

Hacia una teoría de las fuentes materiales del Derecho penal

LUIS RODRIGUEZ RAMOS

Profesor Agregado de Derecho penal. Universidad Complutense

En homenaje a José Antón Oneca

SUMARIO: I) Introducción.—II) Condicionamientos y exigencias constitucionales: 1. Deducibles de la unidad del Ordenamiento jurídico. 2. Precedentes de los derechos fundamentales de la persona y de otros principios constitucionales: A) El principio de intervención mínima. B) Exigencias de la seguridad jurídica. C) Hacia un derecho sancionador no estigmatizante.—III) Criterios e instrumentos técnicos: 1. La planificación previa: objetivos y costos. 2. Elaboración de las normas penales: A) Coordinación horizontal y vertical. B) Simplificación de las normas penales existentes. C) Rango de ley orgánica. 3) El órgano gestador de la norma penal.

I. INTRODUCCION

En la Parte general del Derecho penal no se suele considerar el tema de las denominables fuentes materiales, substanciales o reales. Sí se estudian con detalle el principio de legalidad y el posible reconocimiento de diversas fuentes formales (ley, decreto-ley, costumbre, jurisprudencia, etc.), pero se obvian referencias al origen de los contenidos de las normas penales. Estas páginas pretenden, en cambio, acometer nocionalmente la tarea de tratar sobre el origen del contenido, de la materia, del fondo, de la substancia de las normas punitivas, prescindiendo del continente, de la forma, de la superficie, de los accidentes de dichas normas (1),

(1) No se utilizan aquí "contenido" y "forma" como contrarios dialécticos (ORTONEDA, *Principios fundamentales del marxismo-leninismo*, Madrid-Méjico 1974, págs. 480 y ss.), sino más bien en el sentido del hilemorfismo aristotélico de continente-contenido, forma-materia, accidentes-substancia. Los problemas de la ley penal que suelen tratarse

circunscribiéndose la investigación al origen y filtros de los contenidos —mandatos y prohibiciones— que el legislador penal incluye en los preceptos de tal carácter.

La criminología tradicional positiva operaba, como es sabido, sobre bases incuestionadas tratando de explicar el qué, cuándo, cómo, por qué y demás notas de la delincuencia. A partir de la llamada Criminología interaccionista se acomete la labor de cuestionar las definiciones legales, planteándose la problematización de la actividad criminalizadora (2). La Nueva Criminología, o Criminología crítica o radical profundiza en ese planteamiento, analizando la incidencia del Estado —poder e intereses— en la actividad criminalizadora y descriminalizadora (3). Se compartan o no,

extensamente, se circunscriben principalmente a los aspectos formales (vigencia en el tiempo y en el espacio, aplicación a las personas, interpretación, analogía), y no al contenido de las prohibiciones y mandatos que incluyen.

Sobre esta misma temática, pero con mayor amplitud y fundamentación, se ha enviado una ponencia al Primer Congreso Nacional de Derecho Penal (Méjico), bajo el título *Fuentes materiales del Derecho penal. Criterios políticos y técnicos para la creación y abrogación de las normas penales*.

(2) Sobre esta evolución de la Criminología, a partir del interaccionismo, puede verse ANIYAR DE CASTRO, *Conocimiento y orden social: Criminología como legitimación y Criminología de la liberación. Proposiciones para una criminología latinoamericana como teoría crítica del control social*, Universidad de Zulia (Maracaibo, Venezuela), 1981, páginas 5 y ss.

(3) Se articula entonces un cúmulo de críticas concretas al Derecho penal, generalmente novedosas y profundas, tales como su carácter ideológico que llega a criminalizar la desigualdad o discrepancia social por parte de los poderosos a la hora de crear, aplicar y ejecutar las normas penales; la utilización del principio de legalidad o de reserva al convertir comportamientos en injustos penales, administrativos o civiles en función de la clase dominada o dominante en que suelen acaecer, la criminalización de conductas no claramente nocivas para la vida social, por ser útil para preservar el orden vigente fijando fronteras que permitan al grupo o clase percibir su identidad y cohesión, la vigencia del principio de culpabilidad cuando hay una disparidad de valores en los distintos sectores sociales, el aislamiento científico del Derecho penal respecto a la realidad social, etc.

Los recambios que se ofrecen sobre las bases de una teoría crítica del control social y como política criminal alternativa, en planteamientos que en algún caso se han formulado como "Criminología de la liberación", se concretan en la programación y realización de una política social, antes que criminal y que penal, sobre los problemas de desviación y criminalidad, analizando por separado las conductas criminalizables o criminalizadas de las clases inferiores y superiores, haciendo hincapié en la tutela penal de los intereses sociales de la colectividad (vida, vivienda, salud, etc.) obviando la sobrevaloración de la eficacia del Derecho penal, descriminalizando las figuras que se basen en una actitud ética y autoritaria del Estado (aborto, por ejemplo), sustituyendo la cárcel y demás sanciones estigmatizantes por otras, reorganizando la policía y la estructura y procedimiento judiciales para evitar la criminalización selectiva en la aplicación de la ley penal, acabando con el mito de la resocialización, contrayendo al máximo el Derecho punitivo

total o parcialmente, las críticas y soluciones procedentes de las nuevas corrientes criminológicas y sin perjuicio de reconocer que, en último término, la problemática es antes política que jurídica (concibiendo lo jurídico como la estabilización de un proyecto político), es preciso analizar y, en lo que tienen de evidente, aceptar tales denuncias para conseguir, en primer término, una concienciación de los penalistas y, posteriormente, cambios de actitud en la elaboración de la Ciencia del Derecho penal, de mayor o menor amplitud en función del talante ideológico de cada científico, pues lo que parece patente es:

1.º Que si la Ciencia del Derecho penal tiene como objeto algo con una gran trascendencia práctica en la vida social, no puede limitarse a un estudio teórico de las normas ni, mucho menos, a operar en lo que Ihering denominaba «cielo de los conceptos», debiendo ocuparse de la creación, aplicación y ejecución de dichas normas analizándolas y criticándolas desde este nivel de realidad.

2.º Que si el Derecho penal tiene vinculaciones con las restantes ramas jurídicas y, junto con éstas, es un instrumento —por acción u omisión— de la actividad política del Estado, la Ciencia jurídico penal ha de conocer y operar con este factor.

3.º Que si el Derecho penal, en coherencia con todo lo anterior, es un instrumento de acción política para el logro de determinados objetivos de esta índole (en conjunción con un gran cúmulo de medios preventivos y represivos no penales igualmente utilizables y utilizados por el Estado), la Ciencia del Derecho penal no puede desconocer la realidad social a la que están dirigidas las normas penales ni, a efectos de criticar su necesidad y utilidad, ignorar los restantes instrumentos políticos y jurídicos que puedan acompañar o sustituir a los jurídico penales.

Esta llamada al Derecho penal y a su Ciencia desde la Criminología crítica hacia la realidad y la racionalidad, ¿hasta qué punto puede ser atendida sin perder tal Ciencia su carácter jurídico?, ¿deben desaparecer los juristas mutándose en criminólogos —políticos, sociólogos, etc.— o seguir existiendo y trabajando?, ¿tolera la

pero manteniendo las libertades y garantías propias del Estado de Derecho, etc., etc.

Como obras más accesibles sobre esta temática pueden verse: I. TAYLOR, P. WALTON y J. YOUNG, *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Buenos Aires 1978. A. BARATTA, *Criminología crítica y política penal alternativa*, "Revue International de Droit Penal", núm. 1, 1978, págs. 43-55. Lola ANIYAR DE CASTRO, *Conocimiento y orden social, Criminología como legitimación y Criminología de la liberación. Proposiciones para una criminología latinoamericana como teoría crítica del control social*, Maracaibo (Venezuela 1981), y *Sistema penal y sistema social. La criminalización y descriminalización como funciones de un mismo proceso*, "Cuadernos de Política Criminal", 1981, págs. 345-358.

juricidad de la Ciencia del Derecho penal elementos políticos criminales?

Juzgar la oportunidad de criminalizar o descriminalizar una conducta es una decisión política, al menos en su forma o apariencia (4). ¿Puede el jurista pronunciarse sobre la oportunidad o inoportunidad de semejantes decisiones?, o más exactamente, ¿puede la Ciencia del Derecho penal abarcar esta problemática? La superación de las fronteras existentes entre el Derecho penal y la Política criminal es un tema de relativa actualidad (5), pero no se han logrado avances definitivos a pesar de las aportaciones de la llamada «dogmática crítica» (6). Conviene sin embargo, considerar, por una parte, que hay una serie de axiomas políticos que han sido conformados jurídicamente (7) y, por otra, que existen otros «momentos», «niveles» o «misiones» relativos al Derecho penal que no se reducen a la dogmática, aun cuando ésta merezca ser considerada el cénit científico por lo que tiene de sistema, al menos en tanto en cuanto lo sistemático siga mereciendo tal estimación. Estos niveles diversos al dogmático son los correspondientes a la creación, aplicación, crítica y enseñanza del Derecho penal.

El jurista teórico debe colaborar en la elaboración de los anteproyectos y proyectos de futuras normas penales, como de un modo más o menos directo y en mayor o menor medida suele hacer (8). Lógicamente su principal colaboración se centrará en la aplicación de los principios dogmáticos, pero en este punto la contribución debe consistir también en la necesidad de contar con cooperadores no juristas que puedan aportar conocimiento de la realidad y de las ciencias necesarias para su transformación, y con otros juristas que no sean de su especialidad para garantizar el engarce de las futuras normas, penales en este caso, con las restantes parcelas del ordenamiento jurídico (9). Al nivel de gestación de las normas penales los juristas penalistas han de huir de la tentación monopolística, tentación propia de ignorantes ensoberbecidos.

En el momento aplicativo del Derecho penal el jurista teórico

(4) H. ZIPF, *Introducción a la Política criminal*, Madrid 1979, páginas 84 y ss.

(5) C. ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, Barcelona 1972. J. CERREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, I, Madrid 1976, págs. 67-69. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte General*, I, Madrid 1977, págs. 21-22. H. ZIPF, *ob. cit.*, págs. 4-9. J. A. SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, I, Barcelona 1979, págs. 91-94. M. COBO DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte General*, I, Valencia 1980, págs. 117-121.

(6) M. COBO DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTÓN, *ob. cit.*, págs. 120-121.

(7) Véase lo expuesto en el apartado siguiente de estas páginas.

(8) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte General*, Madrid 1979, págs. 49-56, y en relación con las deficiencias relativas al Anteproyecto de Código penal español de 1979 (hoy Proyecto de Código penal 1980), págs. 149-153.

(9) Todas las críticas a la irrealidad e irracionalidad del Derecho penal coinciden en este punto. Véase lo indicado en el apartado IV de estas páginas, especialmente en el epígrafe 3.

no tiene por qué protagonizar (aun cuando pueda ser indirectamente inspirador) una actividad que corresponde a los profesionales del Derecho (jueces y magistrados, fiscales, abogados, etc.). Pero el penalista científico no puede olvidar que la ciencia que elabora antes que ciencia fue un arte, que como tal sigue existiendo en la actualidad (10), vocación pragmática del Derecho que exige del científico no olvidar lo concreto —lo real— en favor de lo abstracto —lo irreal—, considerando que las normas penales se promulgan no para divertimento especulativo o académico, sino para que incidan preventivamente en la vida social y, si se infringen, para ser aplicadas por los Tribunales, aspectos que en cada caso ha de conocer el científico y la Ciencia (11).

En su misión de criticar las normas penales vigentes, el penalista no puede tampoco limitarse a hacerlo desde una perspectiva estrictamente dogmática, pues contrastar dichas normas con criterios jurídicos extrapenales (constitucionales y de otras ramas jurídicas), ético sociales y, en definitiva, político criminales es una necesidad también evidente (12). Y en fin, la docencia del Derecho penal aunque se imparta en una Facultad de Derecho, no permite inscribirse en el aspecto puramente sistemático, porque se ofrecería una visión muy parcial del objeto de aprendizaje (13).

Estas rápidas reflexiones plantean la urgencia de reconocer y vivir el carácter interdisciplinar de la ciencia o conjunto de ciencias que estudien la criminalidad, pues todo intento de conocimiento científico de un tema criminal desde cualquier perspectiva precisa la consideración de los restantes aspectos. Esta propuesta de formar una Ciencia penal totalizadora se traduce en términos prácticos a la creación de Institutos de Ciencias penales, que investiguen y enseñen el fenómeno criminal desde todos los puntos de vista, lo que puede ser una fórmula feliz en cuanto eficaz para compatibilizar y complementar contenidos, sin necesidad de buscar prioritariamente integraciones a nivel teórico (14).

Cabe pues concluir esta cuestión sobre la juricidad o ajuricidad de la teoría de las fuentes materiales, respondiendo afirmativamente, desempolvando para ello la clásica definición de la jurisprudencia, como ciencia aplicativa del Derecho, mediante la fórmula

(10) BIONDO BIONDI, *Arte y Ciencia del Derecho*, Barcelona 1953, págs. 58, 61-62. RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, págs. 62-64. Y desde la Criminología crítica, ANIYAR DE CASTRO, *Sistema penal...*, *cit.*, páginas 346-348.

(11) Sobre las acepciones de "lo concreto" y, en particular, de su versión como "real", puede verse K. ENGISCH, *La idea de concreción en el Derecho y en la Ciencia jurídica actuales*, Pamplona 1968, especialmente págs. 73-74 y 187-250.

(12) RODRÍGUEZ RAMOS, *Apuntes de Derecho penal. Parte General*, t. I, Madrid 1978, págs. 56-58.

(13) RODRÍGUEZ RAMOS, *ob. cit.*, págs. 1 y ss.; *Apuntes de Derecho penal. Parte Especial*, t. I, Madrid, 1979, págs. 5 y ss.

(14) Sobre la Ciencia penal totalizadora puede verse F. MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona 1979, págs. 131-134.

«divinarum atque humanarum rerum notitia» (15), en el sentido de que la creación de las normas, así como su aplicación, crítica y enseñanza (misiones todas ellas que ha de tener en cuenta la Ciencia del Derecho penal) no pueden ser idóneas si no cuentan con factores no estricta y directamente jurídicos como los político criminales, por lo que el jurista científico ha de conocer tales aspectos aun cuando sea mediante fuentes indirectas o secundarias (16), reclamando e integrándose humildemente para ello en las necesarias colaboraciones.

Pero para comprender, con la evidencia de lo concreto e intuitivo, lo anteriormente anunciado a nivel genérico, es el momento de iniciar los apartados más específicos de este trabajo.

II. CONDICIONAMIENTOS Y EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES

Como anteriormente se indicaba, la decisión de criminalizar o descriminalizar conductas es, en último término, política dependiendo de las concepciones ético sociales de las fuerzas en el poder. Pero los criterios políticos que ahora se pretenden exponer no son tanto los partidistas y coyunturales cuanto los límites y mandatos constitucionales, más estables y, en principio, aceptados por todos los grupos políticos acatantes de la norma suprema. Se sigue para ello la Constitución española de 1978, pero serán extrapolables las conclusiones a otras constituciones de corte democrático. Dentro de los márgenes constitucionales, será la discrecionalidad política de los detentadores del poder el criterio final decisorio.

Estos límites y mandatos constitucionales que rigen la dinámica de las fuentes materiales del Derecho penal, son principios jurídicos del más alto rango formal, pero no por ello dejan de ser también principios políticos y ético sociales. Son políticos, en primer lugar, por lo que tienen de puntos de consenso entre las fuerzas políticas a la hora de dirigir y administrar el desarrollo de la vida social y, en segundo término, porque los órganos políticos deben seguir y respetar tales criterios en su funcionamiento. Son éticos estos principios por su contenido original, pues antes de alcanzar el rango de normas jurídicas eran un Código básico de lo bueno y de lo malo en la vida social, y en consecuencia crisol de la criminalización y descriminalización de un modo u otro.

(15) No se puede legislar ni aplicar la ley si se desconoce la realidad sobre la que se incide. Véase BIONDO BIONDI, *ob. cit.*, págs. 61-62.

(16) El jurista no puede investigar directamente una realidad desde ciencias que no conoce. Sí puede y debe, en cambio, escuchar y recoger las conclusiones que sobre tales aspectos proporcionen los correspondientes científicos.

Para describir estos criterios se alude, en primer término, a los deducibles de la unidad del ordenamiento jurídico, y después a los procedentes de los derechos fundamentales de la persona y de otros principios constitucionales, diversificando este epígrafe en tres apartados: el axioma de la intervención mínima, las exigencias de la seguridad jurídica y la necesidad de otorgar el rango de ley orgánica a las normas penales. Después será el momento de terminar, aludiendo a los criterios e instrumentos técnicos.

1. *Deducibles de la unidad del Ordenamiento jurídico.*

El párrafo 1 del artículo primero de la Constitución española dispone que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su *ordenamiento jurídico* la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político», y el artículo 9.º declara a su vez que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al *resto del ordenamiento jurídico*» (párrafo 1) al tiempo que establece: «la Constitución garantiza el *principio de legalidad*, la *jerarquía normativa*, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la *seguridad jurídica*, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos» (párrafo 3).

La existencia explícita a nivel constitucional de un Ordenamiento jurídico único, en el que rigen los principios de legalidad, de jerarquía normativa y de seguridad jurídica, entre otros, es un punto de partida importante para determinar algunos criterios necesariamente derivados de la referida previsión constitucional. Algunas de estas consecuencias cuentan con otros puntos de apoyo, como podrá verse en los siguientes epígrafes, derivados de los derechos fundamentales de la persona y de otros axiomas contenidos en la Constitución. La *relación vertical de subordinación* de las normas penales con la cúspide del Ordenamiento jurídico es la primera nota a destacar, si bien por obvia y, sobre todo, por genérica no es preciso detenerse en su análisis. Mayor interés despierta una segunda consecuencia de la unidad del Ordenamiento, referente a la *relación horizontal de coordinación* entre el Derecho penal y las restantes ramas jurídicas del mismo rango, coordinación que exige homogeneidad entre las normas penales y no penales conformadoras o incidentes en el mismo ámbito social o bien jurídico, al establecer los nexos de complementariedad y suplementariedad entre unas y otras; de esta necesaria relación horizontal de coordinación se derivan a su vez dos cuestiones y principios secundariamente constitucionales, en cuanto mediatos o indirectos, que son el posible carácter secundario o auxiliar

del Derecho penal y el llamado principio de intervención mínima (17).

En cuanto a la *naturaleza primaria o secundaria del Derecho penal* no es este el momento adecuado para agotar tan añejo y vasto tema, limitando por ello esta exposición a dos aspectos. El primero se refiere a la posibilidad de calificar el Derecho punitivo como secundario, en el sentido de subsidiario o «ultima ratio», consideración pacíficamente aceptada, coherente con la unidad del Ordenamiento jurídico que exige economía de normas y diversificación de funciones entre unas y otras, que encuentran apoyo en otros preceptos constitucionales luego comentados y, en fin, que viene a identificarse con la temática de la intervención mínima, por otra parte, esta aceptación de la secundariedad no hipoteca la autonomía del Derecho penal a la hora de determinar, legislativa o interpretativamente, el contenido de las normas penales, más allá de la limitación procedente de la aludida coordinación horizontal. El segundo aspecto, que plantea la cuestión en su ámbito más tradicional, consiste en diferenciar las áreas de incidencia del Derecho punitivo a estos efectos, pues mientras en determinados delitos (homicidio, robo, etc.) el Derecho penal es normativa jurídica primaria y principal, al no corresponder a otra rama jurídica la regulación de tales parcelas sociales de modo primordial, en otros muchos campos (protección penal del medio ambiente, del urbanismo, del control de cambios, etc.) las normas penales sólo son secundarias y auxiliares respecto a otras normativas (el Derecho administrativo, en los ejemplos precedentes), por lo que la determinación legislativa e interpretativa de los contenidos de las normas penales tendrá unos márgenes muy inferiores, dando lugar muchas veces a las llamadas leyes penales en blanco (18).

El *principio de la intervención mínima*, íntimamente conexo con los formulados como «última ratio», prohibición de exceso y carácter fragmentario del Derecho penal, tiene su fundamento material en los derechos básicos de la persona como luego se verá, pero encuentra también una base formal y sistemática en la unidad del Ordenamiento jurídico, en cuanto que exige dicha unidad a las diversas ramas jurídicas una distribución armónica de roles o

(17) La inconstitucionalidad o, más exactamente, anticonstitucionalidad de una ley penal podría sustanciarse a través del correspondiente recurso ante el Tribunal Constitucional (arts. 159 y ss. de la Constitución).

(18) Conviene señalar que la ley penal en blanco, si se complementa convenientemente la remisión a la norma no penal, puede ser un instrumento adecuado para la descripción del precepto, coherente con la unidad del Ordenamiento jurídico y con el carácter auxiliar que la norma penal tiene en los referidos casos; respecto a la autonomía de la ley penal en cuanto al efecto de la infracción, habría en todo caso que compatibilizarla con la tendencia a “despeculiarizar” el Derecho penal (véase el epígrafe C) del siguiente apartado). Sobre las leyes penales en blanco y, en general, sobre la naturaleza primaria o secundaria del Derecho punitivo, puede verse MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, págs. 18-23 y 60-70.

papeles. En efecto, las normas jurídicas prohíben o mandan, disuaden o estimulan y el incumplimiento de tales normas puede dar lugar a algún tipo de responsabilidad (civil, administrativa o penal); las normas penales, en una adecuada articulación con las no penales, sólo deben crearse cuando los bienes jurídicos reclamen la sanción más grave y, de ser necesarias, han de evitar superposiciones o solapamientos con las otras normas, pues supondrían concursos, con o sin colisiones, contrarios a la unidad del Ordenamiento jurídico (19).

Y en fin, también por razones derivadas de la unidad del sistema jurídico, que extiende al interior de la parcela penal las exigencias de economía normativa y de congruencia interna, cabe la referencia a la necesidad de *simplificar los preceptos penales*, evitando figuras redundantes. Esta descriminalización técnica y aparente, aquí planteada en términos formales, encuentra también su fundamento en la seguridad jurídica como luego se considera (20).

2. *Procedentes de los derechos fundamentales de la persona y de otros principios constitucionales.*

A) EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA.

El principio de la intervención mínima, que actúa como freno de la creación y mantenimiento de las normas penales, tiene también un fundamento material en la Constitución, como ya se advertía hace un momento. El reconocimiento de la libertad y del pluralismo político como valores superiores del Ordenamiento jurídico (artículo 1.º, 1); de la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social (artículo 10, 1), y en fin, todos los derechos y libertades previstos en el capítulo II del título I de la Constitución (artículos 14 a 38), limitan de muy diversas formas al legislador penal, al que le imponen en términos generales la intervención mínima, tanto por la mutilación de la libertad que suponen las prohibiciones y mandatos penales como también por la privación de alguno de los derechos o libertades fundamentales que siempre supone cualquier pena impuesta (21).

Esta previsión constitucional exige justificar una criminaliza-

(19) Véanse las referencias a estos mismos temas en el epígrafe siguiente y en el apartado IV, 2).

(20) Apartado B) del siguiente epígrafe. Véase también el B) del III, 2.

(21) H. ZIPF, *ob. cit.*, págs. 92-94. MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, págs. 71-79. SÁINZ CANTERO, *ob. cit.*, págs. 36-38. (En relación con el principio de intervención mínima).

ción o no descriminalización, probando la necesidad de protección penal de un bien jurídico (22), pues al margen incluso de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.º 3), una norma penal innecesaria merecería la consideración de anti-constitucional por lo que tuviera de limitación injustificada de alguna o algunas de las libertades constitucionales (23). En consecuencia, y confirmando de este modo cobertura constitucional a los criterios propuestos por Hulsman y Vasalli (24), resultarían inadmisibles las normas penales que pretendieran criminalizar o criminalizaran la mera discrepancia política, social o religiosa (25), que sólo intentaran crear un ambiente propicio para el tratamiento del delincuente o desviado, que mediante una criminalización simbólica quisieran hacer creer que se ha solucionado un problema social que requiere otros tratamientos políticos y jurídicos no penales (26) y, en general, siempre que se criminalicen conductas sin necesidad o sin posibilidad de eficacia.

Pero es preciso aducir un nuevo argumento en favor de la intervención mínima, relativo al tradicional destino de las normas penales a las clases sociales menos favorecidas, recientemente destacado por la Criminología crítica (27), argumento fundamentado en la igualdad que la Constitución considera como un valor superior del Ordenamiento jurídico (artículo 1.º 1), al tiempo que declara que todos son iguales ante la ley, «sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» (artículo 14), y dispone que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» (artículo 9.º 2). Pues bien, si la estadística demuestra que hay una relación directa entre los destinatarios reales de la mayor parte de las normas penales y la pobreza, la incultura, el despoder y la marginación, la efectividad y realidad de

(22) En relación con este punto puede plantearse todo lo relativo a un posible concepto material de delito (H. ZIPF, *ob. cit.*, págs. 97-102). Sobre las limitaciones procedentes de la necesaria protección de bienes jurídicos puede verse: G. QUINTERO OLIVARES, *Represión penal y Estado de Derecho*, Barcelona 1976, págs. 89-92; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona 1976, págs. 151-154; C. ROXIN, *Iniciación al Derecho penal de hoy*, Sevilla 1981, págs. 128-136.

(23) Véase nota (17).

(24) L. H. C. HULSMAN, *La Decriminalisation. Colloque de Bellagio*, 1973, y G. VASALLI, *Cahiers de Defense Sociale*, "Bulletin de la Societé Internationale de Defense Sociale", 1975, págs. 26 y ss., citados ambos por ANIYAR DE CASTRO, *Sistema penal...*, cit., págs. 350, 352.

(25) ANIYAR DE CASTRO, *Sistema penal...*, cit., pág. 350.

(26) La criminalización meramente simbólica. ANIYAR DE CASTRO, *Sistema penal...*, cit., págs. 349-350.

(27) Es la base de todas las críticas antes referidas (apdo. II.2).

este principio constitucional exigirá la iniciación y el mantenimiento de una corriente descriminalizadora, en extensión e intensidad (28), respecto a estos delitos que sólo cometen los pobres, al tiempo que se propician reformas tendentes al logro de la igualatoria aplicación de la ley penal (policía, justicia penal, normas penales y penitenciarias, etc.) (29) y se considera hasta qué punto algunas conductas ubicadas en sectores sociales no deprimidos deberían ser criminalizadas. Y claro está, ambas corrientes —la descriminalizadora y la criminalizadora— habrían de inscribirse en el marco de una acción político social congruentemente limitante de la acción político criminal y penal (30).

Este desarrollo del principio de igualdad fundamentado en la Constitución, puede también amparar algunas de las propuestas de Hulsman (31), evitando en lo posible la criminalización de comportamientos generalmente propios de los grupos socialmente más débiles, o que son discriminados o corren el peligro de serlo. Por las mismas razones de igualdad real y efectiva ante la ley penal, y sin perjuicio de que también desde la perspectiva de la necesidad-eficacia pudieran vetarse tales intentos, habría que aceptar las propuestas del mismo autor de evitar la criminalización de conductas que sólo pueda conocer la policía investigando por su propia cuenta y no en virtud de denuncia, o demasiado frecuentes como el adulterio o el aborto, o que son propias de gran número de personas, pertenecen a la esfera privada o, en fin, que un gran número de población considera sinceramente admisibles, en estos supuestos el principio de igualdad actúa propiciando la no criminalización por el agravio comparativo que supone para la exigua minoría castigada la gran mayoría que resulta impune, sumándose en igual sentido el argumento de la ineficacia y consiguiente innecesariedad de la norma penal.

B) EXIGENCIAS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

La seguridad jurídica es un principio garantizado por la Constitución (artículo 9.º, 3) que cobra especial virtualidad en el ámbito penal al concurrir con el de legalidad de los delitos (artículo 25, 1). Considerada esta seguridad jurídica desde un punto de vista pura-

(28) La descriminalización puede ser también “de grado”, bien en el sentido de recortar el ámbito del ilícito penal, bien, sobre todo, en el reducir la pena prevista para determinado comportamiento.

(29) La criminalización y descriminalización pueden ser, como ya se ha indicado, de hecho o de derecho. El posible carácter selectivo de las actuaciones policiales, judiciales y penitenciarias provocará estas criminalizaciones o descriminalizaciones fácticas, muy en relación con la categoría social del infractor. Puede verse: ANIYAR DE CASTRO, *Sistema penal...*, cit., pág. 347.

(30) Véase el epígrafe C) de este apartado.

(31) ANIYAR DE CASTRO, *Sistema penal...*, cit., pág. 350.

mente formal, su función rectora en relación con las fuentes materiales de la norma penal se reduce, sin que por ello deba considerarse ni mucho menos baladí, a describir con precisión el ámbito del precepto evitando la concurrencia de elementos valorativos, por una parte, y por otra a obviar solapamientos y redundancias entre diversos preceptos penales que, lejos de suponer una sobreprotección del correspondiente bien jurídico, suelen resultar problemas concursales con el efecto contrario (32).

Pero la seguridad jurídica debe también considerarse en un sentido material, relacionándola con la eficacia del Derecho, que en el penal consiste en la eficacia de prevención general, por una parte, y en la efectiva imposición de la pena en los supuestos de infracción, por otra, existiendo obviamente vinculaciones entre los dos aspectos; pues bien, existe en el plano real inseguridad jurídica, aunándose a los anteriores como un argumento más en contra de la criminalización en tales casos, cuando el mecanismo infracción-castigo no funciona en un alto grado, por la incertidumbre que surge respecto a la aplicación real de la norma (33).

C) HACIA UN DERECHO SANCIONADOR NO ESTIGMATIZANTE

Asumiendo el espíritu de las críticas más modernamente recibidas por el Derecho penal, y sin entrar ahora en el ámbito de los cambios políticos que exigiría una completa materialización de dicho espíritu, parece oportuno dibujar un boceto de un nuevo modelo de Derecho penal. Ciertamente que todo lo dicho es compatible con el mantenimiento del carácter peculiar y estigmatizante del Derecho penal, con el único correctivo de reducir al máximo su contenido con los criterios expuestos; pero no es menos cierto que la solución sería más radical si, incidiendo en la esencia del Derecho penal, se lograra un salto cualitativo que, naturalmente, exigiría el complemento de un cambio en los aspectos no sustantivos de la justicia penal (34). Esta posible vía de evolución para el Derecho punitivo consistiría en su reconducción hacia campos no estigmatizantes, propios de otros derechos igualmente de responsabilidad como el sancionador administrativo y el civil, al tiempo que se extienden a estas ramas jurídicas de responsabilidad penal las garantías hoy previstas para el orbe punitivo.

El ordenamiento jurídico dispone de una serie de medidas pre-

(32) Sobre la seguridad jurídica en general puede verse: ELÍAS DÍAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid 1974, págs. 41-45.

(33) Se produce la denominada derogación material, en todo o en parte, cayendo tales normas en la categoría que A. D'ORS denomina "Derecho preterido" o "Derecho positivo no vigente" (*ob. cit.*, pág. 142).

(34) Como varias veces se ha insistido, un planteamiento pragmático de los problemas del Derecho penal exige considerar otros aspectos jurídicos y no jurídicos. Ver nota (39).

ventivas que, en un planteamiento tradicional de la actuación administrativa, se concretan en la actividad de policía (exigencia de licencias, autorizaciones, aprobaciones, etc.), de fomento —estímulo-disuasión— (subvenciones, créditos, exenciones y bonificaciones fiscales, tasas, tributos, etc.) y de servicio público. La prevención directa se suele considerar imperfecta e insuficiente, si no se complementa con las normas sancionadoras —administrativas, civiles y penales— amenazando con una medida aflictiva si se incumple un precepto —mandato o prohibición— con intención de prevención general, y en caso de incumplimiento de uno de tales preceptos, se incurre en la responsabilidad correspondiente aplicando una sanción en régimen retributivo. Pues bien, se trataría de acercar el Derecho penal a los espacios colindantes de la responsabilidad civil y, sobre todo, de la administrativa, incluyéndolo en el ámbito de un Derecho general reparador, que pretende compensar a la víctima o perjudicado, al tiempo que exigir al infractor el «precio» de la infracción, con ánimo rehabilitador o sin él (35).

Pero se advertía que coetáneamente a esta corriente de acercamiento del Derecho penal a los sistemas sancionadores no penales, se debía producir un reflujo de identificación de tales ordenamientos sancionadores no penales —especialmente del administrativo— con el penal, en los aspectos positivos que suponen las garantías derivadas de los principios de legalidad, presunción de inocencia, jurisdiccionalidad, etc. De esta manera la conformación del genérico Derecho reparador sería más completa (36).

Y en fin, insistiendo una vez más en las consecuencias ya comentadas de la unidad del Ordenamiento jurídico, todo lo dicho ha de enmarcarse en una política legislativa donde las normas sancionadoras no caigan en la hipertrofia, se simplifiquen al máximo y, sobre todo, estén en relación de coordinación y subordinación respecto a las directamente preventivas, congruentes a su vez todas ellas con una política general y sectorial tendente hacia la vigencia real y efectiva de la libertad, la igualdad y la justicia.

(35) En España esta evolución del Derecho penal podría requerir una reforma constitucional, si no se superan las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, pues dispone el artículo 25, 2: "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social..."

(36) Especial importancia supone en España la aplicación del principio de legalidad y del de jurisdiccionalidad en el ámbito del Derecho administrativo sancionador. Ambos rigen constitucionalmente (arts. 25 y 106, 1), pero las descripciones de las infracciones suelen ser imprecisas y, sobre todo, el control jurisdiccional es posterior a la imposición y ejecución de la sanción, declarándose no pocas veces improcedente una sanción después de haberse cumplido. Es necesario optar por la transferencia al poder judicial del acto sancionador en base al expediente instruido por la Administración o bien por la suspensión de la ejecutoriedad del acto administrativo sancionador cuando se interponga recurso; sobre estos problemas puede verse M. BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico*, Madrid 1978, pág. 96-108.

III. CRITERIOS E INSTRUMENTOS TECNICOS

La realización práctica de los precedentes criterios, reguladores del funcionamiento de las fuentes materiales de la norma penal, exige a su vez la determinación de pautas e instrumentos técnicos, que se concretan en la planificación previa a la elaboración de toda norma penal, en la observancia de la coordinación, simplificación y rango de ley orgánica al elaborar la norma penal y, en fin, en la existencia de un órgano técnico legislativo adecuado.

1. *La planificación previa: objetivos y costos*

Antes de elaborar un proyecto legislativo penal, si se le considera efectivamente como un instrumento de política criminal a su vez incluso en una política social general, es necesario confeccionar un plan en el que se fijen los objetivos a lograr a corto, medio y largo plazo, así como los costos y los medios necesarios para alcanzar tales metas (37). El presupuesto o primer paso de la elaboración de dicho plan es el conocimiento de la realidad social sobre la que se quiere incidir, así como el de los medios de que se dispone (medios legales: normas penales, procesales y penitenciarias; medios personales: policiales, judiciales y penitenciarios; medios reales: locales, instrumental, etc.; medios financieros), con un pronóstico que indique las previsiones de desarrollo de esa realidad social sobre esas bases actuales.

Descrito y cuantificado el problema social a resolver se debe elaborar el plan en sí, determinando con pragmatismo los objetivos fechados (a corto, medio y largo plazo) y cifrados (costos y medios financieros disponibles), así como los procedimientos e instrumentos para su logro, entre los que figurará la criminalización, más o menos intensa, o la descriminalización total o parcial de determinadas conductas. Estos planes, además de dotar de un realista sentido político criminal a la norma penal que en su caso se cree, servirán también para verificar en cada uno de los plazos previstos la mayor o menor eficacia de dicha norma y de los restantes medios.

La gestación de normas penales e incluso de Código penales completos (38) sin estos estudios socioeconómicos previos, responde consciente o inconscientemente a la idea de que las normas penales son patrimonio exclusivo de los juristas, quienes lógicamente ignoran esos problemas que han de tenerse en cuenta antes,

(37) M. LÓPEZ-REY y ARROJO, *La justicia penal y la política criminal en España*, Madrid 1979, págs. 87-91 y 97. M. L. LIMA DE RODRÍGUEZ, "Política criminal", *La reforma penal en los países en desarrollo*, Méjico 1978, págs. 88-95.

(38) El caso del Proyecto del Código penal de 1980 en España. Ver nota (8).

durante y después de la articulación de dichas normas. En tales supuestos de ausencia de plan, la perfección teórica que puedan alcanzar las leyes penales está tan contaminada de utopía y ucronía que sólo logran una vigencia real o material muy limitada, especialmente por la ausencia de los medios financieros que toda previsión legal suele exigir, pero también porque un gran número de preceptos carecen de realismo y no pasan de ser una criminalización más o menos simbólica (39).

2. *Elaboración de las normas.*

El grupo de juristas que participe en la planificación, deberá redactar siguiendo sus pautas el proyecto de norma penal, en el supuesto de que se considere conveniente una criminalización «ex novo», o de modificación de la normativa vigente. Este es el momento de, recogiendo el contenido político general y criminal acordado, conformar jurídicamente el propósito redactando el precepto e incluyendo la pena oportuna, barajando las diversas posibilidades técnico dogmáticas.

A) COORDINACIÓN HORIZONTAL Y VERTICAL

La elaboración de la norma penal, por el hecho de estar dirigida a formar parte de un subconjunto —el ordenamiento penal— y de un conjunto más amplio —el Ordenamiento jurídico único—, ha de tener muy en cuenta las exigencias de coordinación vertical, o subordinación, que limitará el contenido de la norma o, en algún caso, lo exigirá y conformará (40), y al mismo tiempo las de coordinación horizontal con las restantes normas penales y extrapenales, con las primeras para evitar redundancias que convertirían la nueva norma en inútil, de modo total o parcial, y problemas concursales sin sentido que pudieran complicar la practicidad del nuevo precepto, y con las segundas —las no penales— para el logro de congruencia en las concordancias que puedan existir (41).

(39) En el Proyecto de Código penal español, por ejemplo, se prevén novedades como los arrestos de fin de semana, sin estudios previos que garanticen la viabilidad de tal pena que exige muy abundantes locales con celdas individuales.

(40) La Constitución española exige protección penal para el medio ambiente y para el patrimonio cultural histórico y artístico (arts. 45 y 46).

(41) Normas penales en blanco, sin mayores precisiones en la descripción de la conducta, son un claro ejemplo de solapamiento entre las sanciones penales y las administrativas, si es el caso, que provoca estos problemas. Por ejemplo, el artículo 339 del Código penal español padece este defecto.

B) SIMPLIFICACIÓN DE LAS NORMAS PENALES EXISTENTES

Al hilo de la comentada coordinación horizontal en el ámbito de las normas penales y recordando la también aludida descriminalización aparente y técnica, hay que hacer una referencia expresa a la simplificación de la normativa penal que desde muy diversas perspectivas se ha defendido (42). Razones de economía normativa, seguridad jurídica y eficacia aconsejan suprimir preceptos inútiles, en el sentido de carecer de eficacia criminalizadora real (43). Lógicamente si se habla de suprimir preceptos inútiles, con mayor razón se puede reclamar la no creación de semejantes preceptos (44).

C) RANGO DE LEY ORGÁNICA

Y en fin, para terminar esta referencia a la elaboración de las normas penales, no estará de más considerar un problema recientemente planteado en España, a raíz de la promulgación de la Constitución de 1978, pues su artículo 81 prevé la existencia de leyes orgánicas cuya aprobación, modificación o derogación «exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto», frente a la mayoría simple de las leyes ordinarias, fórmula que plantea la necesidad de un mayor consenso en la elaboración de una ley orgánica, que serán «las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas» y otras expresamente previstas como tales en la Constitución.

La praxis legislativa española más reciente es la de considerar leyes orgánicas las relativas a la aprobación o modificación de leyes penales (45), en base tanto a la limitación de las libertades y derechos fundamentales que todo precepto y pena supone, como por la concreta previsión del artículo 25 que configura como derecho fundamental el principio de legalidad de los delitos. Sin entrar en la discusión de hasta qué punto deben o no tener el rango de orgánicas las leyes penales, lo cierto es que tiene sentido exigirlo

(42) Por ejemplo, CARNELUTTI, *El problema de la pena*, Buenos Aires 1956, pág. 86.

(43) Si se reconoce la existencia de circunstancias agravantes genéricas, habría que plantearse hasta qué punto, si la diferencia de penalidad en uno y otro caso no es muy elevado, se justifica determinadas figuras cualificadas. Si el allanamiento de morada es delito, el hecho de que sea cometido por un funcionario público no tiene por qué exigir otra figura (arts. 490 y 191, 1.º del Código penal), etc.

(44) En el Proyecto de Código Penal español de 1980 hay abundantes ejemplos en este sentido.

(45) Por ejemplo las Leyes Orgánicas 4 y 9/1980 y 2/1981.

desde una perspectiva de las fuentes materiales del Derecho penal, por la mayor aceptación exigible para cualquier proyecto criminalizador (46).

3. *El órgano gestador de la norma penal*

¿Qué órgano debe elaborar los anteproyectos y proyectos de normas penales?, constitucionalmente corresponden al Gobierno los proyectos, según el artículo 88 de la Constitución, y el anteproyecto a la Comisión General de Codificación (Sección 4.^a de Derecho penal y penitenciario), organismo de alto prestigio científico jurídico pero enclavado en el Ministerio de Justicia y ajeno a las actuaciones de los restantes ministerios, particularmente el de Hacienda, a los que generalmente sólo comunica los anteproyectos terminados en el rutinario trámite previo al correspondiente Consejo de Ministros en el que se va a convertir en proyecto (47). Es pues un claro ejemplo de monopolización por parte de los juristas de la actividad de gestación de las normas penales, con las disfuncionales consecuencias de irrealidad y consiguiente irracionalidad a las que antes se ha hecho referencia.

La creación y abrogación de normas penales, de ordinario, es un problema político necesariamente implicate de muy distintos ministerios, que como se ha visto requiere una previa labor de planificación en la que el estudio de costos y medios financieros ocupa un lugar importante, por lo que sólo una comisión u órgano colectivo interministerial, coyuntural o estable, puede cumplir los requisitos políticos y técnicos que la actividad legislativa penal en la actualidad exige. Que esta comisión cuente con la colaboración de todos los científicos e instituciones que puedan aportar algo a estos estudios previos o coetáneos, parece igualmente aconsejable, lo que requiere serenidad y huida de toda precipitación en la elaboración de los anteproyectos de leyes penales.

(46) La actividad criminalizadora tendrá de este modo, en mayor grado, el carácter de auténtica política de Estado.

(47) Es un mal secular la elaboración o copia del extranjero de leyes teóricamente muy perfectas, pero irrealizables por falta de medios, especialmente financieros. El grado de incumplimiento de estas leyes tan perfectas es seguramente más perjudicial para la sociedad que leyes más imperfectas que se cumplieran.

