compliance program*...el relanzamiento de la ética individual como guía y espíritu de la actividad de la empresa aparece de forma tan intensa que hace pensar que finalmente el mercado se halla de frente al nacimiento de una nueva era”.

pena, perdemos o nos privamos en el camino de matices del entretejido del hecho si, a la “eficacia teórica” del modelo de organización y funcionamiento se le otorga objetivamente valor exculpatorio. Pues, como ha señalado QUINTERO OLIVARES, “la mejor prueba de ineficacia es, precisamente, que no se ha impedido la comisión de un delito”.

BRICOLA pone “el acento sobre la necesidad de impedir que la personalización de la responsabilidad en el ámbito organizativo ayude a la formación de una zona de inmunidad sobre los entes y asociaciones que terminen obteniendo directa o indirectamente beneficios derivados del ilícito personalizado”¹⁶⁷.

En definitiva, la existencia aséptica u objetiva, de los *compliance programs*, no pueden sustituir la individualización de la pena¹⁶⁸. Lo contrario conlleva una ruptura con el sistema de creencias que rigen en nuestro ordenamiento, ya que no se trata de una distorsión de la culpabilidad provocada por la evolución de la sociedad, sino, la creación de un derecho a medida de las necesidades de un mínimo sector de la sociedad, en la que la esencia del Derecho, velar por el respeto de los bienes jurídicos esenciales respondiendo a la lesión o puesta en peligro de los mismos (desde la óptica preventiva/retributiva), perdería su razón de ser. Sin obviar que, en la realidad criminológica aducida, estaríamos negando la realidad del ciudadano, con una quiebra del principio de igualdad ante la ley.

La carga de la prueba del hecho constitutivo de la responsabilidad penal consistente en el defecto de organización, incumben también a la acusación, que, en el enjuiciamiento de personas jurídicas que cuenten con una organización de cierta complejidad, cumplimentará con facilidad

¹⁶⁷ BRICOLA, “Il costo del principio “societas delinquere non potest” nell’attuale dimensione del fenomeno societario” en *RIDPP*, n.º61, 1970, pág 1002, “el acento sobre la necesidad de impedir que la personalización de la responsabilidad en el ámbito asociativo pretenda evitar la formación de una zona de inmunidad para los agentes y las entidades cuando la ventaja directa o indirectamente deriva de la personalización del ilícito”

¹⁶⁸ Ya en la doctrina americana, LAUFER, hablaba de los problemas de cosmética, búsqueda de chivos expiatorios o deslizamiento del riesgo, citado por NIETO... op cit, pág 207.

cuando no se haya diseñado, implantado, difundido, y actualizado periódicamente un sistema de control interno en el seno de la entidad¹⁶⁹.

GONZALEZ CUSSAC, ve evidente que la participación de los *compliance programs* en la determinación por el juez de la gravedad de la infracción de los deberes de control y vigilancia de las personas físicas responsables, junto con los parámetros del contenido de los deberes legales y contractuales, son, un criterio esencial para evaluar la medida de la infracción, pero no constituyen técnicamente una eximente¹⁷⁰.

Los requisitos para la exención o atenuación (si sólo es objeto de acreditación parcial, esto es, si se ha llevado a término en un grado inferior al exigido para la exención completa¹⁷¹, siendo necesario, por ende, la verificación de los requisitos con un cumplimiento vocacional de efectividad más relajada al exigido para la exención de la responsabilidad penal) dentro de los parámetros anteriores son analizados en el apartado siguiente.

Requisitos para la apreciación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal

1. *Adopción y ejecución con eficacia, antes de la comisión del delito.* La clave para eludir la exención objetiva de responsabilidad penal de la persona jurídica por la mera existencia del *compliance program* es el término “eficacia” tanto en su adopción como, en su ejecución. Eficacia directamente relacionada con la razón económica de las entidades jurídicas, condicionando, además, el juicio sobre el *compliance program* a las “circunstancias personales de su autor” en su versión

¹⁶⁹ GONZALEZ CUELLAR SERRANO/ JUANES PECES, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor” En *Diario la Ley*, núm 7501, noviembre 2010, pág 9.

¹⁷⁰ GONZALEZ CUSSAC “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: art 31 bis, ter, quater y quinquies”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, (dir) GONZALEZ CUSSAC, (coords) GORRIZ ROYO/MATALIN EVANGELIO), Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 159.

¹⁷¹ En este sentido, GONZALEZ CUSSAC “Responsabilidad penal de las personas jurídicas...op cit, pág 173, considera que sólo habrá acomodo en la acreditación de la existencia de un modelo de cumplimiento inadecuado o insuficiente, esto es, un modelo que sólo parcialmente es eficaz para detectar y evitar la comisión de los delitos. El propio autor recoge las palabras del Dictamen del Consejo de Estado, de las que resalto: “*la existencia de voluntad*”, “*existencia de actuación de control*”, “*cierta preocupación por el control*”, “*un control menos intenso del exigido para la exención plena de responsabilidad penal, pero suficiente para atenuar la pena*”.

empresarial: extensión de la empresa, sector y mercado en el que opera y los riesgos empresariales que afronta.

Para ello, es necesario efectuar un “juicio de idoneidad”, de doble naturaleza: el primero, formal, invita a cotejar la naturaleza del delito previsto en el programa y el realmente cometido (incluyendo medidas eficaces para la prevención del delito de la misma naturaleza al realmente perpetrado). Fijándose, en este sentido, y, a pesar de las indicaciones del Dictamen del Consejo de Estado sobre su naturaleza eminentemente mercantil, en el apartado 5º del artículo 31 bis, una enumeración de los requisitos¹⁷² que han de contener los *compliance programs*; pero, sin proyección a la *realidad y eficacia*¹⁷³ que se exige en aquellos como instrumentos preventivos de la comisión de ilícito penal en su manifestación del buen ciudadano. De modo que, el juez habría de efectuar un control formal a la hora de valorar la inclusión o no en el *compliance program* de los requisitos fijados legalmente para, posteriormente y, antes de pronunciarse sobre la apreciación o no la exención de responsabilidad penal o, en su caso, la atenuación, efectuar una individualización material del juicio de idoneidad. No interviene, en este momento, los clásicos parámetros de la culpabilidad: la gravedad del hecho y las circunstancias personales del autor, sino la implementación dentro de la entidad jurídica de la denominada cultura empresarial.

El segundo, material y, de mayor calado a la hora de la individualización, dirige el juicio de idoneidad hacia la verificación inmaterial de hipótesis y expectativas, con una doble vertiente:

¹⁷² 1. *Identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deban ser prevenidos.* 2. *Establecimientos de protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquellos.* 3. *Disposición de los modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deban de ser prevenidos.* 4. *Imposición de la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.* 5. *Establecimiento de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.* 6. *Realización de una verificación periódica del modelo y su eventual modificación cuando se produzcan infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, estructura de control o en la actividad desarrollada que los haga necesarios,* 31.bis. 5º CP.

Son numerosos los estudios que abarcan la metodología sistemática de la evaluación y gestión de riesgos.

¹⁷³ En este sentido, GONZALEZ CUSSAC “Responsabilidad penal de las personas jurídicas...op cit, pág 181, el autor desgrana esta eficacia y realidad en la imposibilidad de ser considerados para medir el grado de funcionamiento eficaz del mismo, tampoco para valorar la real imputación de órganos ad hoc de supervisión, ni para medir el carácter fraudulento de la conducta de la persona física, ni como criterio medidor de la omisión o ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión y vigilancia (este último se deriva del comportamiento de los subordinados).

Una individualización en abstracto, centrada en que el modelo de cumplimiento concretamente adaptado contenía medidas idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza del que realmente se ha cometido¹⁷⁴.

O, bien, una individualización estadística de la reducción del riesgo de comisión del hecho ilícito mediante los *compliance programs* 175.

Ambas opciones tienen una difícil operatividad en la práctica para colmar la necesidad de “eficacia”. La complejidad que entraña sumada a la realidad diaria de carga laboral de los órganos jurisdiccionales (adicionada la ausencia de preparación especializada y cualificada), aboca a convertir la mera existencia de los *compliance programs* en causas objetivas de exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas o, en los supuestos de exigir “realidad” a esa “eficacia” optar por una vía intermedia, propiciada ya en el derecho comparado: los acuerdos de encausamiento diferido, en los que para evitar la continuación del proceso penal se procede por parte de las entidades jurídicas al cumplimiento de determinadas condiciones como: pago de multas, admisión de culpabilidad, compromisos de modificación de su estructura corporativa o de no reiterar la vulneración de la ley.

2. *Confección por órgano dentro de la persona jurídica con poder autónomo de iniciativa y de control.*

¹⁷⁴ GONZALEZ CUSSAC “Responsabilidad penal de las personas jurídicas...op cit, pág168, 169, aboga por un juicio de idoneidad relativo ex ante, salvando la diferencia temporal entre la comisión posterior y la idoneidad ex ante, así como la evidencia del fracaso del modelo por la comisión del delito, mediante recursos o parámetros ya establecidos, como por ejemplo, la Ley 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

¹⁷⁵ GONZALEZ CUSSAC “Responsabilidad penal de las personas jurídicas...op cit, pág169, para el autor la exoneración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas precisa de un “descenso significativo del riesgo”. Un parámetro de bastante ambigüedad que no especifica si la cuantificación ha de ser realizada respecto a la actividad social, o el sector de actividad, los antecedentes de la empresa o hacia estadísticas empíricas, o, por el contrario, un juicio cualitativo.

La realidad de los *compliance programs* precisa no sólo la confección formal sino la asunción como propio dentro de la mentalidad colectiva de la entidad jurídica, para ello, es necesario favorecer y garantizar el conocimiento de los mismos, no sólo a la base de la organización empresarial, sino, también y, fundamentalmente, al vértice de la estructura colectiva, conformada por aquellos que adoptan los criterios, pautas y dirección que rigen en la actividad de las entidades jurídicas.

La garantía para dar el salto a la realidad material de esta conciencia colectiva se traduce en órganos específicos con autonomía de control, alejados o inmunes a las influencias o interferencias dentro de la propia empresa, en su doble vertiente: desarrollo de las funciones por parte del órgano que tiene asumida las mencionadas funciones, o, bien, por órganos creados ad hoc dentro de la propia entidad jurídica.

No obstante, el legislador tiene en cuenta la realidad económica y estructural que separa a la entidades o sociedades de pequeñas dimensiones¹⁷⁶ y entidades colectivas de mayor alcance societario, permitiendo que las primeras efectúen la confección y supervisión de los modelos de organización y control por el órgano de administración respecto a las sociedades de administrador único, art 31ter 1ª del CP

3. Elusión fraudulenta de los modelos de organización y prevención

La exención de responsabilidad de las personas jurídicas precisa que el autor individual del delito haya cometido el hecho ilícito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y prevención. Elusión fraudulenta¹⁷⁷ que entraña engaño¹⁷⁸, que habrá de ser valorado desde criterios individualistas adaptados a la especial idiosincrasia de los entes colectivos.

¹⁷⁶ “O, aquellas que, según la ley aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviadas” (art31 bis. 2.2ª).

¹⁷⁷ GONZALEZ CUSSAC “Responsabilidad penal de las personas jurídicas...op cit, pág 172, habla de intención de esquivar la eficacia del programa de prevención.

4. *No omisión o ejercicio insuficiente de sus funciones de vigilancia y control*

La exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante la aplicación de los compliance program precisa de la actividad por parte de aquellas de un “buen padre de familia”. No es suficiente haber dado vida a los modelos de prevención, sino que es necesario tutelarlos durante su vida, o, en palabras de GONZALEZ CUSSAC, habrán de ser “adoptados y ejecutados...y desarrollados y administrados de manera diligente”¹⁷⁹.

En párrafos anteriores hemos examinado la exención de responsabilidad desde el punto vértice de la entidad colectiva o, denominado por la doctrina, primer nivel de transferencia, pero la exención se extiende a aquellos cuya acción es, así mismo, catalizadora de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, los subordinados.

Si el legislador español apuesta por una mayor coherencia musical (proporcionalidad) en la escala de la partitura, cuando nos hallemos ante una identificación orgánica entre el ente y la persona física de naturaleza estrictamente legal (cuando el ilícito proviene de la conducta delictiva de un director o persona física colocada en la pirámide organizativa del ente jurídico), frente a la minoración de la cuantificación del desvalor cuando la pena se halle impuesta a la empresa o persona jurídica por el ilícito generado por la inobservancia de las obligaciones de dirección o vigilancia por parte de personas físicas trabajadores en puestos inferiores a la pirámide organizativa. En el mismo sentido, se reclama la apreciación o valoración de la posibilidad de cuantificar la minoración del desvalor por ROSSI¹⁸⁰. El ilícito es el mismo, solo cabe la minoración del desvalor si optamos por la teoría de la organización.

¹⁷⁸ GONZALEZ CUSSAC “Responsabilidad penal de las personas jurídicas...op cit, pág172, la no especificación del tipo de engaño extiende la tipicidad hacia cualquier tipo de engaño admitido en derecho (anterior, coetáneo, posterior, descrito en el contexto de procesos causales).

¹⁷⁹ GONZALEZ CUSSAC “Responsabilidad penal de las personas jurídicas...op cit, pág 173.

¹⁸⁰ ROSSI, “Le sanzioni dell'ente”... op cit, pág 64.

Lo cierto es que la responsabilidad basada en la teoría de la organización con base en el buen ciudadano ha de condicionar la culpabilidad. Una empresa de mayores dimensiones ha de tener un control exquisito acerca de controles de programa eficientes preventivos.

Para NIETO, la culpabilidad ha de tener como referente las *Guilness*, un sistema de culpabilidad base cualquiera que sea la posición que ocupe el sujeto activo desencadenante de la responsabilidad colectiva. Agravándose la pena según la posición ocupada por el autor individual, así como factores propios de las entidades colectivos, como son el tamaño de la empresa, y el de las unidades organizativas¹⁸¹. Es un aspecto de la teoría de la identificación que merece ser rescatado.

“La sociedad es incapaz de realizar un acto, dolosa o culposamente, existe, por contra, una voluntad social resultante de la fusión de la voluntad individual y la voluntad de los socios. La voluntad si no es un mito, se concretiza en cada etapa importante de la vida de la sociedad, gestiona las reuniones, las deliberaciones, el voto de la asamblea general de los socios del Consejo de administración o de dirección. Esta voluntad es capaz de cometer los ilícitos de la misma manera que la voluntad individual”¹⁸².

Y, lo cierto es que, la responsabilidad de la empresa resulta más evidente en caso de imprudencia. La conducta negligente, de no constatarse en el autor individual, puede predicarse de la propia empresa, sin necesidad de localizar la imprudencia de un concreto empleado, de modo que, la culpabilidad es atribuible a la organización cuando la conducta de la empresa aparece como imprudente en su conjunto, ya sea por una gestión de empresa inadecuada o, en la omisión en el establecimiento de canales de información intermedios eficaces destinados al personal dirigente. En cambio, la determinación de la culpabilidad de la empresa dolosa entraña una complejidad mayor

¹⁸¹ NIETO, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 206.

¹⁸² VITU, citado por BRICOLA, “Il costo del principio “societas delinquere non potest” nell’attuale dimensione del fenomeno societario” in *RIDPP*, 1970, pág 960.”Las sociedades son incapaces de actuar dolosa o culposamente, existe, por el contrario, una voluntad social resultante de la fusión de la voluntad individual de los socios. La voluntad, no es, por tanto, un mito, se expresa en cada etapa importante de la vida de la sociedad, a través de los trámites, reuniones, deliberación o el voto de la Asamblea General de los socios del Consejo de Administración. Esta voluntad social es capaz de cometer ilícito en la misma forma que la voluntad individual”.

pues, obliga a describir el flexible concepto de Ethos corporativo, que incita a la comisión de hechos delictivos individuales¹⁸³.

Para LAUFER, la atribución del dolo se ha llevado a cabo a través del “conocimiento colectivo”, distinguiendo entre culpabilidad como criterio de medición de la pena, de la culpabilidad necesaria para imputar el comportamiento, determinándose “el estado mental culpable” de la empresa mediante la prueba de elementos externos del hecho a partir de los cuales, mediante un juicio basado en la razonabilidad pueda concretarse el *mens rea*¹⁸⁴. La clave para los autores se centra en la casuística, reflejándose el dolo como consciencia de la naturaleza de la conducta, y de que ésta ocasiona normalmente un determinado resultado. En definitiva, el dolo supone la permisividad o tolerancia de la ilegalidad, frente a una imprudencia nacida de los supuestos en los que una corporación inadvertidamente crea un riesgo sustancial e injustificado del que debía haber sido consciente, y no lo ha sido, porque se ha alejado del cuidado que se exige a una empresa media en su situación, manifestada en una supervisión o control inadecuados por parte de los directivos¹⁸⁵. Graduabilidad de la culpabilidad que no deja de estar en consonancia con la entidad e intensidad de la gravedad del defecto de organización.

Asumida la inexistencia corpórea de las personas jurídicas, así como la de un alma, ¿su existencia en el tráfico jurídico es permanente?

La previsión de una especie de transferencia o traslado de la responsabilidad de la persona jurídica original a la entidad o entidades en las que ésta se transforme, quede fusionada o absorbida, sin que tampoco quepa extinguir la responsabilidad penal por la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Entendiéndose por disolución encubierta o meramente aparente de

¹⁸³ NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ... op cit, pág 133.

¹⁸⁴ NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ... op cit, pág 157.

¹⁸⁵ NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ... op cit, pág 158 y ss. ZUÑIGA, recogido su pensamiento por el autor, centra el dolo en el concreto conocimiento organizativo del riesgo empresarial que se realiza en el resultado típico.

la persona jurídica cuando continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados o, de la parte más relevante de todos (artículo 130.2 del CP)¹⁸⁶.

Sobre la disolución encubierta o meramente aparente: como es obvio, la carga de la prueba sobre los elementos constitutivos de la responsabilidad de la persona jurídica recae en la acusación, lo que incluye, en relación con la existencia actual de la persona jurídica en el CP, una directriz probatoria, poco apropiada en el ámbito penal. Según la Exposición de Motivos, se trata de una presunción y la norma, al emplear el circunstancial en todo caso, parece, otorgarle la condición de *iuris et de iure*, sin posibilidad de prueba en contrario. Una interpretación conforme al derecho de presunción de inocencia exige entender la directriz como guía indicativa de indicios susceptibles de fundar la correspondiente presunción judicial¹⁸⁷.

VI 31 ter, Reglas de perseguibilidad, marca la diferenciación y, con ello, la autonomía de la responsabilidad penal de las personas jurídicas del hecho catalizador de la responsabilidad de las mismas¹⁸⁸.

Diferencia que parte de la no necesidad de individualización de la culpabilidad de la persona física como presupuesto de la culpabilidad de las empresas; confirmado, posteriormente, en la afirmación del artículo 31 quater de no transferencia de la concurrencia de circunstancias atenuantes o eximentes en la persona física a la persona jurídica, esto es, no excluye ni modifica la responsabilidad penal de las entidades colectivas¹⁸⁹.

¹⁸⁶ DEL ROSAL BLASCO, “La responsabilidad penal de empresas y los códigos de buena conducta corporativa” en *Diario la Ley*, núm 7670, junio 2011, pág 2.

¹⁸⁷ GONZALEZ CUELLAR SERRANO/ JUANES PECES, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor” En *Diario la Ley*, núm 7501, noviembre 2010, pág 9.

¹⁸⁸ En el mismo sentido GOMEZ MARTIN, *Comentarios al Código Penal*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 173, sostiene el autor que esta desvinculación de la responsabilidad penal de la persona jurídica de la persona física que comete el delito, permite a un sector doctrinal mantener el modelo de auto responsabilidad.

¹⁸⁹ Sostiene GOMEZ MARTIN, *Comentario al Código Penal*, MIR PUIG (dir), Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 174, que la alusión de “las circunstancias que afecten al acusado” resulta equívoca. Para el autor si partimos de un sentido estricto únicamente las circunstancias previstas en los dos primeros apartados del artículo 20 afectarían a la normalidad motivacional del reo, siendo, por tanto, el resto de las circunstancias de ese mismo artículo comunicables a la persona jurídica. No obstante, se decanta el autor por un concepto de culpabilidad más amplio acorde con la apreciación de atenuantes del art 31 quater.

Desvinculación que pierde su fortaleza cuando en un intento de distanciarse de la confusión del capital de la persona jurídica y la persona física del administrador, en los supuestos de pequeñas empresas, se compensa la responsabilidad de la persona jurídica con la del autor del delito, únicamente, cuando la sanción penal adopte la forma de multa¹⁹⁰.

31 quater Circunstancias atenuantes específicas. Directamente entroncadas con el arrepentimiento y la colaboración procesal. Se hallan en el otro extremo del *iter criminis* respecto a los *compliance programs*, pues, si, estos han de ser previos a la comisión del delito respondiendo a su naturaleza preventiva, las atenuantes que han de ser valoradas por el Juez a la hora de la individualización de la pena, son conductas posteriores a la comisión del ilícito, esto es, se vinculan a la punibilidad o a la mayor o menor necesidad de pena en el caso concreto¹⁹¹, excluyendo la posibilidad de alterar la culpabilidad¹⁹².

Fijando el legislador, de forma expresa la incomunicabilidad de las circunstancias atenuantes o eximentes entre los autores coprincipales: la persona física y la persona jurídica. Incomunicabilidad que ha provocado a algunos autores a hablar de “régimen paralelo”¹⁹³.

¹⁹⁰ En este mismo sentido GOMEZ MARTIN, *Comentario al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 174, tal y como sostiene el autor se trata de evitar situaciones de bis in idem.

¹⁹¹ En el mismo sentido, DE LA MATA BARRANCO/ HERNÁNDEZ, “Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, DE LA CUESTA ARZAMENDI (Dir), DE LA MATA BARRANCO (Coord), Ed Aranzadi, Navarra, 2014, pág 237 y 238, este punto de partida de la punibilidad parece alzar implícitamente las dificultades de la culpabilidad de las personas jurídicas; también BACIGALUPO SAGGESE, “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y sus órganos de gobierno (artículo 31bis y 129)” en *Diario la Ley*, núm 7541, junio de 2011, pág 4.

¹⁹² En este mismo sentido, DIAZ GOMEZ, “Modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010,” en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, pág 10, al no reflejar una minoración de la pena, puede interpretarse como supuestos de menor necesidad preventiva de pena.

¹⁹³ DIAZ GOMEZ, “Modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010,” en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, pág 10.

Ahora bien, la valoración de las circunstancias atenuantes ha de desplazarse en las aristas de la esencia propia de las entidades colectivas. Pero, teniendo en cuenta, la ausencia de normativa o jurisprudencia al respecto, el Juez ha de extraer las pautas valorativas de aquellas, de la valoración de la concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad de la persona física¹⁹⁴. Con ello, no se argumenta a favor de un régimen general de aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad en su vertiente de atenuantes, conforme al artículo 21 del Código penal, de forma incondicional y exhaustiva¹⁹⁵, que supondría una quiebra del principio de legalidad, máximo exponente del Derecho penal como medio o vehículo de evitar la inseguridad jurídica en la penalización de las conductas. Sin olvidar que la extensión de la aplicabilidad del resto de atenuantes a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, quebraría el cimiento de ausencia de organización como fundamento de la responsabilidad penal de éstas, al aceptar la culpa como delimitador de la atenuación, dejando aún más frágil la delgada línea fronteriza de la independencia de la responsabilidad de la persona física y la responsabilidad penal del ente colectivo¹⁹⁶.

¹⁹⁴ En este sentido, NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de la personas jurídicas...* op cit, pág 212, 213 y ss, ejemplifica la necesidad de respetar los límites de los derechos constitucionales en la aportación documental, entre otros. Propone limitar la atenuación por colaboración a los supuestos de altos directivos de las entidades colectivas, como medio para evitar los chivos expiatorios. No ponen en duda, el autor la contradicción de la apreciación de la atenuante sobre la base de una agravación de la responsabilidad de la entidad jurídica, tal es, la actuación por alto cargo directivo, solventándose, según en el autor, en la no apreciación de la agravante siempre y cuando concurra una adecuada colaboración.

¹⁹⁵ A favor de la aplicación del régimen general de aplicación, DE LA MATA BARRACO/HERNÁNDEZ, “Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, DE LA CUESTA ARZAMENDI (Dir), DE LA MATA BARRANCO (Coord), Ed Aranzadi, Navarra, 2014, pág 237 y 238; DIAZ GOMEZ “Modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010,” en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, pág 10; ROBLES PLANAS, “Delitos de personas jurídicas. A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hecho delictivos” en *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm 2, 2009, diciembre, pág 14; SANCHEZ ROBERT, “La persona jurídica en los delitos del artículo 319 del CP” en *Anales de Derecho*, núm 30, 2012, pág 21, abogan por la extensión a las causas de eximentes del artículo 20 del CP a pesar de la ausencia de previsión legal, como eximentes directas, con origen el artículo 31 quater. 3 “circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado” entendiéndose que si en el autor material concurre una eximente que justifique el hecho no debe deducirse responsabilidad penal para las personas jurídicas. Siempre que no afecten a la culpabilidad de la persona física del actuante la eximente podrá transferirse a la persona jurídica, de forma que, dentro de las eximentes no influyen en la culpabilidad (esto es, aquellas en las que no es posible exigir responsabilidad por ausencia de antijuricidad) nos encontramos: la legítima necesidad, el estado de necesidad y el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho. Abogando algunos de ellos por la aplicación del resto de atenuantes previstas en el artículo 21 del CP a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En contra de la aplicación de un régimen general de atenuación de la pena, conforme al artículo 21 del CP, MANZANARES SAMANIEGO, “Las penas de las personas jurídicas” en *Diario La Ley*, núm 7920, 2012, agosto, pág 2.

¹⁹⁶ También BACIGALUPO SAGESSE, “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (art 31 Bis y 129 CP)” en *Diario La Ley*, núm 7699, 2011, pág 4; DE LA MATA BARRANCO/HERNÁNDEZ, “Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, DE LA CUESTA ARZAMENDI (Dir), DE LA MATA BARRANCO (Coord), Ed Aranzadi, Navarra, 2014, pág 236; CHOCLAN

La virtualidad práctica de estas atenuantes postdelictuales está dirigida a incrementar la eficacia del proceso penal y reducir los costes¹⁹⁷.

31 quinquies. Circunstancias de los sujetos ahora no excluidos: Sociedades Mercantiles Estatales
La responsabilidad penal no será de aplicación al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, a las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de Derecho Público y aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas. En un intento de superar la percepción en la conciencia de la sociedad de impunidad de dos actores de la vida política¹⁹⁸, no se circunscribe la exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a partidos políticos y sindicatos¹⁹⁹.

Exclusión que abarca a la Sociedades mercantiles Estatales²⁰⁰ que ejecuten políticas o presten servicios de interés económico general.

MONTALVO, “Los criterios de atribución de responsabilidad en el seno de las personas jurídicas en el artículo 31 bis del texto proyectado”, en el *Anteproyecto de Modificación del Código Penal de 2008: Algunos aspectos*, Ed Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pág 30.

¹⁹⁷ NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo...* op cit pág 212.

¹⁹⁸ Exposición de Motivos de la Ley 7/12, de 27 de diciembre, modifica el Código penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y la Seguridad Social.

¹⁹⁹ *Por la responsabilidad por las actuaciones ilícitas desarrolladas por su cuenta y en su beneficio, por sus representantes legales y administradores, o por los sometidos a la autoridad de lo anteriores cuando no haya existido un control adecuado de los mismos.*

²⁰⁰ GOMEZ-JARA DIEZ, “Sujetos sometidos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en BANACLOCHE PALAO/ ZARZALEJOS NIETO/GOMEZ JARA, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed La Ley, Madrid, 2011, pág 52 y ss, llama la atención sobre sobre la omisión legislativa a las sociedades autonómicas, provinciales o locales, y las posibles consecuencias adversas en forma de exoneración de responsabilidad penal por ausencia en la tipicidad.

VI.2.3.2.3 ¿CUAL ES EL EFECTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ENTES COLECTIVOS?

En esa amplia gama de notas musicales, se plantea la cuestión de la “sanción óptima”²⁰¹, en el marco de unas garantías mínimas. En un intento de responder a esta variedad musical se han perfilado distintas opciones doctrinales que se concretan en el modelo económico (confían en la multa como único medio de generar la autoorganización), el modelo estructural (se precisan sanciones más incisivas y restrictivas de libertad de la organización empresarial que la multa), y el modelo piramidal (se centra en la justicia restaurativa, en un equilibrio entre la medida a aplicar y el tiempo de aplicación, en un intento de originar un clima de confianza en los poderes públicos)²⁰².

La cuestión anterior se responde, por otros autores, como la “triade di risposte punitive”...está constituido de la común finalidad preventivas propia de la trilogía sancionatoria²⁰³. Girando en torno al pilar de la patrimonialidad sobre la base conexas de la potencialidad económica del ente²⁰⁴. Como ejercicio de proporcionalidad entre el hecho y la sanción y manifestación del merecimiento de la pena o sanción²⁰⁵. Convirtiéndose en las verdaderas y esperadas “respuestas” a la política de empresa²⁰⁶.

²⁰¹ MONTERO SOLER/TORRES LOPEZ, *La economía del delito y de las penas. Un análisis crítico*, Ed Comares, Granada, 1998, pág 122 y 128 y ss; BECKER G., “Crime and Punishment: An Economic Approach”, en *Journal of politic economy*, n.º76, pág 169 y ss.

²⁰² WRAY, “Corporate Probation Under the New Organizational Sentencing Guidelines”, en *The Yale Law Journal*, Vol 101, 1992, pág 2019 y ss.

²⁰³ ROSSI, “Tipologia e discipline delle sanzioni” en *La responsabilità del ente per il reato commesso nel suo interesse*, (dire) VINCIGUERRA, Ed Cedam Padova, Milan, 2004, pág 64, se hace referencia a la multa, la sanción interdictiva y otras multas.

²⁰⁴ PALIERO, “Il d.legs. 8 giugno 2001, n231: d'ora in poi, societas delinquere (et punire) potest”, in *Corriere giur.*, 2001, pág 846, “una connotación frecuente impresa sobre la ilegalidad ...mediante la estrategia ventajosa y fácil de acudir a ella, de una responsabilidad mediata de la sola persona física que interviene en la realización, donde el peso de la penalización no es únicamente de aquellos sujetos sino duplicado”.

²⁰⁵ Proporcionalidad que determina a un sector doctrinal a abogar por la ruptura de la unicidad del marco legal sancionatorio “por la respuesta sancionatoria en abstracto imponible al ente, elaborándose con las lógicas diferencias cuantitativas y cualitativas”, DE VERO, “Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente colectivo dipendente da reato”, in *Riv. it.dir.e proc.pen.*, 2001, pág 1135.

²⁰⁶ ROSSI, “Tipologia e discipline delle sanzioni” en *La responsabilità del ente per il reato commesso nel suo interesse*, (dire) VINCIGUERRA, Ed Cedam Padova, 2004, Milan, pág 64.

Descartada la finalidad de resocialización²⁰⁷ y de prevención general negativa, impropias de la responsabilidad colectiva, y, apoyándonos en la finalidad preventiva general²⁰⁸ positiva, como medio de alcanzar el fin de la autorregulación, la multa alcanza este objetivo, quizás, de forma eficaz pues, si a diferencia de las personas físicas, cuyas infracciones pueden estar motivadas por fines irracionales, los delitos cometidos por las personas jurídicas son consustanciales a fines racionales y a una posible maximización de beneficios. De forma que, la amenaza a la empresa con una sanción que minore sus beneficios, provocará, en respuesta de la prevención general positiva, una tendencia materializada en la abstención de realizar cualquier hecho delictivo.

Para ello, se requiere la presencia de dos requisitos: que la multa represente un cálculo correcto, y, que los socios ejerzan sobre los administradores la influencia necesaria, o aumenten los controles sobre los mismos²⁰⁹. (Rossi si admite la prevención especial en las sanciones interdictivas, per definizione fondate sulla funzione de qua...²¹⁰).

No cabe, en principio, para algunos autores, la resocialización en la sanción impuesta al ente jurídico. Si uno analiza el alcance de los conceptos de *Business Ethics*, (realización de valores que van por encima de las exigencias legales), del mismo cariz, *Integrity codes*, *Corporate Social Responsibility*, observa que apuntan a la orientación de la dirección de la empresa en determinados objetivos y valores²¹¹.

²⁰⁷ En sentido contrario, BRICOLA “il costo del principio “societas delinquere non potest” nell'attuale dimensione del fenomeno societario” in *RIDPP*, 1970, pág 961, ha manifestado que “la sociedad es incapaz de sentir el efecto aflictivo o reeducativo de la sanción penal. Se trata de una observación bastante condicionada por el proceso de la intangibilidad del sistema sancionador penal....Si es claro que la ciencia penitenciaria es lo suficientemente elástica para suministrar pena o medidas a la culpa de la persona jurídica (disolución de la persona jurídica) dentro de su actividad (prohibición del ejercicio de una determinada actividad profesional) o dentro de su patrimonio (pena de multa o de comiso). No es imposible individualizar otras sanciones a fin de recuperar el orden económico de la sociedad”.

²⁰⁸ En parecidos términos, ROSSI, “Tipologia e disciplina della sanzioni” in *La responsabilità del ente per il reato commesso nel suo interesse*, (dire) VINCIGUERRA, Ed Cedam Padova, 2004, Milan, pág 65, aboga por la prevención general (sin delimitar su sentido negativo o positivo) de la sanción pecuniaria.

²⁰⁹ POSNER, R., “Optimal Sentences for white collar criminal”, en *Am. Crim. Law. Review*, n.º 17, 1980, pág 409 y ss; PARKER, “Criminal Sentencing Policy for Organizatins: The Unifying Approach of Optimal Penalties”, en *Am. Crim. Law Review*, 1989, pág 513 y ss.

²¹⁰ ROSSI, “Tipología e disciplina... op cit pág 65.

²¹¹ SIEBER, “Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica” en AAVV, *El derecho penal económico en la Era Compliance*, coord ARROYO, GÓMEZ COLOMER, NIETO, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág 64.

Estos conceptos trascienden el campo valorativo y se extiende a procedimientos para su protección o para el cumplimiento de las exigencias legales, que son, nuevamente, los *compliance programs*²¹².

La resocialización como fin de la pena, o, incluso dentro del marco de política criminal, no se encuadra en los términos estrictos referenciados en los capítulos II y III de esta tesis, sino que han de ser abordados desde la idiosincrasia de los entes colectivos.

La crisis de valores manifestada en la constante interactuación en el mercado, ha tenido su respuesta en la dogmática, TIEDEMAN, ya en el año 69, hablaba del despertar de la ética económica a través de la ética social²¹³.

Asistimos a la necesidad de integrar al ente jurídico en el sistema de creencias de la sociedad, la respuesta surge con los *compliance programs*. Pero, ¿qué ocurre ante la comisión del ilícito penal por parte la organización o ente jurídica? La fisura de la confianza de la sociedad, ha de ser reparada, manifestada en la correspondiente sanción, con un plus, la resocialización del ente jurídico, *como mantenimiento de la confianza de la sociedad en estos entes* a los que se les reconoce como sujetos limitados de la sociedad. Por ello, creemos en la presencia de la “resocialización” dentro de los fines de las penas impuestas a los entes jurídicos, quizás más difusa y etérea en la multa, pero como una fuerte figura en las sanciones interdictivas.

Estas dos mismas condiciones (la multa represente un cálculo correcto y, que los socios ejerzan sobre los administradores la influencia necesaria, o aumenten los controles sobre los

²¹² SIEBER, “Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica” en AAVV, *El derecho penal económico en al Era Compliance*, coord ARROYO, GÓMEZ COLOMER, NIETO, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág 64.

²¹³ TIEDEMAN, citado por SIEBER, “Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica” en AAVV, *El derecho penal económico en al Era Compliance*, coord ARROYO, GÓMEZ COLOMER, NIETO, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág 70.

mismos) son, no obstante, el punto de partida de las críticas doctrinales de sentido contrario a la exclusividad de la multa como medio sancionatorio de la responsabilidad colectiva. Por un lado, plantean los supuestos de insolvencia, que genera la indiferencia ante la sanción o los términos preventivos de la misma²¹⁴. La escisión, por otro lado, que se produce, de ordinario, en las entidades entre el capital y la gestión, así como el desequilibrio de los intereses particulares frente al interés principal/objetivo de la persona jurídica, contribuyen a las críticas de la exclusividad de la multa como medio sancionatorio ante los ilícitos penales de los que responde la responsabilidad colectiva. Adicionándosele las posibles injerencias de los efectos de la multa hacia terceros, en la medida que se proyecten las secuelas económicas de la disminución patrimonial o de liquidez experimentada por multa hacia aquellos con derechos ejercitables sobre ellas²¹⁵. “La principal crítica se basa en la creencia de que el sistema de multa no favorece los fines generales al generar injusticia e ineficacia. En tanto, además de afectar a las personas jurídicas, se extienden a sujetos inocentes, no responsables de las elecciones de política *anziendale*, al no formar parte del grupo dirigente que gestiona la organización interna, así como las relaciones con el ámbito externo a la empresa”²¹⁶.

El modelo estructural es consciente de las dificultades planteadas por la exclusividad de la multa como sanción ante la responsabilidad colectiva, abandonando los planteamientos omnicomprendidos y apostando por métodos más integradores, dirigidos a la limitación en la autoorganización. Si en el seno de su actividad se produce la actividad ilícita queda acreditado la no racionalidad de la organización de la empresa, precisando de una intervención externa, el juez, un tutor, curador, que les señale los cambios a realizar en aras de obtener una correcta

²¹⁴ COFFE, “Corporate Crime and Punishment: A non Chicago View of the economist of Criminal Santion”, en *Am. Crim. Law Review*, núm 17, 1980, pág 420 y ss; del mismo autor “Non Soul to Damm, No body to kick, an Unscandalized Iquiry Into The Problem of Corporate Punishment”, en *Mich. Law Review*, núm 79, 1981, pág 386 y ss; COFFEE/GRUNER/STONE, “Standar for organizational probation: a proposal to the United States Sentencing Commission” en *Whittier Law Review*, vol 10, 1988, pág 77 y ss; KENEDY, “Criminal Sentences for Corporations: Alternative Fining Mechanisms” en *Cal. Law Review*, núm 73, 1985, pág 443; DE MAGLIÈ *L' Ètica dil mercato...* op cit pág 40 y ss.

²¹⁵ En este sentido, NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo...* op cit, pág 271, hace referencia a la nullification, efecto de las resoluciones judiciales que a fin de evitar los efectos colaterales, suavizan el contenido de las multas a imponer.

²¹⁶ DE MAGLIE, *L'etica del mercato. La responsabilità penale della società...* op cit pág 44. “El principal ataque a los fines que generadores de injusticia y de ineficacia radica en la convicción de la pena pecuniaria. Además de afectar a la culpa de la persona jurídica, se extiende a los sujetos inocentes, que no son responsables de las elecciones de política de de dirección de empresa, en tanto no forman parte del grupo dirigente que decide la gestión interna de la organización , extendiéndose, por ello, al exterior”.

autoorganización adaptada al marco de la legalidad, con el objetivo, no tanto de encarecer la realización del delito sino de evitarlos²¹⁷.

Una tercera vía, el modelo piramidal, aboga por el clima de confianza, entendimiento, persuasión a la persona jurídica con el objeto de adoptar las medidas internas preventivas de conductas ilícitas frente al castigo o la persecución²¹⁸. Es la justicia penal dialogada o justicia restaurativa²¹⁹. Con un sistema de engranajes progresivos a la hora de responder ante el ilícito de menor levedad (cómo la amonestación o la persuasión informal) a mayor entidad progresiva, hasta enfocarse en las sanciones penales más graves como la disolución²²⁰.

Las notas ofrecidas por el legislador bajo el paraguas de la legalidad²²¹ adquieren la naturaleza de penas, todas ellas, de entidad cualificada²²², haciéndose eco el legislador²²³, de forma

²¹⁷ COFFEE/ GRUNER/STONE, “Standar for organizational probation: a proposal to the United States Sentencing Commission” en *Whittier Law Review*, vol 10, 1988, pág 82.

Las dificultades que entraña esta teoría se halla en el crédito de la actuación de la entidad en el tráfico jurídico, si ha sido intervenida. En el mismo sentido, NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 273.

Estos efectos adversos se despliegan tanto a la hora de la imposición de la pena, cómo en el mero inicio de del procedimiento penal frente a las personas jurídicas, es el “contexto reputacional de las personas jurídicas” GOMEZ-JARA, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. Ed IB de F, 2010, Buenos Aires, pág 476. Existiendo diversos estudios que acreditan el impacto en la cotización de la acción del mero anuncio de investigación penales contra una entidad, BUCY, “Trends in Corporate Criminal Prosecutions”, en *Am.Crim.L.Rev.* núm 44, 2007, pág 1288 y ss; WEISSAMNN/NEWMAN, “Rethinking Corporate Criminal Liability”, en *IndLJ*, núm 82, 2007, pág 411y ss.

²¹⁸ BRAITHWAITE/FISSE, *Corporations, Crime and Accontability*, Cambridge University Press, 1993, pág 121.

²¹⁹ BRAITHWAITE, J., *Restorative Justice and Responsive Regulation*. Ed Oxford University Press, 2002, pág 8, para el autor la justicia restaurativa y la fuerza de las otras instituciones se entrelaza, conformando la regulación responsable el enfoque de la justicia restaurativa para actuar en los espacios institucionales, donde puede ser el mejor aliado a la hora de actuar contra las conductas delictivas, a su vez, otras institucionales podrán complementar con su fuerza los obstáculos/ deficiencias que presenta el diálogo o el mero entendimiento.

²²⁰BRAITHWAITE, J., *Restorative Justice and Responsive Regulation*. Ed Oxford University Press, 2002, pág 87 y ss Restauración que incluye tanto el daño ocasionado a las víctimas como la posibilidad de un voto de confianza al autor del ilícito mediante medidas de autorregulación. Para el autor norteamericano, esta pirámide progresiva se estructura en seis estadios: el primero, la amonestación. El segundo se representa por la imposición de sanciones administrativas. El tercero, y, bajo supervisión de una autoridad, de investigaciones internas y la imposición de responsabilidades individuales mediante procesos disciplinarios. El cuarto, repite el modelo anterior, pero, en este caso, la supervisión se realiza por el Juez o Tribunal. El quinto, se conforma por la imposición de sanciones penales, tales como, la multa, trabajos en beneficio de la comunidad, publicación de sentencias. El sexto, y último estadio, es el reconocimiento de la ineficacia de la prevención general ante la inactividad o imposibilidad de los directivos a adecuarse al marco legislativo, provocando la disolución de la persona jurídica.

²²¹ En el mismo sentido, DE LA MATA/HERNÁNDEZ, “Los problemas de congruencia y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas” en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, DE LA CUESTA ARZAMENDI, (dir), DE LA MATA BARRANCO (coord) Ed Aranzadi, Navarra, 2014, pág 230.

²²² O, en palabras del legislador, “tienen todas la consideración de graves”.

generalizada y sin favorecer la **individualización armonizadora**, de las repercusiones que, la criminalidad de empresas y “una estructura social de corte industrial”²²⁴, tiene sobre la lesión o puesto en peligro de los bienes jurídicos. En definitiva, “un control sobre las disfunciones sociales”²²⁵ sin correlación al delito individual y concreto en si mismo, con independencia de su duración o entidad²²⁶, provoca una grave quiebra del principio de proporcionalidad.

El elenco de penas del artículo 33.7 del Código Penal (multa, privación, y medidas interdictivas, entre las que se mencionan la suspensión de sus actividades, la clausura de sus establecimientos y locales, prohibición de realizar en un futuro actividades en cuyo ejercicio se halla cometido, favorecido o encubierto el delito, la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores), evidencia la interrelación entre el artículo 31Bis, y 129 del CP, así como la fina frontera con el procedimiento sancionador administrativo, al facultar al juez, para imponer, de forma motivada, una o varias consecuencias accesorias de contenido idéntico a las medidas interdictivas previstas en las letras c) a g) del apartado 7. 33.²²⁷, despejando cualquier duda sobre el carácter aflictivo de las consecuencias del artículo 129 del CP, así como su naturaleza sancionadora.

²²³ Circular 1/2011, de 1 de junio de 2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica número 5/2010, la realidad proporciona muestras de la existencia de un grave fenómeno al que los ordenamientos jurídicos están obligados a dar respuesta.

²²⁴ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, “La indiscutible responsabilidad criminal de las personas jurídicas”... op cit, pág 220.

²²⁵ HEINE, “La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales” en *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág 51.

²²⁶ En este sentido, MANZANARES SAMANIEGO, “Las penas de las personas jurídicas” en *Diario la Ley*, 7920, 2012, pág 2, critica que las penas recogidas en las letras c), d), e), f) y g) pueden ser de sólo unos días. Pero también encontramos, en sentido inverso, que su gravedad real puede superar con mucho, por su duración y contenido, a la propia multa; ECHARRI CASI, “Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales” en *Diario la Ley*, núm. 7632, 2011, pág 6; DE LA MATA/HERNÁNDEZ, “Los problemas de congruencia y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas” en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, DE LA CUESTA ARZAMENDI, (dir) Ed Aranzadi, País Vasco, 2014, pág 228.

²²⁷ MANZANARES SAMANIEGO, “Las penas de las personas jurídicas” en *Diario la Ley*, núm 7920, 2012, pág 2, considera que la situación actual representa un paso hacia atrás en la responsabilidad de las personas jurídicas”. La complejidad de los correspondientes procesos penales en numerosos casos, con imputación, procesamiento o acusación contra una o varias personas físicas, además de contra una o varias personas jurídicas; con el consiguiente retraso en la imposición de sanciones a la persona jurídica, mientras la Administración nada puede hacer por su parte, a la espera de que finalice el procedimiento previo.

La coexistencia de la responsabilidad individual y de la responsabilidad colectiva también tiene su reflejo en el catálogo de penas. En este orden, DE LA MATA BARRANCO llama la atención de los problemas que pueden ocasionarse en materia de congruencia penológica, desde el punto de vista de proporcionalidad, en la superposición de marcos penales entre los diferentes supuestos que se contemplan, en muchos de los cuales se confunden los mínimos y máximos del marco abstracto²²⁸.

No siendo menos cierto, la dificultad a la hora de identificar el hilo conductor que enlaza la pena ante el ilícito de la persona individual, catalizador de la responsabilidad colectiva, con la pena ante el ilícito colectivo. Nos encontramos con inaplicación de la graduabilidad de la pena en atención a la gravedad del hecho²²⁹; minoración de la entidad cualitativa de la pena pese a la esencia del bien jurídico protegido²³⁰; fijación de la pena colectiva en atención a la pena en abstracto que le corresponda a la persona física²³¹. Una clara referencia a la sutil diferencia entre el reconocimiento

²²⁸ DE LA MATA BARRANCO, “Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas”, en la *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, DE LA CUESTA ARZAMENDI (dir), DE LA MATA BARRANCO (coord) Ed Aranzadi, Navarra, 2014, pág 230.

²²⁹ Artículo 156.3 del CP (tráfico de órganos), imponiéndose a la persona jurídica, la pena en proporción al beneficio obtenido, sin consideración en el marco abstracto sancionatorio de la distinción de órgano principal o no (como ocurre en las personas físicas), ni de la posible minoración de la pena en atención a las circunstancias del hecho y del culpable. También DE LA MATA BARRANCO, “Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas”, en la *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, DE LA CUESTA ARZAMENDI (dir), DE LA MATA BARRANCO (coord), Ed Aranzadi, Navarra, 2014, pág 230.

²³⁰ Llama la atención la discordancia de la gravedad de la pena aplicable a la persona física autora de un delito de trata de seres humanos, coherente con el bien jurídico agredido protege bienes jurídicos individuales, (básicamente, la dignidad y libertad, del sujeto pasivo). Se trata de una modalidad específica de ataque contra la integridad moral de las personas, en tanto que la utilización del ser humano para la obtención de fines mercantilistas supone la anulación como persona, en contra de su voluntad o sin consentimiento válido. Se adiciona, además, la puesta en peligro de otros bienes jurídicos protegidos por los delitos que persigue el objetivo explotador: delitos, contra los derechos de los trabajadores, libertad sexual, integridad o salud física, integridad moral. POMARES CINTAS: “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-15, 2001, pág 6; TERRADILLOS BASOCO /PORTILLA CONTRERAS /POMARES CINTAS /GUARDIOLA LAGO, “Trata de seres humanos: art 177bis CP” En (ALVAREZ GARCIA /GONZALEZ CUSSAC, dir) *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, 2010, pág 197.

Un fenómeno criminológico en el que no es posible obviar su carácter transaccional y complejo, generando, altas probabilidades de intervención/autoría significativa de la responsabilidad de las personas jurídicas y, no obstante, el marco sancionatorio penal es de carácter más suave que la pena abstracta de la persona física. También criticando la incongruencia DE LA MATA BARRANCO, “Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas”, en la *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed Aranzadi, Navarra, 2014, pág 230.

²³¹ En los artículos 189 bis (delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores), 251 bis (de las estafas), 261 bis (de las insolvencias punibles), 264. quater (), 288, (delitos de corrupción entre mercado). Delitos que sin orden entre si, protegiendo bienes jurídicos diversos (la libertad sexual; el patrimonio ajeno unido a las facultades de disposición sobre el mismo; derecho de los acreedores al pago y el perjuicio patrimonial que se les causa; la competencia como institución, entendida como el recto funcionamiento del mercado en régimen de libre concurrencia) tienen en común la previsión de la pena en atención a la pena abstracta que le pueda corresponder a la

que efectúa el legislador de la persona jurídica y la actividad de garantía que realiza el mismo legislador frente a la persona física. Esta diferencia no deja de ser una muestra de la pérdida de la individualización armonizadora en aras de tintes objetivos de responsabilidad.

La multa se vislumbra como la pena reina del derecho penal colectivo²³². Con la presencia de un doble matiz limitante, consecuencia de la omnipresencia, en nuestro ordenamiento, de la proporcionalidad, como uno de los criterios rectores del mismo: la necesidad de adaptarse a la capacidad económica de la entidad²³³, sin olvidar o dejar en el cajón, los efectos disuasorios propios de la prevención²³⁴ y, proporcionalidad a la gravedad del delito, (incluida la culpabilidad de la empresa)²³⁵.

En el ordenamiento español se ha acudido al mismo sistema dual de multas²³⁶ que rige en las personas físicas, un sistema de días multa, como norma general, en el que confluyen conceptos económicos de facturación, ebitda, ratios, apalancamientos, necesidades operacionales, caja, capitalización, liquidez, business plan, composición accionarial... en definitiva, una rica variedad

persona física, sin atención a la individualización de la gravedad del hecho causado por cada persona a la que se le impute el mismo hecho. También en sentido crítico DE LA MATA BARRANCO, “Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas”, en la *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed Aranzadi, Navarra, 2014, pág 231 y ss.

²³² HEINE, “Sanctions in the field of Corporate Criminal Liability”, en ESER/HEINE/HUBER (eds) *Criminal Responsibility of Collective and Legal Entities in Freiburg. Ius. Crim.*, 1999, pág 237; GONZÁLEZ-CUELLAR/SERRANO/ JUANES PECES, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor” en *Diario la Ley*, núm 7501, noviembre de 2010, pág 4, hablan de “hegemonía de la sanción pecuniaria”; Afirmando en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 que, “la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas sólo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo art. 66 bis”.

MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito* Ed Tecnos, Madrid, 2015, pág 307, considera que la incorporación de las personas jurídicas como destinatarios de la multa, supone un nuevo impulso a la misma, en el marco de la normativa europea.

DEAGLIE, *L'etica del mercato. La responsabilità penale della società*,... op cit, pág 41, “las personas jurídicas tienen a la maximización de los beneficios y ganancias y no es un crimen si de su aplicación no dé lugar a beneficios a la empresa. De esta premisa surge la convicción que la sanción pecuniaria es la respuesta peor vista respecto del comportamiento culposo de la persona jurídica: Induciéndola a fijar todos los mecanismos necesarios para evitar la imposición de una sanción económica con la consiguiente supresión o minoración de los beneficios”.

²³³ TIEDEMANN, *Poder económico y Delito*, Ed Ariel, Barcelona, 1985, pág 168 y ss.

²³⁴ En el mismo sentido NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*... op cit, pág 279.

²³⁵ TIEDEMANN, *Poder económico y Delito*, Ed Ariel, Barcelona, 1985, pág 168 y ss.

²³⁶ Para NIETO MARTIN, *Fraudes comunitarios*, Ed Praxis, Barcelona, 1986, pág 225 y ss, es en el campo del derecho administrativo de naturaleza sancionador, donde hallamos el sistema más depurado en el momento de medir la capacidad económica de la persona jurídica, estableciéndose una cuantía fija, cuyo límite puede elevarse hasta el 10% del volumen de negocios alcanzado durante el ejercicio económico precedente.

caleidoscópica que acrecienta la situación de diversidad patrimonial frente a las personas físicas, reflejándose con un incremento de la extensión máxima de la multa²³⁷, así como de la cuota diaria²³⁸ a imponer a la hora de la individualización de la pena²³⁹. Como complemento al sistema de día multa, el Código penal hace propio el sistema proporcional, en aquellos supuestos que se determine previamente, enfocándose, no en el interno de la situación patrimonial del autor del hecho delictivo sino, en las consecuencias o posibles efectos económicos del hecho ilícito: el perjuicio, el beneficio, el valor del objeto, o la cantidad defraudada o indebidamente obtenida. Ampliando, con ello, las pautas concedidas al Juez, por el legislador, a la hora de valorar la pena de multa proporcional a imponer a las personas físicas (se reducen a daño, valor del objeto, beneficio)²⁴⁰.

Respecto a la multa, la cuantificación de la misma se centra en la disuasión de la comisión de estos delitos específicos que desencadenan la responsabilidad del ente- Se puede afirmar como la

²³⁷ Cinco años frente al máximo de 2 años en las multas a personas físicas.

²³⁸ La multa por día en las personas jurídicas tendrá una extensión diaria de 30 € (mínimo) a 5000 € (máximo).

²³⁹ En similares términos, NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 279.

²⁴⁰ Las opciones doctrinales son muy variadas en este campo, COFFE/GRUNER/STONE, “Standards for organizational probation: a proposal to the United State Sentencing Commission”. En *Whittier Law Review*, Vol 10, 1988, pág 79, con miras al sistema *economic model* abogan porque la cuantía de la multa debe ser la resultante de multiplicar daño social o ganancias procedentes del delito por el coeficiente que expresara la posibilidad de ser descubierto, mediante, por ejemplo, las encuestas de victimización o programas de inspección que se diseñan teniendo en cuenta las dificultades en el esclarecimiento, fijando como parámetro las zonas de riesgo.

Para COFFE, “No soul to damn no body kick. An unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment” en *Michigan Law Rev*, 1981, pág 413 y ss considera que la multa debe abandonar el sistema monetario como medio de satisfacción y acudir al núcleo del valor de la entidad mercantil, reduciendo el valor nominativo de cada acción, paralelamente a esta reducción la entidad tendría que emitir nuevas acciones propiedad de un fondo estatal con el objetivo de resarcir a las víctimas de la infracción penal. La multa conllevaría una pérdida de poder para los managers, con la consiguiente trascendencia preventiva (KENNEDY, “Criminal Sentences for Corporations: Alternative Fining Mechanisms”, en *California Law Rev*, Vol 109, 1996, pág 460, 468, 471, 472 y ss). Para este último autor, aquella sanción (en este caso, multa) que afecte directamente a los accionistas entra en el marco de necesidad y justicia, en tanto, no facilita la obtención de beneficios con indiferencia del medio utilizado para su obtención, ejerciendo la corresponsabilidad ante el ilícito. Abogando por la consideración de cada accionista de responsable civil de una parte alícuota de la multa impuesta a la entidad jurídica, prorrataando entre todos ellos la sanción económica. Este planteamiento suscita la cuestión del tipo de relación de corresponsabilidad que pueda existir entre los socios y, qué sucede con la insolvencia de cualquiera de ellos, u otras situaciones en las que quede pendiente de satisfacción la parte proporcional de alguno de ellos, el resto responde de forma solidaria? O es una responsabilidad individual e intransferible al resto de los socios? KENNEDY, da un paso mas y, propone, fracturando la esencial separación entre entidad o persona jurídica y los socios de la misma, no la mera atribución de una parte proporcional de la responsabilidad civil derivada de la multa de COFFEE, sino la defunción del límite de responsabilidad (o responsabilidad limitada).

Por su parte, NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* op cit, pág 285 matiza las distintas opciones doctrinales en atención a las circunstancias cuantitativas de la entidad. Así una empresa con una estructura económica limitada sería conveniente la imposición de una multa tradicional, en cambio, en entidades jurídicas de enorme presencia y peso en el mercado, con el correspondiente volumen de ganancias apuesta por la superación de la responsabilidad limitada.

“nueva” sanción pecuniaria va dirigida hacia la inmediata lógica de la prevención general²⁴¹, sin olvidar la interacción existente entre sanción y prevención especial como respuesta proporcional a la culpabilidad²⁴². Un equilibrio entre la simbología de la sanción frente a la sociedad y la operatividad proporcional de la culpabilidad-prevención especial/general dentro de la ausencia de emotividad que moviliza a las entidades colectivas²⁴³.

Multa que, no está exenta de valoraciones críticas, al parecer proyectarse más sobre la euro-demagogía que sobre medidas valorativas de operativa efectividad²⁴⁴.

La idea de responsabilidad colectiva directa e independiente queda afectada en sus cimientos cuando analizamos el sistema de multas impuestas a las personas jurídicas pues, no se utilizan como base exclusiva parámetros propios atendiendo a la naturaleza colectiva sino que, pivota en torno a la pena en abstracto impuesta a la persona física, obviando la necesaria individualización en atención a la gravedad del hecho efectuado por la entidad colectiva. Asistimos a la materialización penológica de su interconexión con el hecho catalizador (ejemplos los encontramos en: los delitos sobre la

²⁴¹ ROSSI, “Le sanzioni dell’ente” en *La responsabilità dell’ente per il reato commesso nel suo interesse*, Ed Cedam Padova, Milano, 2004, pág 38 “ se puede decir que la “nueva” sanción pecuniaria va dirigida sobre la inmediata lógica de prevención general...cualquier duda, “qualque dubbio, per contra sembra affacciarsi all’orizzonte della prevenzione speciale, presente forse in percetuale più ridotta nella globalità dell funzioni della pena, ancorchè, tuttavia, evidenziabile sia nelle sanzioni interdittive... reconociendo posteriormente que ya no se juega a favor de una solución positiva del problema en términos generales de operatividad de la tipología sancionatoria, dada la reconocida conexión entre la culpabilidad y función especial-preventiva de la pena, revelando más adelante, desde el punto de vista de la unicidad del hecho histórico que no se alcanza una connotación igual al hecho típico, antijurídico y culpable referido al ente”

²⁴² En este sentido, ROSSI, “Le sanzioni dell’ente” en *La responsabilità dell’ente per il reato commesso nel suo interesse*, Ed Cedam Padova, Milano, 2004, pág 37, “El principio de proporción entre el hecho, sanción y merecimiento de la pena, se i principi di proporzione tra fatto e sanzione e di meritevolezza di pena se comparan y se relacionan en las persona jurídica, desde la óptica de efectividad y eficacia de la respuesta sancionatoria”. La autora entiende que, si bien la prevención especial “presente tal vez en un porcentaje más reducida en la globalidad de la función de la pena”, no obstante, es aún evidenciable en la sanción interdictiva, por definición fundante en la función de aquellas, ya sea en la sanción pecuniaria” donde la cuantificación de la sanción pecuniaria se fija sobre la base de la condición económica y patrimonial del ente a fin de asegurar la eficacia de la sanción”.

²⁴³ En el mismo sentido, MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed Tecnos, Madrid, 2015, pág 308, considera que la falta de emociones o impulsos irracionales, frente a los marcados motivos económicos, determina que una multa con marcadores de prevención general, esto es, de tal magnitud que en términos de rendimientos económicos no justifique la comisión del delito.

²⁴⁴ ROSSI, “Le sanzioni dell’ente” in *La responsabilità del ente por il reato commesso nel suo interesse*, (dire) VINCIGUERRA, Ed Cedam Padova, 2004, Milan, pág 58, “ que parece contemplarse como más euro-demagógica y mediática virtual y no sobre la base de evaluaciones de la eficacia”.

ordenación del territorio y urbanismo, delitos contra la salud pública, delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad social, delitos de receptación y blanqueo de capitales, entre otros).

En un sistema métrico como el que nos ofrece nuestro legislador, en el que estamos asistiendo a una “aceleración punitiva”²⁴⁵, se refleja la mencionada aceleración en connotaciones económicas (base de la vida, de la esencia organizativa, funcional y del destino de las entidades jurídicas), concretamente en la *máximización económica* visible en los instrumentos ofrecidos por el legislador al órgano jurisdiccional a la hora de determinación de la pena e individualización de la misma.

La dualidad del sistema de multa (por cuotas o proporcional), mencionada anteriormente, nos ofrece un claro ejemplo de disonancia penológica, al no existir un criterio lógico que avale el por qué selecciona una u otra o incluso ambas de forma subsidiaria o “residual”²⁴⁶. Sin que responda a criterios de diferenciación por delitos propios de la clásica delincuencia de empresa a aquellos que se alejan de éste carácter, como puede ser los previstos en los artículos (156bis, 177bis, 189 bis).

Encontrándonos imposición de multa proporcional (al beneficio obtenido/preterido, perjuicio, defraudación, valor aparente) para los artículos 156 bis, 177 bis, 189 bis, 251 bis, 264 quater, 304 bis²⁴⁷, 310 bis, 348.3, 386. Multa por cuotas en los delitos tipificados en los artículos 197.3, 302.2, 327, 343.3, 399.bis, 430, 510.bis, 573. Y, previsión legislativa de ambas formas de

²⁴⁵ VIVES ANTON, Prologo del *Comentario a la Reforma del Código penal de 2015*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 4.

²⁴⁶ DE LA MATA BARRANCO, “Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas”, en la *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed Aranzadi, País Vasco, 2014, pág 230 y ss.

²⁴⁷ Es de resaltar, en este supuesto, delitos de financiación ilegal, el ejemplo de la urgencia o premura del legislador en aprobar la Reforma del Código penal de 2015, al sancionar el delito cometido, de acuerdo con el artículo 31 Bis, con “*las mismas penas...cuando una persona jurídica sea responsable de los hechos. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los Jueces y Tribunales podrán imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33*”. Estas mismas penas a las que alude el legislador, se expresan en el apartado primero del mismo precepto; son: la *prisión y la pena de multa proporcional de su valor o exceso*. La prisión, dentro de la categoría de las penas privativas de libertad, es una pena excluida, por su propia naturaleza, de las sanciones penales posibles de imposición a las personas jurídicas, naturaleza recogida legalmente al estar excluida del catálogo previsto en el apartado 7 del artículo 33. Sin que quepa dudas, por ello, de la inaplicación parcial de la remisión efectuada por el legislador a la pena prevista para la persona física.

multa, de forma subsidiaria, para las insolvencias punibles (261 bis) cometidas por personas jurídicas sancionadas mediante multas por cuotas cuando no sea posible establecer beneficios y perjuicios sobre los que se calcula la multa proporcional.

En los delitos relativos a la propiedad intelectual, industrial, contra el mercado y los consumidores cometidos por personas jurídicas se atiende a un doble criterio, efectuando, en primer lugar, una distinción por tipología delictiva pero, con una interconexión entre las secciones que no favorece la racionalidad de la elección y, posteriormente, atendiendo al eludido criterio de maximización económica²⁴⁸, en tanto, para los delitos tipificados en los artículos 270, 271, 273, 274, 275, 276, 283, 285 y 286 del CP, se acude a la multa proporcional en atención al /daño/beneficio real o futuro esperado (obtenido o que se hubiera podido obtener). En cambio, para los ilícitos tipificados en los artículos 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 284 y 286 bis al 286 quater, un criterio de multa por cuotas siempre que la cantidad recauda por la multa proporcional no sea más alta. Todo ello, con un punto de partida, el catalizador de las penas abstractas imponibles a la persona física, pero sin atenerse a la individualización de la gravedad del hecho. Postergando a las funciones de individualización del órgano judicial la necesaria armonización con la gravedad del hecho dentro del marco normativo sancionador.

En los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, el criterio para la dualidad residual del sistema de multas se centra nuevamente en la maximización económica, estableciendo la multa por cuotas sólo para el supuesto que la cantidad obtenida por la multa proporcional no supere a la primera.

Se persigue, también, fines preventivos generales en supuestos en los que la pena de multa por cuotas deja de aplicarse en favor de la multa proporcional, cuando, el “beneficio obtenido por el delito fuera superior a la cantidad resultante” de la multa por cuotas, en los delitos sobre la

²⁴⁸ En este sentido, MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed Tecnos, Madrid, 2015, pág 314, habla de un marcado carácter talional, asegurándose con ello una escala abierta hacia arriba en aquellos delitos que producen extraordinarios beneficios o rendimientos cuantificables pero difíciles de recuperar de otro modo.

ordenación del territorio y el urbanismo (319), en los delitos contra la salud pública (366 y 369 bis), en los delitos de cohecho (427 bis).

¿Cómo se determina la pena de multa? Los instrumentos para la determinación de la pena de la responsabilidad penal de las personas jurídicas carecen de individualidad propia, siendo una extensión, con sus particularidades, de las reglas para la fijación de la pena de multa de las personas físicas. Otro ejemplo más de la naturaleza catalizadora del hecho realizado por el autor individual. En este sentido, se acude al sistema global, un marco punitivo con una arista máxima y una arista mínima dentro de la cual debe determinarse la cuantía de la multa²⁴⁹. Con un doble momento en su determinación de naturaleza independiente con el objetivo de ajustar la multa a la capacidad económica del condenado: en una primera fase, el marco abstracto, definida en torno a magnitudes de tiempo que el órgano jurisdiccional habrá de individualizar con los criterios de valoración del injusto y la culpabilidad; y una segunda fase en la que interviene como directriz de la individualización la capacidad económica²⁵⁰, manifestada en la “*situación económica del reo deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo*”²⁵¹.

La extensión temporal se determinará por el órgano jurisdiccional, en cuya actividad deberá tener en cuenta la forma de participación, la fase de ejecución y las demás circunstancias concurrentes²⁵².

Como se observa, los instrumentos anteriores son el reflejo de la larga tradición antropocéntrica del Derecho penal.

²⁴⁹ En orden a la multa impuesta a persona física, MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed Tecnos, Madrid, 2015, pág 308, un rígido sistema que sólo permite una individualización relativa en donde han de valorarse conjuntamente la gravedad del injusto y la capacidad económica, criterios que no siempre coinciden.

²⁵⁰ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed Tecnos, Madrid, 2015, pág 308, 309.

²⁵¹ Art. 50 del CP.

²⁵² MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed Tecnos, Madrid, 2015, pág 309.

El legislador se ha hecho eco de la influencia de distintos factores sociales en el contenido reputacional de la entidad jurídica a la hora de imponer la sanción penal, así como su posible injerencia en el ámbito de existencia de terceras personas, abriendo el camino a la fracción del pago de la multa, cuando “su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquella, o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general” (art 53) o, a la hora de decidir sobre la imposición y extensión de las penas previstas en el artículo 66.bis, fija como uno de los parámetros referenciales que han de guiar al Juez en el momento de la individualización de la pena “las consecuencias económicas y sociales, y, especialmente los efectos para los trabajadores”²⁵³. Individualización que ha de centrarse en parámetros siempre referenciales a las personas jurídicas sin referencia al desvalor del comportamiento del sujeto activo del delito, sin perjuicio que, en estos círculos concéntricos, al compartir el eje, el delito cometido por la persona física “può servire esclusivamente ad informare in astratto l'ipotesis di parte speciale da applicare alla persona giuridica”²⁵⁴. Esta teoría aséptica se complica en la práctica diaria, cuando el escenario en el que se mueve la individualización es el reflejo antropocéntrico del sentido de la pena²⁵⁵, valorando, en su caso, criterios de la gravedad del hecho, connotaciones personales subjetivas, y, con especial trascendencia en la individualización de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la actividad real y efectiva, de eliminación o atenuación de las consecuencias del hecho ilícito y de actividad de prevención a la comisión del

²⁵³ En el mismo sentido, GOMEZ-JARA, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. Ed IB de F, 2010, Buenos Aires, pág 476; ECHARRI CASI, “las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una perspectiva de las garantías constitucionales”, en *Diario La Ley*, núm 7632, enero del 2011, pág 2; FERNANDEZ TERUELO, “La reponsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal (una visión crítica)”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm 25, 2011, pág 42; NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, ...op cit, pág 279; DE LA MATA BARRANCO, “Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas” en *Responsabilidad penal de la personas jurídicas*, DE LA CUESTA ARZAMENDI (dir), DE LA MATA BARRANCO (Coord), Ed Aranzadi, Navarra, 2014, pág 229.

En el ordenamiento italiano, “la sanción vendrá individualizada sobre la valoración de la gravedad del hecho, del grado de responsabilidad del ente, así como la actividad para estancias de corta duración con el fin de eliminar o mitigar las consecuencias del hecho y para evitar la comisión de nuevos delitos, sobre parámetros abstractos previstos para supuestos generales...en base a las condiciones económicas y patrimoniales del ente a fin de asegurar la eficacia de la sanción... y con posibilidad de normativa... de reducir la sanción misma” ROSSI, “Tipologia e discipline delle sanzioni” en *La responsabilità del ente per il reato commesso nel suo interesse*, (dire) VINCIGUERRA, Ed Cedam Padova, 2004, Milan, pág 69; DeMAGLIE *L'etica del mercato*.... op cit, pág 44.

²⁵⁴ LOTTINI, “Il sistema sanzionatorio”, in AAVV, *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, ED Cedam, Padova, 2002, pág 128 y ss.”la conexión entre el delito ...respetar los fines constitucionales de la función de la pena, no deberá influenciar la medida judicial de la sanción al ente” También ROSSI, “Tipologia e discipline delle sanzioni” en *La responsabilità del ente per il reato commesso nel suo interesse*, (dire) VINCIGUERRA, Ed Cedam Padova, 2004, Milan, pág 69.

²⁵⁵ En el mismo sentido, ROSSI, “Tipologia e discipline delle sanzioni” en *La responsabilità del ente per il reato commesso nel suo interesse*, (dire) VINCIGUERRA, Ed Cedam Padova, 2004, Milan, pág 69, considera la autora que una correcta “una cuantificación de la respuesta sancionatoria podrá suponer un mejor ingreso en nuestro sistema punitivo de este complejo sistema normativo”.

hecho en si mismo²⁵⁶. Y con una nota más en la partitura, de clara influencia anglosajona, la necesidad de distinguir si el ilícito deriva de un hecho penalmente relevante efectuado por un sujeto en posición de dirección dentro del ente jurídico, o, bien en posición inferior²⁵⁷. De forma que, si, el delito, es o no es la expresión de la política de la empresa, se convierte en el momento central del sistema sancionatorio, al quedar avalado el interés del legislador de reconducir al ente la conducta penalmente ilícita cometida en su interés o para su ventaja.

Cuando el órgano jurisdiccional coge la batuta de la individualización judicial, se encuentra que de los instrumentos clásicos de los que dispone, entre ellos, la gravedad del hecho, se extraen *sonidos en fórmulas innovadoras*, alejados de la duplicidad del sentido subjetivo y del sentido objetivo y, otorgándole un sentido objetivista. Se deberá hacer referencia, a continuación, como primer resultado posible en este sentido: a los momentos objetivos de este caso (el impacto sobre la objetividad jurídica), a la entidad del daño patrimonial causado y a la ventaja y beneficio económicos conseguidos por el ente²⁵⁸.

Y son, estos *sonidos clásicos en fórmulas innovadoras*, los que facilitan la armonía de la pena impuesta a las personas jurídicas. El legislador no le ha dado al órgano jurisdiccional una posición de peón pasivo en la determinación de la pena, el Juez no se limita a declarar probado los hechos determinantes de la condena, con aplicación de una pena fija prevista por el legislador.; por el contrario, la previsión legislativa es un marco punitivo dentro del cual el órgano jurisdiccional ha de moverse. Para deslizarse por estas aristas punitivas, el Juez ha de acudir, no sólo a las consecuencias sociales y económicas y, en especial a los trabajadores, sino que ha de partir de los sonidos clásicos: gravedad del hecho y circunstancias personales del autor, para la valoración del injusto del hecho o la culpabilidad (desde el punto de vista de la teoría de la organización) del autor,

²⁵⁶ En el mismo sentido ROSSI, “Tipologia e discipline delle sanzioni” en *La responsabilità del ente per il reato commesso nel suo interesse*, (dire) VINCIGUERRA, Ed Cedam Padova, 2004, Milan, pág 69, 70.

²⁵⁷ ROSSI, “Tipologia e discipline delle sanzioni” en *La responsabilità del ente per il reato commesso nel suo interesse*, (dire) VINCIGUERRA, Ed Cedam Padova, 2004, Milan, pág 70, “considera necesario, un ripensamento normativo sobre la eventual diferenciación ya legislativa de los límites editales de la sanción pecuniaria sobre la base de la peculiaridad del sujeto del delito”.

²⁵⁸ ROSSI, “Tipologia e discipline delle sanzioni” en *La responsabilità del ente per il reato commesso nel suo interesse*, (dire) VINCIGUERRA, Ed Cedam Padova, 2004, Milan, pág 71, “se deberá hacer tales entonces, como el primer resultado posible en este sentido, para el supuesto objetivo del impacto legal en la objetividad, la magnitud de la pérdida económica derivada, a la ventaja y al beneficio económico y financiero alcanzado por la entidad jurídica”.

extrayendo sonidos proporcionales o armónicos, principios de los que *ius punendi* no puede desprenderse sin perder su esencia.

Junto a la multa, el legislador efectúa una previsión de otra tipología sancionatoria para "los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo artículo 66 bis"²⁵⁹. Entre ellas, cabe destacar la intervención directa por parte del órgano jurisdiccional en la organización de la empresa. La intensidad de la intervención dependerá de la finalidad perseguida, como control o dirección de la reorganización, propia de un proceso de rehabilitación o resocialización. O, por el contrario, limitándose a finalidades más concretas²⁶⁰. Con ello, se atiende a criterios preventivos especiales a la hora de modelar los fines de la pena, en concreto, en una sanción que recuerda a la curatela civil.

La suspensión de las actividades de la entidad jurídica por un plazo no superior a 5 años favorece la graduabilidad de la actividad afectada, en atención al hecho delictivo, siguiendo el criterio rector de intervención mínima y proporcionalidad. Quedando patente el interés del legislador por el mantenimiento de uno de los motores de la economía actual, la actividad empresarial, respetando la diferenciación y la individualidad dentro del tejido empresarial (recogido en el artículo 31 bis y, manifestado entre los requisitos de la doble imputación), de forma que, la pluralidad de actividades llevadas a cabo por la entidad jurídica no se vea afectada, mas allá de la actividades que directa o indirectamente ha causado, favorecido el hecho delictivo²⁶¹.

Otras sanciones son: la clausura de los locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años, prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la

²⁵⁹ Exposición de motivos de la Ley 5/2010.

²⁶⁰ NIETO MARTIN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*,... op cit, pág 287.

²⁶¹ En este sentido, MANZANARES SAMANIEGO, "Las penas en las personas jurídicas", en *La Ley*, núm 7920, septiembre de 2012, pág 9, recurso online, llama la atención sobre la necesidad de evitar la suspensión total de la actividad, como medio de obtener una disolución encubierta que sería contraria al principio de proporcionalidad.

Seguridad Social²⁶². Nos encontramos ante instrumentos sancionatorios que tienden a alcanzar un sistema sancionatorio eficaz, proporcionado y disuasorio²⁶³.

La disolución de la persona jurídica, de intenso efecto en el tráfico jurídico-económico, ha de adoptarse con la debida prevención, pues, no sólo ha de guardarse los parámetros legales de esta “pena capital”²⁶⁴, o muerte civil, en el sentido de causar la pérdida definitiva de la personalidad jurídica, la capacidad de actuar, o de llevar a cabo cualquier clase de actividad²⁶⁵, dado que dicha disolución de la persona jurídica, sólo se podrá acordar en los delitos de tráfico ilegal de órganos ajenos (156 Bis), en los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores (189 bis), descubrimiento y revelación de secretos (197 quinquies), de las estafas (251 bis), frustración en la ejecución (258 ter), insolvencias punibles (261 bis), daños (264 quater), delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial y los consumidores (288), blanqueo de capitales (302), financiación ilegal de partidos políticos (304 bis), delitos contra la Hacienda pública (310 bis), delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (318 bis), delitos sobre la ordenación del territorio y urbanismo (319), delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (328), delitos contra la salud pública (369 bis), delitos de cohecho (427 bis), tráfico de influencias (430), delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas (510 bis). Siempre que concurra un plus en el desvalor de la acción, esto es, haya reincidencia, o, se utilice instrumentalmente la persona jurídica para la comisión de ilícitos penales, así como una cualificación en el desvalor del resultado, sumándose una dilatación intolerable de la culpabilidad o, en palabras de la Fiscalía reservándose su imposición a los “supuestos más extremos, en los delitos de gran gravedad y repercusión social, fundamentalmente, en los delitos masas”²⁶⁶.

²⁶² La inhabilitación son un conjunto de penas que, no dejan de ser, como sostiene, MANZANARES SAMANIEGO, “Las penas en las personas jurídicas”, en *La Ley*, núm 7920, septiembre de 2012, pág 9, recurso online, una extrapolación de las penas privativas de derechos impuestas a las personas físicas a las personas jurídicas. Una realidad administrativa a las que les ha dado naturaleza de penas.

²⁶³ Convenio de la OCDE, de 17 de septiembre de 1997.

²⁶⁴ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011.

²⁶⁵ Las prescripciones del CP, en su artículo 33.7, pretenden alcanzar cualquier resquicio de actividad empresarial, se haya registrado o no. Impidiéndole llevar a cabo actividad alguna, incluso fuera del registro, pues, no hay que olvidar que la LEC reconoce capacidad procesal y legitimación a las entidades sin personalidad jurídica. Incluso que actúen por medio de otro, que supla su falta de capacidad, incluso en actividades de naturaleza lícita.

²⁶⁶ Circular de la Fiscalía General del Estado.

No siendo suficiente a la hora de la determinación de la pena, la adecuación de los hechos al tipo y la valoración del acrecentamiento de la antijuricidad y culpabilidad, acorde con la naturaleza de la medida, sino que, además, el Juez, ha de efectuar una individualización armonizadora de la proyección futura de la pena, la muerte civil, sobre los derechos de los trabajadores, acreedores y las víctimas. Ya no se trata de empobrecer las finanzas a través de sanción económica mediante la que se retribuye el hecho delictivo, con la consiguiente afectación a los socios, como efecto natural de un proceso lógico, en el que el socio se enriqueció con los beneficios obtenidos por la conducta ilícita de la entidad jurídica; sino, de agitar la barita y hacer desaparecer la entidad jurídica, dejar un hueco en la economía, con repercusiones de naturaleza adversas para los trabajadores pues, se plantea, por ejemplo, no sólo el cese de la actividad laboral sino, a título ejemplificativo, a quien han de reclamar las correspondientes indemnizaciones, cuando la entidad jurídica ha dejado de existir y, por ende, de tener legitimación pasiva frente a cualquier reclamación. O repercusiones a los acreedores sobre los créditos pendientes de satisfacción, de los cuales puede depender, igualmente, la supervivencia de otra u otras entidades. En definitiva, la excepcionalidad de la pena, pretende eludir el efecto dominó adverso sobre trabajadores, acreedores o, víctimas²⁶⁷.

VI.3 VEHICULO PARA HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD. ARTÍCULO 66 BIS.

El artículo 66 del CP aplicable a las personas físicas brinda al órgano jurisdiccional el camino a la hora de valorar la presencia o ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad.

²⁶⁷ Se ha discutido, igualmente, el destino del patrimonio de la entidad jurídica cuya disolución se acuerda. Llamando la atención sobre la misma cuestión, la Fiscalía General del Estado en Circular 1/2011, declara que: “la legislación civil, mercantil y societaria prevén los trámites para hacer efectiva la liquidación de las diferentes formas societarias, aun cuando para el Juez de lo Penal pueda recurrir a dichos procedimientos en trámite de ejecutar la pena de disolución, sería precisa una habilitación legal que concrete los exactos términos de dicha remisión normativa”.

El artículo 66 Bis, no sólo es el único vehículo para hacer efectiva la pena en atención a la concurrencia o no de circunstancias modificativas de criminalidad sino que, el legislador, puede fijar criterios rectores en la determinación de la pena que, curiosamente, se desvincula de los principios básicos de la individualización: las circunstancias del hecho (gravedad del hecho) y las circunstancias del sujeto, pilares objetivos y subjetivos que orientan o guían al órgano jurisdiccional a la hora de efectuar la individualización armonizadora. Atendiendo, principalmente, a situaciones futuras, el mantenimiento de la condición de buen ciudadano dentro de la sociedad, reforzando la necesidad de la sociedad de confiar en estos agentes (entes) que se han convertido en parte de nuestro día a día, no sólo económico, sino ocupando una posición de privilegio en distintos sectores de la sociedad.

Para BORJA JIMENEZ, la reforma de la regla 2ª del artículo 66 bis, tiene como objetivo establecer un nuevo límite en la aplicación de las penas a las personas jurídicas²⁶⁸.

La reforma llevada a cabo en el Código penal en 2015 no ha afectado a los límites cuantitativos de aplicación de las penas a las personas jurídicas. Presenciamos, por un lado, un margen directamente entroncado o enraizado con las que le correspondería a la persona física si fuera castigada con pena privativa de libertad: su duración no puede ser superior de la que le correspondería a una persona física que fuera castigada con una pena privativa de libertad de haber perpetrado el hecho bajo las mismas circunstancias. Límite que, para que mantenga el eje armonizador deberá hacerse en concreto. Límites de los que son excluidos, por exigencia del texto legal, la privación y la multa. Aunque alguna de ellas puede ser impuesta de modo definitivo, como la prohibición a que se refiere el artículo 33.7.e) del CP, y la de disolución, por su propia naturaleza.

Este límite cuantitativo penológico en referencia a la persona física, derivado del carácter binomial de la responsabilidad colectiva y la responsabilidad individual, no priva de su propia esencia a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fijando, con carácter general, la imposición limitada en el tiempo de estas penas.

²⁶⁸ BORJA JIMENEZ, “Reglas generales de aplicación de las penas (arts 66, 66bis, 70 y 71)“, en GONZALEZ CUSSAC (dir) *Comentarios a la Reforma penal de 2015*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 276.

De otro lado, se regula en la reforma la duración máxima de la privación de las facultades y actividades económicas y legales de las personas jurídicas, al fijar, como duración máxima de privación 2 años y, sólo, en casos graves fijados por el legislador, se abrirá la posibilidad de superar este tope.

En paralelo, se desea mantener un carácter intervencionista mínimo del poder punitivo²⁶⁹ en la actividad económica y social de la persona jurídica. De esta forma, se hace eco el legislador, de la posición de las personas jurídicas dentro de la sociedad y el mercado y, de las posibles consecuencias hacia terceros de la actividad sancionatoria. No se trata sólo, de sancionar a la entidad jurídica que ha omitido la diligencia necesaria en funciones de control de sus actividades y, de los efectos de las mismas dentro del marco de prevención necesaria para evitar nuevos delitos en el futuro, sino, de tener una mira más amplia a medio y largo plazo, integrando las posibles consecuencias adversas de la actividad sancionatoria en el mercado, limitando los beneficios de interés general en una sociedad global, en la que los motores de la economía son la inversión, gestión, producción que llevan a cabo los entes colectivos. No es necesario acudir a las estadísticas ni estudios económicos para comprender las posibles repercusiones negativas que podría tener la actividad sancionatoria punitiva en determinado segmento de la población directamente relacionado con las empresas: los trabajadores. En este caso, la preocupación en torno a la garantía de los derechos de los trabajadores no se está reclamando desde el punto de vista de la individualización (vid supra) sino, un momento anterior, la creación de los instrumentos necesarios para la determinación de la pena e individualización de la misma, esto es, la acción del legislador.

La superación del criterio rector de mínima intervención punitiva se produce en marcos de gravedad delimitados por el legislador, de modo que el Juez, sólo podrá moverse en marcos agravados en los supuestos de imposición de penas interdictivas de larga duración, en los que el legislador ha querido verificar la concurrencia de una serie de requisitos especiales, cuando las penas a imponer sean superior a los dos años: la reincidencia de la persona jurídica y la utilización

²⁶⁹ BORJA JIMENEZ, “Las reglas generales de aplicación de las penas (artículos 66, 66 Bis, 70, 71)” en *Comentario a la Reforma del Código Penal de 2015*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 277.

instrumental de la persona jurídica para la comisión de ilícitos penal; brindando un significado legal a la “utilización instrumental”, siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal²⁷⁰.

La reincidencia, se incardina en las bases de la reincidencia de las personas físicas. Para BORJA JIMENEZ, este parámetro de maximización en la determinación de la pena e individualización de la misma tiene su contrapeso en la actuación como causa de atenuación, el someterse a ciertos protocolos y medidas de carácter formal y material que tiende a evitar en el futuro la comisión de delitos por parte de la persona jurídica²⁷¹

Por otro lado, en la imposición de penas interdictivas, por tiempo superior a los cinco años o, para la imposición definitiva de la pena del artículo 33.7.e) o de la disolución, se ofrece por el legislador, una alternatividad en los requisitos previos para la condena a estas penas: la utilización instrumental de la persona jurídica o la multirreincidencia (en el sentido del artículo 66.1.5a) del CP.

Las sanciones interdictivas a que se refieren las letras b) a g) del artículo 33.7, exigen además de la prueba del hecho delictivo, la realización de un juicio de criminalidad de la persona jurídica. En este sentido, la disolución de la persona jurídica por decisión judicial habrá de atenerse a un adecuado juicio de proporcionalidad, según establece el TC²⁷².

Así, el artículo 66 bis, contempla como factores determinantes en orden a concretar la extensión de la pena: *la necesidad de prevenir la continuidad delictiva*, evidenciando la importancia de la función preventiva especial de este tipo de sanciones, cuya finalidad última es neutralizar la

²⁷⁰ Tal y como ha manifestado BORJA JIMENEZ, “Las reglas generales de aplicación de las penas (artículos 66, 66 Bis, 70, 71)” en *Comentario a la Reforma del Código Penal de 2015*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 278, nos hallamos no ante verdaderas personas jurídicas que cumplen una función social sino, por el contrario, son meras “tapaderas” de actividades criminales, mediante las que se trata de brindar una capa de legalidad.

²⁷¹ BORJA JIMENEZ, “Las reglas generales de aplicación de las penas (artículos 66, 66 Bis, 70, 71)” en *Comentario a la Reforma del Código Penal de 2015*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 277.

²⁷² Sentencias números 85/2003, 111/2007 y 129/2009.

actividad delictiva de la entidad infractora, ya sea de forma temporal o indefinida²⁷³. En segundo lugar, las *consecuencias económicas y sociales de la pena*, traslucen la preocupación del legislador por el impacto que las penas impuestas a las personas jurídicas pueden tener sobre la multitud de personas físicas dependientes de las mismas. Manteniendo la idea de intervención mínima del poder punitivo en la actividad económica y social de la persona jurídica para preservar al máximo su existencia²⁷⁴, a la que aludíamos anteriormente. En tercer lugar, *el puesto en la estructura empresarial que ocupa la persona física que omitió el control*. Estamos ante una “formulación extraordinariamente problemática”²⁷⁵ porque, parece dar a entender la correcta imputación de la responsabilidad penal a una persona jurídica cuando la infracción del deber de cuidado es atribuible a un mero empleado de la compañía, independientemente de su posición en ella. Corrigiéndose con una interpretación sistemática de los artículos 66 Bis del CP, y el párrafo segundo del artículo 31.1 bis del CP, decantándose este último precepto, por la graduabilidad de la cuantificación del desvalor cuando, la pena se halle impuesta a la empresa o persona jurídica por el ilícito generado por la inobservancia de las obligaciones de dirección o vigilancia por parte de personas físicas trabajadores en puestos inferiores a la pirámide organizativa.

En cuanto a la determinación de la pena, el precepto en estudio efectúa una remisión a lo previsto en el artículo 66.1 del CP, con excepción de la regla quinta, relativa a la multirreincidencia, que sí se prevé para la imposición de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 del CP, por duración superior a los cinco años, en los supuestos de penas con carácter definitivo. Con aplicación, por ende, de las previsiones y matices que revisten las reglas de determinación de la pena en la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad, para los delitos cometidos por las personas físicas, con base en la condena ejecutoria y anterior de, al menos, tres delitos comprendidos en el mismo Título, de la misma naturaleza, excluyéndose la aplicación de la multirreincidencia, (al igual que la reincidencia), en los supuestos de cancelación de antecedentes.

²⁷³ Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado, pág 70.

²⁷⁴ BORJA JIMENEZ, “Reglas generales de aplicación de las penas (art 66, 66 Bis, 70, 71)” en *Comentario a la Reforma del Código Penal de 2015*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 277.

²⁷⁵ Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado, pág 70.

La remisión que efectúa el artículo 66 bis a las reglas del artículo 66 del Texto punitivo, faculta al Juzgador para utilizar los instrumentos matemáticos propios de la individualización de la pena a las personas físicas. Son las penas en su mitad superior y mitad inferior y las penas superior en grado e inferior en grado²⁷⁶. Dos instrumentos que provocan, en el primer caso, el desplazamiento por la mitad del marco punitivo, en el segundo, un desbordamiento de las aristas del marco punitivo con la creación de un nuevo marco, por la presencia, en el caso concreto, de una mayor o menor antijuricidad.

Este último instrumento de claras influencias prevencionistas, (en el supuesto de la pena inferior en grado se favorece la prevención especial, en el caso de pena superior en grado se tiende a una prevención general) no deja de ser un reconocimiento del legislador de la insuficiencia del marco penal punitivo para el delito concreto. Aplicable, en principio, a todas las penas del elenco del apartado 7 del artículo 33 que sean susceptibles de medición penológica temporal, esto es, no se plantean dudas en la multa, pena temporal esencialmente divisible, pero si, en la disolución de la persona jurídica o prohibición definitiva de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, en cuanto, supone la desaparición del ente en el tráfico económico, sin que sea posible la aplicación analógica de la regla 4 del artículo 70 del CP: “la pena inferior en grado a la prisión permanente es la pena de prisión de veinte a treinta años”, pues, la prisión permanente no supone la desaparición o la muerte de la persona.

En orden a la multa proporcional, su naturaleza no divisible temporalmente, impide la aplicación de las reglas de dosimetría penal, mas la jurisprudencia ha asimilado la temporalidad como criterio que permite la elevación o degradación a los tantos porcentuales que son estructurales a la multa proporcional, no hay que olvidar que la multa proporcional sanciona con el duplo a cuádruplo/ duplo al triple/ duplo al quíntuplo del valor obtenido, pretendido o al daño causado, creando un marco numérico sobre el que la jurisprudencia efectúa las operaciones de elevación o

²⁷⁶ Las operaciones para obtener la pena en su mitad superior o inferior o, la pena superior en grado o inferior en grado son las mismas ya estudiadas en el capítulo anterior.

degradación de la pena²⁷⁷. Marco numérico, entiendo aplicable, igualmente, a los desplazamientos por la mitad del marco.

El resto de penas del artículo 33.7: suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años; la clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrán exceder de cinco años; prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. (esta prohibición podrá ser temporal que no podrá exceder de quince años); inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de 15 años; y la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de 5 años; plantean la duda de la posibilidad de aplicación de los instrumentos de dosimetría penal, en tanto, no fijan un marco punitivo sino que se limitan a establecer un tope máximo.

Difícilmente es aplicable facultar o imponer al órgano jurisdiccional a desplazarse por la mitad del marco punitivo cuando éste no existe, al limitarse el apartado 7 del artículo 33 del Texto punitivo a fijar una unidad penológica máxima. No por ello, hemos de descartar la aplicación de la pena en su mitad inferior o mitad superior, sino que, resulta necesario examinar las normas de la Parte Especial, de la que resulta que el artículo 310 bis sanciona el tipo delictivo con la pena de inhabilitación para obtener subvenciones de 3 a 6 años, y en las que el resto de los preceptos remiten al artículo 33.7 y, por tanto, no entiendo aplicable la reglas de dosimetría penal (destinadas a enmarcar una disminución o incremento de la antijuricidad pero no a fijar una pena concreta).

²⁷⁷ Acuerdo de TS de 22 de junio de 2008 “En los casos de multa proporcional la inexistencia de una regla específica para determinar la pena superior en grado impide su imposición, salvo lo establecido para las reglas específicas para algún tipo delictivo. 2. El grado proporcional de la multa proporcional, sin embargo si podrá determinarse mediante la aplicación analógica de la regla prevista en el artículo 70 del CP, la cifra mínima que se tendrá en cuenta en cada caso será la que resulte una vez aplicados los porcentajes legales”.

CONCLUSIONES

La *Armonía* se ha convertido en el hilo conductor de este trabajo. La determinación de la pena y su posterior individualización alejados de postulados absolutistas y arbitrarios precisa de una racionalidad visual que es ofrecida por la *Armonía* (o comprensión del proceso mental llevado a cabo por la Juez). Para su estudio se ha dividido la tesis en seis capítulos: el primero de ellos, una introducción centrada en la relación existente entre la determinación de la pena y su individualización con la *Armonía*. Un segundo capítulo destinado a la evolución histórica de la codificación. El tercer capítulo efectúa un breve estudio de los distintos fines de la pena y su interacción con la determinación de la pena. El capítulo cuarto se dedica a los distintos factores externos que condicionan el proceso de morfología de la pena y como se convierten en elementos que pueden poner en peligro la *Armonía* al centrarse en elementos individuales de la determinación de la pena y no en su conjunto. Los capítulos quinto y sexto conforman el núcleo duro de la tesis, el capítulo quinto gira en torno al proceso de morfología de la pena, una pena inicialmente indeterminada sobre la base de un marco legal sobre el que se va a desplazar el órgano jurisdiccional y cuáles son los elementos configuradores del sistema armónico, tanto de naturaleza aritmética, como de naturaleza orientadora, como cláusula de cierre del sistema a la arbitrariedad, con especial hincapié del artículo 66 y su posición armónica dentro de la individualización judicial de la pena. Por último, el capítulo sexto, cierra el estudio de la *Armonía* desde la perspectiva de la incidencia de la respuesta sancionadora y su determinación e individualización en el marco de las personas jurídicas.

La conversión de lo abstracto a lo concreto, de la determinación de la pena para el delito a la individualización del hecho con las circunstancias que rodean al delincuente se halla enmarcada y orientada en una partitura, en la que existe espacio para dosis de arbitrio, así como factores condicionantes externos. Sólo cuando el ciudadano recibe una visión racional de la individualización podemos hablar de armonía; efectivamente se trata de un frágil equilibrio que tiene como punto de partida un sistema de penas relativamente indeterminadas.

En el camino a la *Armonía* desde el esquema de penas relativamente indeterminadas confluyen diversos elementos. No todos afectan en el mismo grado ni en la misma parte del *percorso*, por el contrario, la naturaleza inspiradora de unos, la rigidez de otros y el carácter transaccional o individualizador de los últimos, configuran el sistema actual. Sistema que no es ajeno al tiempo y contexto en el que se aplica, cerrando, por tanto el sistema, las políticas dogmática y criminales existentes.

En la actualidad no cabe hablar de una dogmática pura aplicable al *percorso* de la individualización sino que, podemos encontrar manifestaciones de las distintas posturas doctrinales. Estamos ante un proceso de constante evolución que responde a las

necesidades de la sociedad imperante y condicionadas por los sentimientos de seguridad y libertad del individuo y de la colectividad como aglutinadores del sistema.

En este marco evolutivo cada una de ellas ha aportado su grano de creatividad, innovando y conformando el actual sistema. Una estructura que en su dimensión sancionadora de último recurso, comunica una necesidad de seguridad, aportada por los fines retribucionistas, como medio de superar la punición absolutista en manos de un monarca, mediante la fijación de: 1) un límite infranqueable, la adecuación a la gravedad del hecho y 2) la creación de marcos penales. Como diapasón del esquema de seguridad, la necesidad de respetar la libertad del individuo, sujeto digno de derechos, manifestada a través de la resocialización. Sin olvidar una última arista, la libertad y seguridad de la sociedad a través de las teorías prevencionistas.

Junto a las políticas dogmáticas, las políticas criminales vienen influenciando intensamente la determinación de la pena, como factores externos que cada vez tienen un peso de mayor relevancia. Dentro de los factores externos nos hemos centrado en tres pilares:

- La incidencia de los medios de comunicación en la determinación de la pena e individualización
- El sentimiento imperante en la actualidad: la búsqueda de seguridad
- La posición de la víctima en el proceso concretización de las penas

Tres elementos dimensionados al punto de poder romper la *Armonía* necesaria en la configuración individual punitiva.

Los medios de comunicación. El papel protagonista que se confiere a los medios de comunicación como actor dentro del proceso punitivo no se excluye del pensamiento doctrinal, sin que exista uniformidad en la doctrina a la hora de atribuir a ese interviniente, en la escenificación del proceso punitivo, el papel protagonista, secundario o mero figurante. Una vista al escenario de los últimos años provoca el pensamiento del desplazamiento de los medios de comunicación en la realidad delictiva, de papel espejo o mero reflejo de la realidad a indicador o guía de la reacción ante aquella; colando en primera línea del interés de ésta un tema relevante en materia de Política criminal, como epicentro del debate público, originando con ello, una fuerte presión de los poderes públicos a fin de lograr su actuación en determinados cauces. En este punto deberíamos hablar de la retroalimentación en la simbiosis: medios de comunicación y Política criminal, en tanto, los términos absolutos de la influencia de la prensa reflejarían una visión parcial de la plena realidad, mostrando una intrincada relación de hilos que se van tendiendo entre los dos factores, a los que los autores añaden un elemento más, la ciudadanía.

La misión del Derecho penal de protección del mínimo irrenunciable ha marcado su intervención, condicionándola y adecuándola a la esencia de los bienes jurídicos. Unos bienes jurídicos que carecen de un contenido o significado taxativo, permitiendo, con ello, su modulación al momento histórico y, por tanto, flexibilizar la protección otorgada por el Derecho penal. Esta interrelación genera la injerencia de los sentimientos imperante en la actualidad en la actuación del Derecho penal, de modo que, la búsqueda de seguridad ha extendido la intervención del Derecho penal a la protección de nuevos bienes, de naturaleza colectiva, desconocidos en la conciencia social hasta hace unos años.

Esta extensión se ha manifestado no solo por la aparición de nuevos tipos delictivos sino también por la incidencia en la morfología de la pena. Con un incremento del escenario donde puede actuar, perdiendo correlativamente facultades de individualización en atención a la gravedad del hecho, fijándose de forma preceptiva la agravación morfológica de la pena (agravación que se refleja en la mitad superior del marco o, incluso, en el desbordamiento del mismo). Afectando, igualmente, a la alternitud desde una doble óptica: de reducir el campo de actuación en ataques frente a bienes jurídicos en los que se demanda certeza en el castigo y reconocer, por otro lado, la severidad de las notas de las últimas reformas del Texto punitivo facilitando mediante la alternitud la adecuación a la gravedad del hecho.

El último de los pilares analizados en Política criminal es la posición de la víctima en el proceso de morfología de la pena. En un inicio la individualización de la pena se caracteriza por la ausencia de la víctima como ente predominante, sin perjuicio de que el desvalor de la acción y el desvalor del resultado sean los motores de la morfología de la pena y sus reglas, de forma que el sentimiento de la víctima no producía efecto directo en el proceso punitivo. No obstante, la percepción actual de la realidad y de los conflictos sociales por la opinión pública creada, mantenida o redirigida por los medios de comunicación, las víctimas o grupos de víctimas, alejados de los operadores jurídicos habituales cuya credibilidad o fiabilidad se ha visto empañada, conforma un peso relevante a la hora de inclinar la balanza en la configuración de las leyes penales. Manifestado todo ello, ejemplificativamente, en el distanciamiento y posterior elección de políticas criminales encaminadas a privarlas del margen de discrecionalidad del que gozaban. Así como la necesidad de inmediatez en la respuesta con efectos a corto plazo, restando en calidad la respuesta y optando por criterios cuantitativos exarcebados, exteriorizado y justificado, así mismo, por la revalorización del componente aflictivo de la pena como parámetro adecuado para satisfacer las demandas retribucionistas o talionistas de la víctima y, de alguna manera, extrapolándolo, a las demandas de la Sociedad. Concretamente, en este marco se dignifica el regreso de la opción de la pena privativa de libertad, como medio para garantizar el acomodo a los intereses de la víctimas a un primer plano del escenario, respondiendo a las exigencias retributivas de la sociedad.

Los anteriores elementos se separan del desvalor de la acción y el desvalor del resultado en atención a la culpabilidad del mismo, provocando intensos ruidos en la armonización necesaria en la individualización judicial de la pena.

Pero, ¿en que consiste la morfología de la pena?, ¿cómo es posible llevar a cabo una individualización armonizadora de la misma?

La morfología de la pena es el proceso de imposición de una pena concreta al autor (en sentido amplio) del ilícito penal, para ello, se ha de partir del sistema de penas relativamente indeterminadas brindadas por el legislador sin que sea posible una concretización arbitraria, sino que han de efectuar una serie de operaciones aritméticas como manifestación del desvalor del injusto y de la culpabilidad, generándose nuevos marcos hasta la determinación concreta de la sanción punitiva en el que se valora la poliédrica gravedad del hecho y las circunstancias personales del autor.

Con ello, la individualización armonizadora es la creación de una melodía utilizando los instrumentos facilitados por el legislador en la adecuación de la abstracción al hecho, exteriorizándose a través de la motivación.

El punto de partida se centra en el reconocimiento de la imposibilidad de previsión, por parte del legislador, para cada uno de los tipos delictivos, de las infinitas variables en las que se traduce el hecho en sí mismo, así como las condiciones del autor, transfiriendo al órgano jurisdiccional la precisión de la cantidad y calidad de los bienes jurídicos de los que el autor de los hechos va a ser privado como respuesta al ilícito penal.

En los acordes anteriores se comprueba y se materializa, posteriormente, el difícil equilibrio entre legalidad/seguridad e individualización/arbitrio, equilibrio que ha de extraerse de: I) claves estructurales (gravedad del injusto y culpabilidad como marcadores de delimitación del marco penal abstracto), II) claves instrumentales (grado, la pena superior e inferior en grado, pena en su mitad inferior y mitad superior), III) claves orientadoras (la gravedad y circunstancias personales del autor).

La individualización armonizadora es el resultado de un percorso que comienza con la búsqueda del marco penal abstracto (que fija una dimensión propia al hecho penal), y finaliza con la racionalización del sistema sancionatorio a través de la numerificación de la realidad o cuantificación de la sanción. La génesis comienza en el *marco abstracto determinado legalmente*, en el que el Juez ha de subsumir los hechos concurrentes en el precepto penal que considere aplicable. Un segundo momento, en el que la concretización es necesaria en atención a la ejecución delictiva y la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad: es el *marco abstracto*

concretizado, en el que se comienza a reconocer las circunstancias que, en términos generales, se pueden dar en la historia del acto delictivo, a través de criterios instrumentales matemáticos con una clara intención de alejar las dudas sobre la racionalidad de la decisión. Nos hallamos ante un instrumento proporcional que entra en juego atendiendo a la naturaleza temporal de la pena, con un doble formato: la acotación del marco abstracto absoluto, mediante la reducción del mismo en su mitad superior o mitad inferior, o el desbordamiento de los límites máximo o mínimos de aquel: la pena superior o inferior en grado. Un instrumento que no puede dejarnos indiferentes en la medida que provoca la aparición de un nuevo marco penal (marco abstracto concretizado) que servirá de base al órgano jurisdiccional para desplazarse a la hora de valorar la gravedad del hecho y las circunstancias personales del autor.

Estamos ante un instrumento cuyo recurso ha supuesto una quiebra del principio de legalidad del tipo (marco), transformando su naturaleza excepcional en la respuesta a las exigencias prevencionistas generales de la ciudadanía en la Parte especial del Texto punitivo, de forma que, si analizamos los 22 años de vigencia del Código Penal comprobamos que el recurso del desbordamiento se ha ido centrando en el núcleo duro de los bienes jurídicos protegidos relativos a la persona (vida, dignidad, libertad personal, libertad sexual), así como su extensión a bienes colectivos (medio ambiente, patrimonio histórico, salud pública, seguridad nacional). No obstante, su recurso no implica necesariamente una exasperación punitiva, la delimitación del desbordamiento tiene una doble dirección: un incremento y un descenso. Y, es en este punto, donde la pena inferior en grado se impregna de un tinte de corrección de realidad, en aquellos supuestos, en los que, la rigidez legislativa no permite variar el acorde en el marco típico (tras la desaparición de la alternatividad o la naturaleza facultativa que se adapta mejor al amplio espectro de las variables concurrentes al hecho delictivo), admitiendo, facultativamente, la creación de un nuevo marco inferior en grado, más acorde con la naturaleza del hecho y de la gravedad del mismo y las circunstancias del autor (amenazas leves y coacciones leves, delitos contra los derechos de los trabajadores, situaciones de drogodependencia a título ejemplificativo).

Estas sencillas operaciones matemáticas con las que el legislador ha dotado al proceso de morfología de la pena, no evita que se susciten cuestiones que ponen en cuestión la Armonía de la individualización judicial de la pena, al abrir la posibilidad de reducir la seguridad jurídica mediante la creación de nuevos marcos penales, hasta el punto de preguntarnos si cabe la reducción o incremento de tantos grados como opciones concurren.

En este sentido, hay que tener en consideración que la individualización conlleva la fijación de una pena concreta armónica dentro de los límites legales establecidos, en el que la pena es el reflejo proporcionado del injusto culpable, bajo la idea de proyección concéntrica de la responsabilidad, los *factores de armonización* se agotan y no cabe su doble valoración para el siguiente paso del recorrido de la determinación de la pena, como

medida de respeto al principio non bis in ídem. De este modo, la resonancia de la culpabilidad se va diluyendo convirtiéndose en un fino hilo hasta que se agota.

Dentro del marco abstracto concretizado resulta necesario hacer mención a la variación accidental del injusto o de la culpabilidad, es el *marco abstracto concretizado pseudoaccidental*. Es la última parada, donde se produce un reparto de funciones entre el legislador y el Juez, el equilibrio entre garantía penal propia del principio de legalidad, a través de mecanismos matemáticos de modificación y/o creación del marco y, la variabilidad de la realidad proyectada en la individualización efectuada por el órgano jurisdiccional.

Se conjuga en este marco pseudo accidental, legalidad y proporcionalidad, dos principios que planean sobre la determinación de la pena como origen de la fragilidad de la frontera entre certeza y la necesidad de adecuar la pena al hecho concreto y a su autor, manifestado, este último mediante el arbitrio judicial.

Nuestro actual ordenamiento basa la incidencia de las circunstancias en la aplicación de las penas en un sistema mixto que acoge, tanto el mero estrechamiento del marco penal cuando la gravedad en atención al hecho y al culpable no desborde la acción, como el desbordamiento del marco penal dentro de las operaciones matemáticas dadas por la Ley y con los límites prescritos. Cabe decir, por ende, que el elenco de atenuantes y agravantes afectan más allá del quantum de la pena, contribuyendo a dar forma al estadio anterior de la pena concreta armonizada.

La lectura del artículo 66 del CP permite observar la reordenación de las reglas en cuatro unidades de sentido (frente a la simplificación anterior), en atención a la función a realizar: a) atenuantes ; b) agravantes; c) la no concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes; d) la confluencia de ambas. Excluyéndose su aplicación en los supuestos de delitos leves e imprudentes en atención al menor desvalor de resultado.

Y, la última parada es la *pena concreta armonizada* o visualización de la tipología y cuantificación exacta de la pena que le corresponde al sujeto, es el producto del proceso lógico deductivo, un elaborado esquema mental plasmado en uno o varios dígitos que repercute en la vida y patrimonio del condenado y, por extensión en la víctima. Y, a pesar del silencio de la ley a este respecto, los parámetros que han de regir esta parada del recorrido son: la gravedad del hecho y las circunstancias personales del autor. Esta extensión concreta supone el máximo exponente de la individualización armonizadora, es la melodía que le llega al ciudadano, el resultado del ejercicio de racionalidad en la combinación de los hechos envolventes a la conducta delictiva y las previsiones legales, donde las exigencias de exquisitez se potencian.

Esta individualización armonizadora ¿es extensible a la presencia de las personas jurídicas en la órbita penal? La aparición del Derecho penal se acota en el despertar de la conciencia de la Sociedad ante la conducta ilícita, como respuesta a un estadio o escalón superior a la venganza. Mostrándonos un escenario en el que el papel protagonista, los personas secundarios e incluso los figurantes, giran en torno a la persona física. Acorde con este pensamiento, la piedra angular de la construcción dogmática se centra en la acción penal, con la conducta de una persona física como eje.

No obstante, es la perspectiva de interacción del derecho y la Sociedad, hemos de tener en cuenta que, la Sociedad actual se presenta con un grado de complejidad en la que la interacción social ya no tiene lugar exclusivamente entre sujetos individuales, de manera que, ya no se puede comprender solo desde la perspectiva en la que era explicada a partir de la teoría del contrato social. Esta complejidad se plasma en el Derecho penal, en el que el Estado social no puede responder con los medios tradicionales, exigiendo que se asuma por parte de los entes públicos, una tarea pública, autorregulándose a fin de colocarse al lado del Estado a la hora de controlar nuevos riesgos y evitar hechos delictivos.

Cuando el órgano jurisdiccional coge la batuta de la individualidad judicial, se encuentra que los instrumentos clásicos de los que dispone, entre ellos, la gravedad del hecho, se extraen sonidos en fórmulas innovadoras, alejados de la duplicidad del sentido subjetivo y del sentido objetivo y, otorgándole un sentido objetivista. Son estos *sonidos clásicos en fórmulas innovadoras*, los que facilitan la armonía de la pena impuesta a las personas jurídicas. El legislador no le ha dado al órgano jurisdiccional una posición de peón pasivo en la determinación de la pena, el Juez no se limita a declarar probado los hechos determinantes de la condena, con aplicación de una pena fija prevista para el legislador; por el contrario, la previsión legislativa es un marco punitivo dentro del cual el órgano jurisdiccional ha de moverse. Para deslizarse por estas aristas punitivas, el Juez ha de acudir, no solo a las consecuencias sociales y económicas y, en especial de los trabajadores, sino que ha de partir de los sonidos clásicos: la gravedad del hecho y circunstancias personales del autor, para la valoración del injusto del hecho o la culpabilidad (desde el punto de vista de la teoría de la organización) del autor, extrayendo sonidos proporcionales o armónicos, principios de los que *ius punendi* no puede desprenderse sin perder su esencia.

Si el legislador brinda el art 66 del CP como criterio orientador de la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad de las personas físicas, las personas jurídicas no se hallan huérfanas, en tanto el legislador ofrece como vehículo para hacer efectiva la pena en atención a la concurrencia de circunstancias modificativas de la criminalidad el art 66 Bis, convirtiéndose, así mismo, en fijación de criterios rectores en la determinación de la pena, desvinculándose de los principios básicos de la individualización: la gravedad del hecho y las circunstancias del sujeto.

La reforma llevada a cabo en el Código penal en 2015 no ha afectado a los límites cuantitativos de aplicación de las penas a las personas jurídicas. Presenciamos, por un lado, un margen directamente entroncado o enraizado con las que le correspondería a la persona física si fuera castigada con pena privativa de libertad: su duración no puede ser superior de la que le correspondería a una persona física que fuera castigada con una pena privativa de libertad de haber perpetrado el hecho bajo las mismas circunstancias. Límite que, para que mantenga el eje armonizador deberá hacerse en concreto. Límites de los que son excluidos, por exigencia del texto legal, la privación y la multa. Aunque alguna de ellas puede ser impuesta de modo definitivo, como la prohibición a que se refiere el artículo 33.7.e) del CP, y la de disolución, por su propia naturaleza.

Este límite cuantitativo penológico en referencia a la persona física, derivado del carácter binomial de la responsabilidad colectiva y la responsabilidad individual, no priva de su propia esencia a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fijando, con carácter general, la imposición limitada en el tiempo de estas penas.

De otro lado, se regula en la reforma la duración máxima de la privación de las facultades y actividades económicas y legales de las personas jurídicas, al fijar, como duración máxima de privación 2 años y, sólo, en casos graves fijados por el legislador, se abrirá la posibilidad de superar este tope.

En paralelo, se desea mantener un carácter intervencionista mínimo del poder punitivo¹ en la actividad económica y social de la persona jurídica. De esta forma, se hace eco el legislador, de la posición de las personas jurídicas dentro de la sociedad y el mercado y, de las posibles consecuencias hacia terceros de la actividad sancionatoria. No se trata sólo, de sancionar a la entidad jurídica que ha omitido la diligencia necesaria en funciones de control de sus actividades y, de los efectos de las mismas dentro del marco de prevención necesaria para evitar nuevos delitos en el futuro, sino, de tener una mira más amplia a medio y largo plazo, integrando las posibles consecuencias adversas de la actividad sancionatoria en el mercado, limitando los beneficios de interés general en una sociedad global, en la que los motores de la economía son la inversión, gestión, producción que llevan a cabo los entes colectivos. No es necesario acudir a las estadísticas ni estudios económicos para comprender las posibles repercusiones negativas que podría tener la actividad sancionatoria punitiva en determinado segmento de la población directamente relacionado con las empresas: los trabajadores. En este caso, la

¹ BORJA JIMENEZ, “Las reglas generales de aplicación de las penas (artículos 66, 66 Bis, 70, 71)” en *Comentario a la Reforma del Código Penal de 2015*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 277.

preocupación en torno a la garantía de los derechos de los trabajadores no se está reclamando desde el punto de vista de la individualización (vid supra) sino, un momento anterior, la creación de los instrumentos necesarios para la determinación de la pena e individualización de la misma, esto es, la acción del legislador.

La superación del criterio rector de mínima intervención punitiva se produce en marcos de gravedad delimitados por el legislador, de modo que el Juez, sólo podrá moverse en marcos agravados en los supuestos de imposición de penas interdictivas de larga duración, en los que el legislador ha querido verificar la concurrencia de una serie de requisitos especiales, cuando las penas a imponer sean superior a los dos años: la reincidencia de la persona jurídica y la utilización instrumental de la persona jurídica para la comisión de ilícitos penal; brindando un significado legal a la “utilización instrumental”, siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal².

La reincidencia, se incardina en las bases de la reincidencia de las personas físicas. Para BORJA JIMENEZ, este parámetro de maximización en la determinación de la pena e individualización de la misma tiene su contrapeso en la actuación como causa de atenuación, el someterse a ciertos protocolos y medidas de carácter formal y material que tiende a evitar en el futuro la comisión de delitos por parte de la persona jurídica³

Por otro lado, en la imposición de penas interdictivas, por tiempo superior a los cinco años o, para la imposición definitiva de la pena del artículo 33.7.e) o de la disolución, se ofrece por el legislador, una alternatividad en los requisitos previos para la condena a estas penas: la utilización instrumental de la persona jurídica o la multirreincidencia (en el sentido del artículo 66.1.5a) del CP.

Las sanciones interdictivas a que se refieren las letras b) a g) del artículo 33.7, exigen además de la prueba del hecho delictivo, la realización de un juicio de criminalidad de la persona jurídica. En este sentido, la disolución de la persona jurídica

² Tal y como ha manifestado BORJA JIMENEZ, “Las reglas generales de aplicación de las penas (artículos 66, 66 Bis, 70, 71)” en *Comentario a la Reforma del Código Penal de 2015*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 278, nos hallamos no ante verdaderas personas jurídicas que cumplen una función social sino, por el contrario, son meras “tapaderas” de actividades criminales, mediante las que se trata de brindar una capa de legalidad.

³ BORJA JIMENEZ, “Las reglas generales de aplicación de las penas (artículos 66, 66 Bis, 70, 71)” en *Comentario a la Reforma del Código Penal de 2015*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 277.

por decisión judicial habrá de atenerse a un adecuado juicio de proporcionalidad, según establece el TC⁴.

Así, el artículo 66 bis, contempla como factores determinantes en orden a concretar la extensión de la pena: *la necesidad de prevenir la continuidad delictiva*, evidenciando la importancia de la función preventiva especial de este tipo de sanciones, cuya finalidad última es neutralizar la actividad delictiva de la entidad infractora, ya sea de forma temporal o indefinida⁵. En segundo lugar, las *consecuencias económicas y sociales de la pena*, traslucen la preocupación del legislador por el impacto que las penas impuestas a las personas jurídicas pueden tener sobre la multitud de personas físicas dependientes de las mismas. Manteniendo la idea de intervención mínima del poder punitivo en la actividad económica y social de la persona jurídica para preservar al máximo su existencia⁶, a la que aludíamos anteriormente. En tercer lugar, *el puesto en la estructura empresarial que ocupa la persona física que omitió el control*. Estamos ante una “formulación extraordinariamente problemática”⁷ porque, parece dar a entender la correcta imputación de la responsabilidad penal a una persona jurídica cuando la infracción del deber de cuidado es atribuible a un mero empleado de la compañía, independientemente de su posición en ella. Corrigiéndose con una interpretación sistemática de los artículos 66 Bis del CP, y el párrafo segundo del artículo 31.1 bis del CP, decantándose este último precepto, por la graduabilidad de la cuantificación del desvalor cuando, la pena se halle impuesta a la empresa o persona jurídica por el ilícito generado por la inobservancia de las obligaciones de dirección o vigilancia por parte de personas físicas trabajadores en puestos inferiores a la pirámide organizativa.

En cuanto a la determinación de la pena, el precepto en estudio efectúa una remisión a lo previsto en el artículo 66.1 del CP, con excepción de la regla quinta, relativa a la multirreincidencia, que sí se prevé para la imposición de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 del CP, por duración superior a los cinco años, en los supuestos de penas con carácter definitivo. Con aplicación, por ende, de las previsiones y matices que revisten las reglas de determinación de la pena en la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad, para los delitos cometidos por las personas físicas, con base en la condena ejecutoria y anterior de, al menos, tres delitos comprendidos en el mismo Título, de la misma naturaleza, excluyéndose la aplicación de la multirreincidencia, (al igual que la reincidencia), en los supuestos de cancelación de antecedentes.

⁴ Sentencias números 85/2003, 111/2007 y 129/2009.

⁵ Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado, pág 70.

⁶ BORJA JIMENEZ, “Reglas generales de aplicación de las penas (art 66, 66 Bis, 70, 71)” en *Comentario a la Reforma del Código Penal de 2015*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 277.

⁷ Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado, pág 70.

ACALE SANCHEZ, *El tipo de injusto de los delitos de mera actividad*, Ed Comares, Granada, 2000

ALCACER GUIARO, “El derecho a la legalidad penal y los límites de la actuación de Tribunal Constitucional” en *Constitución y principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales*, (dir) MIR PUIG, S/QUERALT JIMENEZ, (coord) FERNANDEZ BAUTISTA, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

- “Los fines del Derecho penal”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Tomo 52, págs 177-226
- *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Ed Comares, Granada, 2000

ALONSO ÁLAMO, *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Ed Valladolid, 1981

- “La compensación de circunstancias generales y especiales ante la reforma del Derecho Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1983, pág 60 y ss

AMODIO, “Motivazione della sentenza” en *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, 1977

ANTON ONECA, “El Código Penal de 1870”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 23, Fas/Mes, 1-2, 1967.

- *Discurso leído en la Apertura del Curso Académico 1944/1945*, Universidad de Salamanca, 1944.
- *Derecho penal, Parte General*, Ed Akal, Madrid, 1986

AREÑO LEAL, “Reincidencia, arbitrio judicial y principio de legalidad (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 6 de abril de 1990)”, *Revista del Poder Judicial*, 1991, versión informática

ARGANDOÑA, “Business Ethics in Spain”, en *Journal of Business Ethics*, vol 22, 1999, pág 155 y ss

ARLEN/KRAAKMAN, “Controlling Corporate Misconduct: an analysis os corporate liability regimes” in *New York Law Review*, Vol 72, pág 691 y ss

ARROYO ZAPATERO, “Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm 1, 1987, pág 97-110.

ASIMOV, ISAAC, *De los números y su historia*, Ed Lidium, recurso on line, www.espaebook.es

AYO FERNANDEZ, *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias, Manual de determinación de las penas y demás consecuencias jurídicas*, Ed Aranzadi, Navarra, 1997

AYRES/BRAITHWAITE, *Responsive, Regulation. Transcending the deregulation debate*, en Oxford Socio-legal Studies, Oxford University press, 1992

BACIGALUPO ZAPATER, “Es gobernable el poder judicial?” *Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno criminológico. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Ed Legis, Bogotá, 2005

- “Significación y perspectivas de la oposición Derecho Penal-Política Criminal” en *Revue Internationale Droit Penal (RIDP)*, núm 1, 1978, recurso online
- “¿Tiene rango constitucional las consecuencias del principio de la culpabilidad?” *La Ley*, 1982-2, pág 936
- “La individualización de la pena en la reforma penal”, en “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense”, núm 3, 1980, 55-74
- *Lineamientos de la teoría del delito*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990
- “La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Diario la Ley*, nº 6962, 2008, recurso online
- “Principio de culpabilidad e individualización de la pena. El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos”. *Libro Homenaje al Prof. Dr. D. A TORIO LOPEZ*, Granada, 1999, pág 1115 y ss
- “La responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas en el Derecho Europeo” en *REV.F.Can.* Núm 89 (1994) pág 229 y ss

BACIGALUPO SAGGESE, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed Bosch, Barcelona, 1998

- Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno” en *Diario la Ley*, núm 7541, enero 2011, pág 2 y ss
- “Los derechos fundamentales de las personas jurídicas”, en *Revista del Poder Judicial*, núm 53, 1999, pág 49 y ss
- “La crisis de la filosofía del sujeto individual y el problema del sujeto en el Derecho penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1999, pág 31 y ss.

BARATTA, “Criminología crítica y política penal alternativa”, en *Reveu Internationale de Droit penal*, 1978, recurso online.

- “Integración y prevención: Una nueva fundamentación de la pena dentro de la Teoría sistemática” en la *Revista de Doctrina penal*, 1985, págs 3,4, recurso online

BARRANCO CEREZO, “La reforma de la circunstancia mixta de parentesco y de las reglas para la imposición de la pena en relación con la concurrencia de circunstancia atenuantes y agravantes”, en *Estudios Jurídicos*, Ministerio Fiscal, 2003, recurso online, sin paginación

BARREIRO, J., “Sistemas de sanciones en el Código penal de 1995”, en *La reforma de la justicia penal. Estudios homenajes al Prof. Klaus Tiedeman*, GOMEZ COLOMER/ GONZALEZ CUSSAC. (coord) Publicacions de la Universitat Jaume I, Castello de la Plana, 1997

BATTAGLINI, “Il sindacato della corte di cassazione sulla motivazione della sentenza penale”, in *Giur. Compl. Cass. penale*, 1944, pág 100 y ss.

BECCARIA, *De los delitos y sus penas*, traducido por DE LA CASA, Ed Alianza, 2008
- *Dei delitti e delle pene*, Ed Milano Medibanco, Milano, 1984

BECKER G., “Crime and Punishment: An Economic Approach”, en *Journal of politic economy*, n.º76, pág 169 y ss.

BELESTA SEGURA, “El art 66 del nuevo Código Penal y el arbitrio judicial” en *Revista de Derecho y proceso Penal*, núm 11, 2000, págs. 135-152

BELLAVISTA, “Contributo allo studio della patologia della motivazione della sentenza penale”, in *Il Natale*, 1975, pág 17 y ss

BELLO LANDOROVE, “Determinación de la pena” en *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal*, 1996, pág 350 y ss

BENTHAM, *Teoría de las penas y de las recompensas*, Barcelona, 1838

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO/GARCIA RIVAS, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Ed Praxis Penal, Barcelona, 1996

BERNARD, L COHEN, *El triunfo de los números*, Ed Alianza, Madrid, 2007, recurso on line, www.espaebook.es

BESIO, *Criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015

BETTIOL, *Diritto Penale, Parte Generale*, Ed Cedam, Padova, 1986

BLAY GIL, *Trabajo en beneficio de la comunidad. Regulación y aplicación práctica*, Atelier, Barcelona, 2007

BOBBIO, *Il contratto sociale oggi*. Guida Editore, Napole, 1980

BOLDOVA PASAMAR, “La desaparición de las faltas en el Proyecto de Reforma del Código penal de 2013” en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm 16, 2004, recurso online, sin paginación

- *Lecciones de las consecuencias jurídicas del delito*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2016

BORJA JIMENEZ, *Curso de política criminal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011

- “Reglas generales de aplicación de las penas (art 66, 66 bis, 70 y 71)” en *Comentarios a la Reforma el Código penal*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015

BOTELLA/PERES NIETO, “La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España” en *Malas noticias. Medios de comunicación y Política criminal*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 43-66.

BRAITHWAITE “Corporate Crime and Republican Criminological Praxia”, en PEARCE/SNIDER, (eds) *Corporate Crime. Contemporary Debates en University of Toronto, Buffalo, London*, 1995, pág 48 y ss

- “The new regulatory state and the transformation of criminology”, en *Brithish Journal of Criminology*, núm 40, 2000, pág 222
- *Restorative Justice and Responsive Regulation*. Ed Oxford University Press, 2002

BRAITHWAITE/FISSE, *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge University Press, 1993

BRANDARIZ GARCIA, *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2009

- “La sanción de trabajos en beneficio de la comunidad como respuesta a la violencia de género”, en PUENTE ABA, L.M. (Dir), *La respuesta penal a la violencia de género*, Ed Comares, Granada, 2009

BRICOLA, *Discrezionalità nell diritto penale*, Ed Giuffrè, Milano, 1965

- “Le aggravanti indefinite. (Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)” en *RIDPP*, 1964, pág 1019 y ss
- “Il costo del principio “societas delinquere non potest” nell'attuale dimensione del fenómeno societario” en *RIDPP*, n.º 61, 1970, pág 960 y ss

BRINKMANN/KNUT, “Good intentions aside: drafting a functionalist look at codes of ethics”, en *Business Ethics: A European Review*, vol2, n.º3 July 2003, pág 265 y ss

BRUALLA SANTOS-FUNCIA. “Las reglas de determinación de la pena tras las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 11/2003 y 15/2003” en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005, pág 65 y ss

BUCY, “Corporate Ethos: a standar for imposing corporate criminal liability” en *Minn. Law Review*, 75, 1991 pág 1095 y ss

BUENO ARUS, “Algunas consideraciones sobre la Política criminal de nuestro tiempo”, en *Revue Internationale de Droit penal*, recurso online. Dialnet

- “Determinación judicial de la pena y Consejo de Europa” en *Actualidad penal* núm 15, 1992, recurso online, sin paginación.

BUSTOS RAMÍRZ/ HORMAZABAL/ MALARREE, *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen I, Ed. Trotta, Madrid, 1997

CANCIO MELIÀ, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Algunas consideraciones sobre el significado político criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa” en Mir Puig/ Corcoy Bidasola (dir)/ Gómez Martín (coord.) *Nuevas tendencias de política criminal*, 2006, pág 7 y ss

CARDONA TORRES, “La responsabilidad de las personas jurídicas” *Diario la Ley*, núm 7699, 2011, pág 1 y ss

CARMONA RUANO, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en Bajo Fernández, (dir), *Empresa y Derecho penal I*, Cuadernos del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág 325 y ss.

CARBONEL MATEU, “Prisión permanente revisable I (art 33, 35) en *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, Ed Tirant lo Blanch

CASSASIONE PENALE, 1982

CASTELLO NICAS, *El arbitrio judicial y el art 66 de los delitos dolosos*, Ed Comares, Granada, 2000

CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal. Parte General*, Ed Tecnos, Madrid, 2007, 6ª ed

CERVELLO DONDERIS, *Prisión perpetua y de larga duración*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia

CID/LAURRI, “*los Jueces penales y las penas en España*” (*aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo Penal*) Ed Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002

CID MOLINÉ, “El trabajo en beneficio de la comunidad”, en CID, J/LARRAURI, E. (Eds), *Penas alternativas a la la prisión*, Ed Bosch, Barcelona, 1997

CLINARD, *Corporate Corruption. Teh Abuse of power*. New York, Praeger, 1990

COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON, *Derecho penal. Parte general*, Ed Tirant lo Blanch, 4ª ed. 1996.

COBO DEL ROSAL/BAJO FERNANDEZ, *Comentarios a la Legislación penal, Derecho penal y Constitución*, Ed Edersa, Madrid, 1988

- “Consideración general sobre el nuevo Código penal” en *La Ley*, núm 4043, de 24 de mayo de 1996, pág 1332 y ss.

COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, *Instituciones del Derecho Penal Español*, Madrid, 2004

COFFEE, “Corporate Criminal Responsibility”, en KADISH (ed) *Enciclopedia of Crimen and Justice*, Vol1; New York, The Free Press, 1983

- “Corporate crime and Punishment: A non Chicago View Of the Economics of criminal Sanctions” in *American Criminal Law Review*, vol 1, 1980, pág 419 y ss;
- “No soul to damn no body to kick: An unscandalized Inquiry into the problem of Corporate Punishment”, in *Michigan Law Review*, 1981, pág 386 y ss

COFFEE/GRUNER/STONE, “Standar for organizational probation: a proposal to the United States Sentencing Commission” en *Whittier Law Review*, vol 10, 1988, pág 77 y ss

COLMENERO MENÉDEZ DE LUARCA, M, “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003” *Las penas y sus alternativas*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2005, pág 185 y ss

CONDE PUMPIDO, *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia, Tomo I*, Ed Trivium, Madrid, 1997

- “Comentario al artículo 129 del CP” en *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Ed Trivium, Madrid, 1997, pág 1565 y ss

CONTENTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Ed Joveni, Napoli, 1963

CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*. Ed, Tirant lo Blanch, Barcelona, 1999

- *Política-criminal en Europa*, Mir Puig/Corcoy Bidasolo (dirs), Gomez Martín (coord) Ed Atelier Penal, Barcelona, 2004

CORDOBA RODA, “La pena y sus fines en la Constitución de 1978”, en la *Revista de Sociología*, núm 13, 1980, págs. 129-140.

- *Culpabilidad y pena* Ed Casa Editorial, Barcelona, 1977
- *Las eximentes incompletas en el Código penal*, Publicaciones de Estudios Jurídicos, Oviedo, 1966
- *Comentarios al Código penal*, V II, 1972

CORDOBA RODA/GARCIA ARAN, (Dir) *Comentarios al CP. Parte general*. Ed Marcial Pons, Madrid, 2011

CROSSAM, *Biografía del Estado Moderno*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1996

CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, pág 101 y ss

CUESTA AGUADO, “Sociedad tecnológica y Derecho penal del riesgo”, en *Revista Derecho y Procesal Penal*, núm 4, 2000, págs. 133-144.

CUELLO CONTRERA, “La frontera entre el concurso de leyes y el concurso de delitos: el delito sui generis” en *Anuario Derecho Penal y Ciencias Penales*, T XXXI, 1978, pág 91 y ss

CHOCLAN MONTALVO, *La individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, Ed Colex, Madrid, 1997

- “La pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad” en *Revista Jurídica La Ley*, núm 4, 18 de diciembre de 1996, pág 160 y ss.
- “Las penas privativas de derecho en la reforma penal”, *Actualidad penal*, 1997, pág 140 y ss
- “La regla 4ª del artículo 66 del Código penal”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, año VIII, núm 349, de 2 de julio de 1998, pág 2 y ss
- “Novedades introducidas en el artículo 66”, en *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Ed Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pág 160 y ss
- “Los criterios de atribución de responsabilidad en el seno de las personas jurídicas en el artículo 31 bis del texto proyectado”, en el *Anteproyecto de Modificación del Código Penal de 2008: Algunos aspectos*, Ed Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pág 30

DA COSTA ANDRADE, “Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal como referencias de una doctrina teleológica racional del delito” en *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, Ed Bosch Barcelona, 1995.

DARNACULLETA I GARDELLA, “Developments in the law. Corporate Crime: Regulating Corporate Behaviour Through Criminal Sanctions” en *Harvard Law Review*, Vol 92, 1979, pág 1249 y ss

DE FIGUEIRO DIAS, “Resultados y problemas en la construcción de un sistema de derecho penal funcional y racionalmente final” en *Fundamentos de un sistema Europeo del Derecho penal, Libro homenaje a Claus Roxin, Ed Bosch, Barcelona, 1995*

DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el proyecto de 1992” en *Política Criminal y Reforma Penal, L.H. al Prof. Juan del Rosal, Madrid, 1993*

- “Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal” en Nieto Martín, (coord), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, in memoriam*, vol I, Publicaciones de la Universidad de Salamanca, 2001, pág 988 y ss

DE LA FUENTE HONRUBIA, “Las consecuencias accesorias del artículo 129 del CP”, *Lex Nova*, Valladolid, 2004, pág 69 y ss.

DE LA MATA BARRANCO, “El proceso de determinación de la pena en el Código penal español vigente: síntesis de la nueva normativa” en *Derecho penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en Homenaje al Prof Alfonso Serrano Gómez*, Madrid, 2006, pág 890 y ss.

- “Las reglas de aplicación de las pena, (art 66, 66bis, 70, 71) en *Comentarios a la Reforma penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015
- *La individualización de la pena en los Tribunales de Justicia*, Ed Aranzadi, Navarra, 2008

DE LA MATA BARRANCO/ HERNÁNDEZ, “Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, DE LA CUESTA ARZAMENDI (Dir), DE LA MATA BARRANCO (Coord), Ed Aranzadi, Navarra, 2014, pág 237 y ss

DE LEON VILLALBA, *Acumulación de sanciones penales y administrativas: Sentido y alcance del principio del non bis in idem*, Ed Bosch, Barcelona, 1998

DE MAGLIE, *L'Etica e il mercato. La responsabilità penale della società*, Giuffrè Editore, Milano, 2002

- “Corporate Criminal Liability” en *American Criminal Law Review, Nineteenth survey of white collar crime*, Vol 41, 2004, n.º 2, pág 369 y ss

DE SIMONE, “I profili sostanziali della responsabilità c.d. Amministrativa degli enti. La parte generale e la parte speciale del D. Lgs 8 giugno 2001, n.º 2331” en GARUTI (a cura di) *Responsabilità degli enti*, pág 113 y ss

DE SOLA RECHE, *La llamada tentativa inidónea del delito*, Ed Comares, Granada, 1996

- “Sobre el concepto de tentativa inidónea del delito”, en *Libro Homenaje a Valle*, Ed Aranzadi, Navarra, 2001, pág 773 y ss.

DE VERO, “Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente reato. Luci e ombre nell'attuazione della delega legislativa”, in *Riv.it. E proc. Pen.* 2001, pág 1126 y ss

DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento post delictivo*, Universidad de León. Secretariado de Publicaciones, 1985

DEL ROSAL BLASCO, “La responsabilidad penal de empresas y los códigos de buena conducta corporativa” en *Diario la Ley*, núm 7670, junio 2011, pág 2 y ss

DEMETRIO CRESPO, *Prevención General e Individualización de la pena*, Ed Universidad de Salamanca, 1999

DIAZ GOMEZ, “Modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010,” en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, pág 10 y ss

DIAZ PITA, “La presunta inexistencia del elemento volitivo del dolo y su imposibilidad de normativización”, en *RP*, núm 17, 2006, pág 59 y ss

DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, “Inducción o autoría mediata en malversación impropia”, *La ley*, 1998, recurso online

- *La autoría en Derecho penal*, Ed Universidad de Salamanca, 1991

DIEZ RIPOLLES, *Derecho penal y Política criminal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- *El derecho penal ante el sexo*, Ed Bosch, Barcelona, 1981
- “La evolución del sistema de penas en España 1975-2003” en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm 8, 2006, recurso online
- “Novedades introducidas en el artículo 66”, en *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Ed Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pág 161 y ss

DOLCINI, “Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio. Rifflessioni in tema di fonti, diritto penale minimo, responsabilità degli enti e sanzioni” en, *Rev. I. Dir. Proc. Pen.*, 1999, pág 21 y ss

DOLCINI/ MARANUCCI, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, Terza Edizione, Ed. Giuffrè, Milano, 20

DONINI, “Selettività e paradigmi della teoria del reato” en *RIDPP*, 1998, pág 366 y ss.

- *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Ed Giuffrè, Milano, 2004
- “Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio. Rifflessioni in tema di fonti, diritto penale minimo, responsabilità degli enti e sanzioni” en, *Rev. I. Dir. Proc. Pen.*, 1999, pág 21

DORADO MONTERO, *Estudios del Derecho penal preventivo*, Ed Victoriano Suarez, Madrid, 1901

DOVAL PAIS, *La penalidad de las tentativas del delito*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2001

ECHARRI CASI, *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias*, Ed Aranzadi, Pamplona, 2003

- “Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una perspectiva de las garantías constitucionales”, en *Diario La Ley*, núm 7632, enero del 2011, pág 2;

EDGERTON, “Corporate Criminal Responsibility”, en *Yale Law Journal*, 1927, pág 835 y ss

ESTEVE PARDO, *Autorregulación. Génesis y Efectos*, Ed Aranzadi, Navarra, 2002

FARALDO CABANA/ PUENTE ABA, *Las penas privativas de Derecho y otras alternativas a la pena privativa de libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

FEIJOO SANCHEZ, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, Ed IbdeF, Argentina, 2014

- *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del derecho penal contra las empresas*, Ed Civitas, Madrid, 2002
- “La normativización del Derecho penal: ¿Hacia una teoría sistemática o intersubjetiva de la comunicación?” En Gómez Jara, (eds) *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Ed Comares, Granada, 2005, pág 445 y ss
- “La distinción del dolo imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo” en *CPC*, núm 65, 1998, pág 229 y ss
- *Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal*, Ed Civitas, Madrid, 2012

FERRÁ TRAPET, *La tentativa del delito*, ed Edisofer, IB d F, Argentina, 2011

FERNADEZ GONZALO, *Culpabilidad y Teoría del delito*, Ed B de F, Montevideo,

FERNANDEZ TERUELO, “Obligación solidaria de la empresa de hacer frente al impágo de la multa impuesta a su representante”, en *Revista de Derecho penal y Procesal*, n.º 13, 2005, pág 37 y ss

FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, Edición de M. Carbonel, Ed. Trotta, Madrid, 2013 [recurso on line], sin paginación

- *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ed Trotta, Madrid, 2014

FIANDACA/ MUSCO, “Perdita di legittimazione del Diritto penale”, *RIDPP*, 1994

FISSE, “*Structural Crime*”, *Yale Law Journal*, Vol 89:353, 1979, era 355

- “Reconstructing Criminal Law: Detenrence, Retribution, Fault, and Sanction”, en *South California Law Review* Vol 56, 1983, pág 145 y ss

FISSE/BRAITHWAITE, *Corporations, Crime, and Accountability*, en Cambrige University Press, Cambrige,1993.

FOERSCHER, “Corporate Criminal Intent: Toward a Better Understanding of Corporate misconduct” en *Cal. L. Rev.*, 78, 1990, pág 1287 y ss

FOFFANI, “Bases para una imputación subjetiva de la persona moral: hacia una culpabilidad de las personas jurídicas?” En Boix Reig/Bernardi (cood) *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Ed Iustel, Madrid, 2005, pág 307 y ss

FRENCH, “Integrity, Intentions and Corporations” en *Am.Bus.L.J.*, núm 4, 1996, pág 139 y ss

FRENCH/NESTERUK/RISSER, *Corporations in the Moral Community*, 1992

GALLEGO DIAZ, *El sistema español de determinación legal de la pena*, Ed ICAE, Madrid, 1985

- “Procedimientos para la determinación de la pena superior e inferior en grado y la división de la pena en dos mitades. Un análisis sistemático del artículo 70 del CP”, en *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en Homenaje al Prof. Alfonso Serrano Gómez*, Valencia, 2004, 727-752
- “La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad. Criterios de determinación de la pena y factores de individualización” en *Dialnet*, núm 87/88, 2010, pág 431 y ss

GARAPON *Juez y democracia. Una reflexión muy actual*, Ed Flor del viento, Barcelona, 1997

GARCIA ARAN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho Penal*, Ed Universidad de Barcelona, 1982

- *Fundamentos y Aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*. Ed Aranzadi, Pamplona, 1997
- “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Cerezo Mir y otros (eds), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje a Dangel Torío López*, Ed. Comares, Granada, 1999, pág 327 y ss.
- *I congreso Hispano-Italiano de PD Económico*, 1998, pág 48 y ss

GARCIA ARAN/BOTELLA/REBOLLO/BAUCELLS/PERES-NETO, *Malas noticias. Medios de comunicación. Política Criminal y Garantías Penales en España*, Ed Tirant lo Blanch, Barcelona, 2010.

GARCIA ARAN/PERES NETO, “Agenda de los medios y agenda política: Un estudio de los medios en las reformas del Código Penal Español entre los años 2000 y 2003”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm 1, 2009, págs. 261-299

GARCIA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ed Civitas, Madrid, 1995.

GARCIA PABLOS DE MOLINA, “La supuesta función resocializadora”, en *Estudios Penales*, Ed Bosch, Barcelona, 1984.

- *Criminología. Una introducción a sus fundamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004
- *La supuesta función resocializadora del Derecho penal, utopía, mito, o eufemismo*, Dialnet, 2012

GARLAND, “The culture of control” *The University of Chicago, Press*, 2001, pág 8-165

GARRIDO/STAGELAND/REDONDO, *Principios de criminología*, 2º Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

GIMBERNAT ORDEIG, “¿Tiene futuro la Dogmática jurídico-penal?” Ed ARA, 2009

GOMEZ JARA, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Ed IbdeF, Montevideo, 2010

- *La culpabilidad penal de la empresa*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005
- “El nuevo artículo 31.2 del Código Penal, Cuestiones de lex data y lex ferenda”, en *la Ley*, núm 4, 2006, pág 15 y ss
- “Sujetos sometidos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en BANACLOCHE PALAO/ ZARZALEJOS NIETO/GOMEZ JARA, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed *La Ley*, Madrid, 2011, pág 52 y ss

GOMEZ MARTIN, “Libertad, seguridad y sociedad de riesgo” en *Política-criminal en Europa*, Mir Puig/Corcoy Bidasolo (dirs), Gomez Martin (coord), Ed Atelier, Barcelona, 2004

- *Comentario al Código Penal*, MIR PUIG (dir), Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 174 y ss

GOMEZ MONTORO, “La titularidad de los derechos fundamentales de las personas jurídicas: un intento de fundamentación” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 65, 2002, pág 49 y ss

- “La titularidad de derechos fundamentales para personas jurídicas: un intento de formulación” en *La democracia constitucional: Estudios en Homenaje al Profesor Rubio Llorente*, Vol 1, 2002, pág 387

GOMEZ SANCHEZ, *Dignidad y ordenamiento comunitario*, recurso on-line.

GONZALEZ CUSSAC, “La contrarreforma penal de 2003. Nueva y vieja política criminal”, *Revista xuridica galega*, núm 38, 2003, págs 19- 32

- *Teoría General de las Circunstancias Modificativas de la responsabilidad*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 1988
- “Presente y futuro de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1995, pág 217 y ss.
- “Arbitrio judicial y artículo 61.4 del Código Penal. Comentario a la Sentencia de 20 de marzo de 1986”, en *Revista del Poder Judicial*, 1986, recurso online
- “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: art 31 bis, ter, quater y quinquies”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, (dir)

Gonzalez Cussac, (coords) Gorrioz Royo/Matalin Evangelio, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág 163.

- *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015

GONZALEZ CUELLAR/ SERRANO/ JUANES PECES, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor” En *Diario la Ley*, núm 7501, noviembre 2010, pág 1

GONZALEZ RIVERO, “El fundamento de las penas y medidas de seguridad”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 2002, núm 78, págs 577-588.

GONZALEZ ZORRILLA, “La suspensión de la pena y probation” en CID/LARRAURI (Coords) *Penas alternativas a la prisión*, Ed Bosch, Barcelona, 1997

GRACIA MARTIN, “¿Qué es la modernización del Derecho penal?” En AAVV, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al Prof DR D José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pág 349-395

- “Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española”, en *AP*, núm 37, 1993 pág 555 y ss.
- “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas” en *Actualidad penal*, núm 39, 1993, pág 15 y ss

GRACIA MARTIN/ BOLDIVA PASAMAR/ ALASTUEY DOBÓN/ *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito: el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

GRACIA MARTIN (Coord): BOLDOVA PRATS/ALASTUEY DOBON: *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 1996

GRACIA MARTIN, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2006

- “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas” en *Actualidad penal*, núm 39, 1993 pág 45 y ss

GRAMSCI, *Notas sobre Maquiavelo, sobre política y sobre el Estado Moderno*, trad Aricó, Ed Nueva Visión, Buenos Aires, 1980

GROIZAD Y GOMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870, Comentado y Concordado*, Tomo II, Segunda Edición Ed Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1923

GUILLÉN/MELÉ/MURPHY, “European vs American approaches to institutionalisation of Business Ethics: the spanish case” en *Business Ethics: A European Review*, vol 11, núm 2, april, 2002, pág 167 y ss

GUTIERREZ CASTAÑEDA, A, *Las penas privativas de derechos políticos y profesionales. Bases para un nuevo modelo regulativo*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

HALLINI/ MANCINI, *Sistemas mediáticos comparados. Tres modelos de relación entre medios de comunicación y política*. Ed Hacer, Barcelona, 2008.

HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989

- *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 1999

HASSEMER *Fundamentos de Derecho penal*, traducido por Arroyo Zapatero y Muñoz Conde, Ed. Bosch, Barcelona, 1984

- “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno” trad Laurri, en *ADPCP*, 1993, 235-250
- “Derecho penal simbólico y protección de los bienes jurídicos” en *Pena y Estado*, 1991, págs 23-26

HEINE, “Santiones in the field of Corporate Criminal Liability”, en ESER/HEINE/HUBER (eds) *Criminal Responsibility of Collective and Legal Entities* en Freiburg. Ius. Crim, 1999, pág 237 y ss

- “La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales” en *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001

HIRSCH, *Censurar y castigar*, Ed Trotta, Madrid, 1998

IBAÑEZ FERFECO, “La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia” en *Estudios de Derecho Judicial*, 2000, versión informática

JAEN VALLEJO, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *RCCP* 1, 1998, pág 69

JAKOBS, *Derecho penal del enemigo*, Ed Civitas, Madrid, 2003

- “La pena como reparación del daño” en *Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Escandía*, Ed Legis, pág 396 y ss.
- *Teoría funcional de la pena y la culpabilidad*, (traducción de CANCIO MELIA, M/FEIJOO SANCHEZ, B) Ed Civitas, Madrid, 2008

JARAMILLO GARCIA, *Novisimo Código Penal, comentado y cotejado con el de 1870*, Volumen I, Libro I, Impresión Ferreira, Salamanca, 1928.

JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Trad Olmedo Cardanete, Ed Comares, Granada, 2002

JEWKES, *Media and Crime*, Ed Brilanti Books 2004

JIMENEZ DE ASUA, *La Ley y el delito. Principios del Derecho penal*, Ed Abeledo Perrot, México-Buenos Aires, 1990

KENEDY, “Criminal Sentences for Corporations: Alternative Fining Mechanisms”, in *California Law Rev. Vol 73*, 1985, pág 443 y ss

KRAAKMAN, “Corporate Liability Strategies and the cost of legal controls”, en *Yale Law Journal*, Vol 93:874, 1984, pág 859 y ss

KRANNICH, “The Corporate Person: A New Analytical Approach to a Flawed Method of Constitutional Interpretation” en *Loyola University Chicago Law Journal*, vol 37, 2005, pág 61 y ss.

LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Tecnos, Madrid, 2005

LAPPI SEPPÄLA, “Política criminal y penas alternativas a la prisión en los países escandinavos”, traducción Cerezo Dominguez, recurso on-line, sin paginación

LAUFER, “Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance”, en *Vanderbilt Law Rev*, nº 52, 1999, pág 1343 y ss

- “Corporate Bodies and Guilty Minds”, en *Emory Law Rev.*, vol 44, 1994, pág 135 y ss.
- *Corporate Bodies and Guilty minds: the failure of Corporate Criminal Liability*, The University of Chicago Press, 2006

LARRAURI, *Aportación de las ciencias sociales en la elaboración de las leyes*, recurso online

- *La herencia de la criminología crítica*. Ed Siglo XXI, Madrid, 1991
- “Suspensión y sustitución de la pena privativa de libertad” *En Estudios de Derecho penal y criminológico*, XIX, Santiago de Compostela, 1996, pág 212

LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Ed Cedam, Napoli, 1962

- *Circostanze discrezionale e precrizione del reato*, Ed Cedam, Napoli, 1967

LOPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRIGUEZ RAMOS/RUIZ DE GORDEJUELA LOPEZ, *Códigos Penales Españoles (1822, 1848, 1870, 1928, 1932, 1944) Recopilación y Concordancias*, Ed Arkal, DL, Madrid, 1998.

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, *Responsabilidad penal en actividades arriesgadas: el caso de la construcción*, Ed Leynfor SXXI, Madrid, 2000

- “El moderno Derecho penal para una sociedad de riesgos”, en *Revista del Poder Judicial*, núm 48, 1997, pág 301 y ss
- *Autoría y participación*, Ed Akal, Madrid, 1996

LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad en el delito*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 1997

LOPEZ REY, “La criminalidad económica-social en la política-criminal de las Naciones Unidas”, en BARBERO SANTOS, (eds:) *La reforma penal: delitos socio-económicos*, Universidad de Madrid, 1985

LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Giuffrè Editore, Milano, 2005

- “Il sistema sanzionario”, in AAVV, *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, ED Cedam, Padova, 2002, pág 128 y ss

LOZANO, “Proposal of a model for the elaboration of ethical codes based on discourse ethics”, en *Business Ethics: A European Review*, vol 10, n.º 2, april 2001, pág 157 y ss

LUZON PEÑA, *Curso de Derecho penal*, Ed Universitas, Madrid, 1986

- “Prevención general, sociedad y psicoanálisis”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm16, 1982, págs 93-102
- “La participación por omisión en la jurisprudencia reciente en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo” en *PJ*, 1986, recurso online
- “La determinación objetiva y positiva del hecho y la realización típica como criterios de autoría”, *ADP*, 1989, recurso online.
- “Las consecuencias accesorias como tercera vía en las sanciones penales”, en OCTAVIO DE TOLEDO/GURDIEL SIERRA/CORTES BECHIARELLI, *Estudios Penales en Memoria del Profesor Ruiz Anton*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág 25 y ss

LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2005

- “Sustitución y suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad” en *El Código penal de 1995*, en Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, pág 100 y ss

MACLUHAN, *Comprender los medios de comunicación: Las extensiones de ser humano*, Ed Paidós Ibérica, Barcelona, 2009

MAGRO SERVET V, “La ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad” en *Las penas alternativas y sus alternativas*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2005

MALEN SEÑA “Códigos éticos y la lucha contra la corrupción” en Arroyo/Nieto, *Fraudes y corrupción en el derecho penal económico europeo. Eurodelitos de fraude y corrupción*. Ed Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006

MALINVERNI, “Circonstanze del reato”, en *Enc. Dir.* VII, Milano, 1961, pág 966 y ss.

MANZANARES SAMANIEGO, “Las penas de las personas jurídicas” en *Diario La Ley*, núm 7920, 2012, agosto, pág 2 y ss

MAPELLI CAFFARENA, B, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Thomson Reuters, 2011, 5ª ed.

- “El insoportable artículo 66” en *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Ed Ediofer, Madrid, 2008.
- *Las penas accesorias o la accesoriedad punitiva*, Libro Homenaje BUENO ARUS, Revista de Estudios penitenciarios, Extra, 2006

MARINI, *Le circostanze del reato. Parte generale*, Milano, 1965

- “Circostanze del reato”, in *Noviss. Dig. it.* Appendice, Torino, 1980, pág 1254 y ss

MARIANO KIERSZENBAUM, *El bien jurídico en el Derecho Penal. Algunas nociones básicas*, 2009, documento online, sin paginación.

MARINO BARBERO, *Marginación social y derecho represivo*, Ed Bosch, Barcelona, 1980

MARTIN CARVANIÉL, “El Juez de ayer y hoy” en *Estudios de Derecho Judicial*, 2000

MARTINEZ ARRIETA, “La determinación de la pena en el Código Penal español” en *Política criminal y reforma penal, Homenaje en memoria del Prof. Dr. Juan del Rosal*, pág 811-831

MASSA, *Le attenuanti generiche*, Ed Eugeni Jovene, Napoli, 1959

MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte General. T ed.* Traducido por BOFILL/AIMO-NE, Ed. Astrea, Buenos Aires

MELOSSI, “Ideología y Derecho penal, el garantismo jurídico y la criminología crítica” en *Pena y Estado*, 1991, págs. 57-62

MEDINA ARIZA, “Inseguridad ciudadana, miedo al delito y policía en España” *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm 5, 2003, recurso online, sin paginación

MENDOZA BUERGO, *Limites dogmáticos y políticos criminales en los delitos de peligro abstracto*, Ed Comares, Granada, 2011

MINTZEBERG, *La estructuración de las organizaciones*, (trad. Bonner/Nieto), Ed Ariel, Barcelona, 2009

MIR PUIG, S. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*. 2º Ed. Bosch, Barcelona, 1982

- “Limites del normativismo en el Derecho penal” *Dogmática y Criminología, dos visiones complementarias del fenómeno delictivo, Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Ed Legis, 2005, recurso online, sin paginación

- *Derecho Penal, Parte General*, Ed Reppetor, Barcelona, 2015.

- *Introducción a las bases del Derecho penal*, Ed IBdF, Argentina, 2002

- *Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, versión informática

- *La reincidencia en el Código Penal*. Ed Bosch, Barcelona, 1974, recurso online

- “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en OCTAVIO DE TOLEDO/GURDIEL SIERRA/CORTES BECHARELLI (eds), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Anton*, Ed Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

MOCCIA SERGIO, *Il Diritto penale tra essere e valore, la funzione della pena e sistematica teleologica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Padova, 1992

MOLINA BLAZQUEZ, *La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, Ed Bosch, Barcelona, 2002

MONTERO SOLER/TORRES LOPEZ, *La economía del delito y de las penas. Un análisis crítico*, Ed Comares, Granada, 1998

MOORE, “Corporate Culpability Under the Federal Sentencing Guidelines” en *Arz. L. Rev (Arizona Law Review)*, 34, 1992, pág 743 y ss

MORENO-TORRES HERRERRA, en ZUGALDÍA ESPINAR, (Dir) *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004

MUÑOZ CONDE, “*Derecho Penal y control social*” en *Fundación Universidad de Jerez*, 1985, recurso online.

- “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica del mito”, en *Revista de Ciencias Sociales*, núm 31, 1979, pág 73-84

MUÑOZ CONDE, GARCIA ARAN, *Derecho penal, Parte General*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MUSCO, FIANDACA, *Diritto penale. Parte Generale*, Ed. Zanichelli, Torino, 2014

NIETO MARTIN, *El arbitrio judicial*, Barcelona, 2000

- *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un nuevo modelo legislativo*, Ed Iustel, 2008. Madrid
- *El conocimiento del derecho (un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición)*, Ed Atelier, Barcelona, 1999.
- *Fraudes Comunitarios*, Ed Praxis, Barcelona, 1996

NIETO MARTIN/LUIGI FOFFANI, “Corporate Governance y administración desleal”, en *RP* 17, 2006, pág 110 y ss

NUVOLONE, *Il Sistema del Diritto penale*, Ed Cedam, Madrid, 1982

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, “Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del CP”, en *Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: Libro Homenaje a Cerezo Mir*, Ed Tecnos, Madrid, 2002, pág 1134

ORTEGA Y GASSEST, “La rebelión de las masas, 1930”, en *Obras completas*, Ed Taurus, 2010

PABLOS GARCIA, *Tratado de Criminología*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2014

PABLO MILANESE, *El moderno Derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima*. Recurso online, sin paginación.

PACHECO, *El Código penal comentado y concordado*, T I-II, Ed Edisofer, 2000

PADOVANI, “*La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: Il problema della committoria edittale*”, *RIDPP*, 1994, págs. 1445-1456.

PAGLIARO, “Aspetti Giuridici della prevenzione” en *L'Indice Penale*, 1976, núm 1, pag 4-10

PALARO, *Cassazione Penale*, 1982

PALAZZO “Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico” en *RIDPP*, 1999, pág 715 y ss

PALIERO “*La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: Il problema della comnitoria edittale*” en *RDIPP*, 1994, pág 1228-1229.

- “L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?” En *RIDPP*, 1994, pág 1240 y ss
- “Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho italiano” en *ADP*, 1996, pág 50, 51 y ss
- “Il d.legs. 8 giugno 2001, n231: d'ora in poi, societas delinquere (et punire) potest”, in *Corriere giur.*, 2001, pág 846,

PALIGIERO, “Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio”, en *RIDPP*, 1992, pág 505 y ss

PARKER, “Criminal Sentencing Policy for Organizatins: The Unifying Approach of Optimal Penalties”, en *Am. Crim. Law Review*, 1989, pág 513 y ss.

PASTOR RODRIGUEZ, *Estudio teórico de las reglas de aplicación de las penas contenidas en el Código penal común y el artículo 175 del de justicia militar*, Imprenta de la viuda e hija de Gómez Fuentenebro, 1894

PECES BARBA, *Los valores superiores*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984

- PECES BARBA, *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*, Ed Dykinson, Madrid, 2002

PEREZ DEL MANZANO, *Culpabilidad y Prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Universidad Autónoma de Madrid, 1990

PEREZ LUÑO, “¿ Que es Juzgar?”, en *Estudios de Derecho Judicial*, 2008, recurso online, pág 7 y ss.

PEREZ OLIVA, “Atracción de lo negativo”, *El Pais*, 27 de junio de 2010

PERROW, C, “A Society of Organizations” en *Theory and Society* 20, 1991, pág 775 y ss

POLAINO NAVARRETE, *Criminalidad actual y Derecho penal*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, 1988

POMARES CINTAS: “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-15, 2001, pág 6

PORTAL MANRUBIA, “El enjuiciamiento penal de las personas jurídicas”, en *Diario la Ley*, núm. 7769, 4 de enero de 2012, pág 1 y ss

POSNER, R., “Optimal Sentences for white collar criminal”, en *Am. Crim. Law. Review*, n.º 17, 1980, pág 409 y ss

POZA CISNEROS, M, “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad” en *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1996, Madrid, pág 220 y ss

PRATS CANUT, “Artículo 129 del Cp” en QUINTERO OLIVARES/ MORALES PRATS/VALLE MUÑIZ/ PRATS CANUT: *Comentarios al Código penal*, Ed Aranzadi, Navarra, 1996 pág 629 y ss

PUENTE SEGURA, *Las circunstancias eximentes, atenuantes, y agravantes de la responsabilidad criminal*, Ed Colex, Madrid, 1997

- “La individualización judicial de la pena: estudio de los artículos 66.4 y 68 del vigente Código penal” en *la Ley*, núm 4482, febrero de 1998, págs 1972 y 1973

QUAID, “The assessment of Corporate Criminal Liability on the basis of Corporate Identity: An analysis” en *Mc Gill. L.J.*, 43, 1998, pág 67 y ss

QUINTERO OLIVARES, “Determinación de la pena y política criminal” en *Cuadernos de Política Criminal*, núm 4, 1978, págs. 49-84

- “La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Comentario a la reforma penal de 2015*, Quintero Olivares, (dir) Ed Aranzadi, Pamplona, 2015 pág 90 y ss

QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Curso de Derecho Penal*, Ed Cedecs, Barcelona, 1996

RAGUESI VALLES, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Ed, Bosch, Barcelona, 2000

REY GONZALEZ, *La graduación de la pena de multa en el Código penal español*, UNED, Madrid, 1990

RIVERO ORTEGA *El Estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Ed Tecnos, Madrid, 2000

ROBERTS/ TALANS/INDERMAUR/HOUGH, “Populism and Public Opinion.Lessons from five Countries”, en *Oxford University Press*, New York, 2003, recurso online

ROBLES PLANAS, “Delitos de personas jurídicas. A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hecho delictivos” en *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm 2, 2009, diciembre, pág 14

ROEDER, “Estudios sobre Derecho penal y sistemas penitenciarios”, Trad Romero y Girón, Revista general sobre legislación y jurisprudencia, Madrid, 1976, págs 76-80

RODRIGO ALASINA, “El conocimiento del sistema penal. Alarma social y medios de comunicación” en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1999, núm 4, págs 27-34

RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte General*, Ed Dykinson, Madrid, 1995.

RODRIGUEZ MOUROLLO, “Significado político y fundamento ético de la pena y medida de seguridad” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, RGLJ, 1965, recurso online.

- “Líneas básicas de la Reforma penal en curso” en *Anales de la Real Academia de la Jurisprudencia y Legislación*, 2003, pág 480 y ss

RODRIGUEZ RAMOS, “Societas delinquere potest!. Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión” en *La ley*, 1995, pág 1494 y ss

ROLAND HEFENDAHL “¿Debe ocuparse el Derecho penal de los bienes jurídicos?” *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*”, 2002

ROSSI, “Le sanzione dell’ ente” in *La responsabilità dell’ente per il reato commesso nel suo interesse*, (dir) Vinciguerra, Ed Cedam, Padova, 2004, pág 35 y ss

- “Tipologia e discipline delle sanzioni” en *La responsabilità del ente por il reato commesso nel suo interesse*, (dir) VINCIGUERRA, Ed Cedam Padova, 2004, Milan, pág 67

ROXIN, *Iniciación al Derecho penal de hoy*, Trad Muñoz Conde, Ed Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 1981

- *Derecho penal. Parte General*, trad Luzon Peña, Ed Civitas, Madrid, 2014
- *Culpabilidad y Prevención*, trad Muñoz Conde, Ed Reus, Madrid, 1981
- *Problemas básicos del Derecho Penal*, trad Luzon Peña, Ed Reus, Madrid, 1981.
- “El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo” en *La Reforma del Derecho penal: trabajos del Seminario Hispano-Germánico sobre la Reforma del Derecho penal*, edición a cargo de MIR PUIG, S, Ed Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1980, pág 91 y ss

SAEZ VALCAREL, *El nuevo Código: maximalismo penal*” JD, 26 julio 1996, recurso online, sin paginación.

SALINERO ALONSO, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y el artículo 66 del Código Penal*, Ed Comares, Granada 2000

SANCHEZ GARCÍA, “El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho penal”, *La Ley*, 1994-4, pág 1114 y ss

SANCHEZ ROBERT, “La persona jurídica en los delitos del artículo 319 del CP” en *Anales de Derecho*, núm 30, 2012, pág 21 y ss

SANCHEZ YLLERA, I., “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad” en *Comentarios al Código penal de 1995*, (Coor. Vives Anton), T, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 1996

SANZ DIEZ DE ULZURRUN LLUCH, “La sentencia del TEDH en el asunto Léger Francia, de 11 de abril de 2006. Sobre compatibilidad de las penas de larga duración con las exigencias del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm 7 (1er semestre), 2006, pág 251 y ss

SANZ MORAN, “Reflexiones de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal” en *Revista de Derecho penal, Lex Nova*, Valladolid, núm 11, 2004, pág 26 y ss.

SANZ MULAS, *Alternativas a la pena privativa de libertad, Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana* Ed Colex, Madrid, 2000

SEARA, “Sujetos del bienestar”, en diario ABC, 12/9/1997

SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código penal. Comentario y Jurisprudencia. Tomo I*, Ed Comares, Granada, 2000

SERRANO MAILLO, *Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena*, Ed Dykison, Madrid, 1995

SERRANO PASCUAL, *Las formas alternativas de la prisión en el Derecho penal español*, Ed Trivium, Madrid

SERRANO PIEDECASAS, “Fundamento de la punición en la tentativa”, *El nuevo Código Penal: fundamentos y presupuestos, Libro Homenaje a Torío*, Ed Comares, 1999

SCHÜNEMANN, “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales*, 1996, núm 49, págs 187-218

- *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de las ciencias jurídico-penal*, traducción de Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, 1996
- “The Sarbanes Oxley Act of 2002: A german perspective” en *Buffalo Criminal Law Review*, Vol 8, pág 38 y ss

SIEBER, “Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica” en AAVV, *El derecho penal económico en al Era Compliance*, coord Arroyo, Gómez Colomer, Nieto Martin, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág 72

SILVA SANCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Ed Bosch, Barcelona, 1992

- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, Ed IBde F, Argentina, 2011
- “¿Política criminal del legislador, del juez, de la administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código penal”, en *La Ley*, 1998, pág 1451y ss
- “La revisión en casación de la individualización judicial de la pena” en CGPJ, *Revista del Poder Judicial*, núm 6, 1987, recurso online, sin paginación
- “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmatico) un primer esbozo” en *InDret* 2/2007, pág 6 y ss
- “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, en *Diario la Ley*, núm. 7464, de 9 de septiembre de 2010, pág. 1791y ss

SILVELA, *EL Derecho penal: estudiado en principios y la legislación vigente en España. Parte Segunda*, Ed. Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fe, 1903

SIRACUSANO “Appunti sulla motivazione nella applicazione della pena”, in *For. Pen.*, 1957, pág 380 y ss.

SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes jurídicos en la sociedad moderna*, Ed Comares, Granada, 2003

STIGLITZ “La Corporación multinacional”, *Claves de la razón práctica*, núm 176, pág 18.

STRATENWERTH, “Culpabilidad por el hecho y medida de la pena” en *Futuro del principio jurídico penal de culpabilidad: con un estudio preliminar de Enrique Bacigalupo sobre la “culpabilidad y prevención en la fundamentación del Derecho español y latinoamericano”*, Ed Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1980, pág 97 y ss.

- *EL futuro del principio jurídico penal de la culpabilidad*, Ed. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980

SUNTERIN, “Paradoxes of the Regulatory State”, en *University of Chicago Law Review*, núm 57, 1990, pág 135 y ss

SUÁREZ GONZÁLEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO, (dir.) y JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1997

TAMARIT SUMALLA, “Las consecuencia accesorias del artículo 129 del CP: Un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *La ciencia del del Derecho penal ante el nuevo siglo: Libro Homenaje a Cerezo Mir*, Ed Tecnos, Madrid, 2002, pág 1160 y ss

TARTUFFO, *La motivazione della sentenza*, Ed Cedam, Padova, 1976

TENA ARAGÓN, “La pena de trabajos en beneficio de la comunidad en los delitos de violencia de género” en MARTÍNEZ GARCÍA, E/VEGAS AGUILAR, J.C., *La ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad por los delitos de violencia de género*, de Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Akal Editor, Madrid, 1981

- “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”, en *Pena y Estado*, 1991, págs. 52-55

TERRADILLOS BASOCO /PORTILLA CONTRERAS /POMARES CINTAS /GUARDIOLA LAGO, “Trata de seres humanos: art 177bis CP” En (ALVAREZ GARCIA /GONZALEZ CUSSAC, dir) *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, 2010, pág 197

TIEDEMANN, *Poder económico y Delito*, Ed Ariel, Barcelona, 1985

TORÍO LÓPEZ, “Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, 1989, pág 489-522.

- TORRES ROSELL, N., *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2006
- VAUGHAN, “Toward Understanding unlawful organizational behavior”, en *Michigan Law review*, vol 80, 1982, pág 1377 y ss
- VALLE MUÑIZ, *Comentarios al nuevo Código penal*, Ed Aranzadi, Navarra, 1996
- VARONA GOMEZ, “Medios de comunicación y punitivismo”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, núm 1, 2011, 35 págs
- VECCHIO, *Sobre el fundamento de la justicia penal*, trad Galan, Ed Reus, Madrid, 1946.
- VERGARA FRANCISCO, *Introducción a los fundamentos filosóficos del Liberalismo*, Ed Alianza, Madrid, 1999
- VIDAL MARTIN, “Derecho al honor, personas jurídicas y Tribunal Constitucional”, en *InDret*, n.º 2 2007, pag 145.
- VILLACAMPA / TORRES / LUQUE, *Penas alternativas a la prisión y reincidencia: Un estudio empírico*, Ed Thomson Aranzadi, 2006
- VINCIGUERRA, “Quale specie di illecito?”, en *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D.Lgs. n.231/2001)* (dir. Vinciguerra), Ed. Cedam 2004, Padova, pág 188 y ss.
- “La struttura dell'illecito” in *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Ed Cedam Padova, Milan, 2004
- VIVES ANTON, “Régimen penitenciario y Derecho penal” en *Cuadernos de Política Criminal*, núm 3, 1977, pág 256 y ss.
- *Comentario al Código penal de 1995*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2006
- URIAS MARTINEZ, “El valor constitucional del mandato de resocialización” en *REDC*, núm 63, 2001, págs. 44-46
- VALEIJE ALVAREZ, “La reforma del régimen de accesoriadad penal. Especial referencia al Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de Código Penal de 2007” en ALVAREZ GARCÍA, (Dir), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- VIZMANOS Y ALVAREZ, *Comentarios al nuevo Código penal*, Ed Est Tip. De J Gonzalez y A Vicente, Madrid, 1848.
- VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, traducido por JIMENEZ DE ASUA, Ed. Reus, Barcelona, 1999.
- WALSH/PYRICH, “Corporate Compliance Programs as a Defense to Criminal Liability: Can a Corporation Save its Soul?” en *Rut.L.Rev* n.º 47, 1995, pág 680 y ss.
- WALT/LAUFER, “Why Personhood doesn't Mutter. Corporate Criminal Liability and Sanctions” en *Am. J. Crim. L.*, n.º 18, 1991, pág 263 y ss

WEBLY, "Business ethics: a SWOT, exercise" en *Business Ethics: A European Review*, vol 10, núm 3, July, 2001, pág 267 y ss

WRAY, "Corporate Probation Under the New Organizational Sentencing Guidelines", en *The Yale Law Journal*, Vol 101, 1992, pág 2019 y ss.

ZAMACOIS, *Tratado de armonía*, Ed Idea Books, 2002

ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal*, Ed Ediar, Buenos Aires, 1991

ZUGALDÍA ESPINAR, "Consideraciones sobre las tendencias del desarrollo de la ciencia del Derecho penal", en *Revista mexicana de Derecho penal*, núm 3, 1978, recurso online.

- "La individualización de la pena en el borrador de parte general del Anteproyecto del Código penal de 1990" en *Cuadernos de Política Criminal*, núm 44, 1991, pág 67 y ss
- "El principio de culpabilidad en la reciente jurisprudencia del TS", en *Estudios Jurisprudenciales*, diciembre de 1992, recurso online.
- "Las penas previstas en el artículo 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y cuestiones prácticas)" en *PJ*, 46, 1997, pág. 339 y ss
- "Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia", en *Revista del Poder Judicial*, 1989, versión informática, sin paginación
- "Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas" en BACIGALUPO ZAPATER (dir) *Empresa y delito en el nuevo Cp*, Ed Marcial Pons, Madrid, 1997, pág 212 y ss
- "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español" en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria de Valle Muñiz*, Ed Aranzadi, Navarra 2001, pág 894 y ss

ZUÑIGA RODRIGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Ed Aranzadi, Navarra, 2009

ZIPF, *Introducción a la Política-criminal*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1979