

Tema 6. PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL (III)

1. *Intervención mínima y proporcionalidad*. 2. Carácter fragmentario y naturaleza subsidiaria del Derecho penal. 3. *Principios de justicia y de utilidad*. 3.1. Principio de justicia e indicadores de proporcionalidad. 3.2. Principio de utilidad y los indicadores de efectividad.

1. Intervención mínima y proporcionalidad.

El principio de intervención mínima, denominado así en nuestra doctrina por primera vez por MUÑOZ CONDE, afecta de forma directa al contenido y extensión del “*ius puniendi*”. Persigue una mayor racionalidad y efectividad por parte del Estado; según este principio, el Derecho penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación de la paz social, frente a las agresiones más intolerables que se realizan contra el mismo. Por tanto, siempre, que existan otros medios diferentes al Derecho penal para la defensa de los derechos individuales y/o colectivos, éstos serán preferibles, por ser menos lesivos, buscando así el mayor bien con el menor coste.

SILVA SÁNCHEZ sostiene que el principio de proporcionalidad permite conectar los fines del Derecho penal con el hecho cometido por el delincuente, impidiendo el establecimiento de conminaciones penales o la imposición de penas de forma abstracta, sin relación valorativa con el hecho. En efecto, según este principio, también llamado por algunos autores “de prohibición de exceso o de proporcionalidad en sentido amplio”, la gravedad de la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho antijurídico, a la gravedad del injusto” (lo cual “aparece como una exigencia de justicia”), debiendo tenerse en cuenta sobre todo la gravedad intrínseca del hecho, por el grado de desvalor del resultado y de la acción – importancia y número de bienes jurídicos afectados, entidad del daño, peligrosidad de la acción y desvalor de la intención –, así como, en menor medida, “la gravedad «extrínseca» del hecho, esto es, el peligro de frecuencia de su comisión y consiguiente alarma social, que también cabe incluir en el desvalor objetivo de la acción”.

En este sentido se puede afirmar que el principio de proporcionalidad penal tiene un doble destinatario: por una parte, el poder legislativo, que está obligado a establecer penas proporcionadas, en abstracto, a la gravedad del delito, y, por otra parte, el poder judicial, que debe regirse por la proporcionalidad a la hora de determinar, en concreto, la pena a imponer a cada conducta. Actualmente el principio de proporcionalidad sirve para integrar toda una serie de criterios, hasta ahora dispersos, como,

la “ultima ratio”, el no más daño que utilidad, la construcción de una jerarquía de bienes jurídicos, etc. Desde este punto de vista LASCURAÍN SÁNCHEZ postula que “la evaluación de la norma que en términos de libertad exige el principio de proporcionalidad es una evaluación global de sus costes y de sus beneficios. Así, el carácter coactivo de la norma no se circunscribe al de la sanción, sino que incluye también el de la propia limitación de la autonomía que el propio precepto supone; su carácter gravoso comprende también los costes económicos que su efectiva aplicación genera. Por su parte, el cómputo de los beneficios de protección de la norma habrá de tomar en cuenta no sólo el valor del concreto bien jurídico protegido, sino también la medida en la que se le protege, y, con ello, el grado de amenaza del comportamiento incriminado para el orden social”.

Todo esto supone que la doctrina mayoritaria entienda el principio de proporcionalidad, por influencia fundamental de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, como principio de proporcionalidad en sentido amplio que, a su vez, se descompone en tres subprincipios o condiciones de aplicación: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El principio de idoneidad supone la exigencia de que la intervención por medio del Derecho penal sea requerida para la tutela del bien jurídico y que la medida adoptada, tanto la pena como la medida de seguridad, sea la adecuada para conseguir la finalidad que se persigue.

Por su parte, el principio de necesidad en Derecho penal se concreta en dos principios que ya he tratado anteriormente: por una parte, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y, por otra, el principio de intervención mínima con las exigencias de “ultima ratio” y carácter fragmentario del Derecho penal.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto viene a coincidir con el principio de proporcionalidad de las penas y el principio de proporcionalidad de las medidas de seguridad, tal y como ha sido entendido tradicionalmente por la doctrina; es decir, supone que las consecuencias jurídicas derivadas del delito sean proporcionadas a la gravedad del mismo.

En cualquier caso, somos de la necesidad de proporcionalidad constituye también una exigencia del Estado democrático. Como dijo MIR PUIG, “un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se

asignan”, a lo cual ha añadido con posterioridad “según el grado de la «nocividad social» del ataque al bien jurídico”

2. Carácter fragmentario y naturaleza subsidiaria del Derecho penal

El principio de intervención mínima afirma un doble contenido: por un lado, supone la intervención fragmentaria del “*ius puniendi*”, lo cual significa que el Derecho penal “no protege todos los bienes jurídicos, sino los más fundamentales, y ni siquiera protege a éstos frente a cualquier clase de atentados, sino tan sólo frente a los ataques más intolerables”; por otro lado, el principio de intervención mínima conlleva que el Derecho penal sólo ha de intervenir subsidiariamente, es decir, que “[...] no será legítimo acudir a medios de especial severidad, como los «penales», si cabe utilizar, con éxito, medios de naturaleza «no penal», menos devastadores”, lo cual significa, en definitiva, que “[...] la política «penal» -la prevención del delito a través de la pena- debe ocupar el último lugar [«ultima ratio»] en los planes de política «criminal» del Estado”.

Según BRICOLA, estas dos vertientes se unen, al fin y al cabo, en la exigencia de que el Derecho penal debe conseguir su propia racionalidad, procurando que su papel de instrumento excepcional, de “ultima ratio”, sirva para la tutela “fragmentaria” de los bienes jurídicos esenciales para la existencia y desarrollo de la comunidad estatal.

Esta exigencia choca desde hace mucho tiempo con la tendencia de expansión del Derecho penal que ha puesto en evidente crisis la vigencia real del principio de intervención mínima. MIR PUIG, respecto al carácter fragmentario de la protección de bienes jurídicos, advirtió que “[...] las últimas reformas del Código penal parecen olvidar lo positivo del carácter fragmentario de la protección penal, inspiradas por lo general en el principal afán de completar la protección de ciertos bienes jurídicos. Es curioso, en efecto, observar que en nuestro país las Leyes penales más recientes han perseguido el objetivo de crear nuevos delitos, agravar las penas de otros ya existentes, o ampliar la esfera de estados peligrosos y medidas de seguridad”. Así mismo, apuntaba dicho autor, respecto a la naturaleza subsidiaria del Derecho penal, que “abandonada la mera posición de árbitro de las fuerzas sociales propia del Estado liberal clásico, el actual Estado social tiende a invadir progresivamente nuevos ámbitos de la vida de la sociedad. En nuestra parcela ello tiende a reflejarse en la ampliación de la protección penal, que se extiende a nuevas esferas e intensifica su rigor. Tal tendencia sólo será admisible si no cabe imponer medios de protección menos lesivos que la pena o la medida de seguridad”.

Pues bien, dicha tendencia persevera en la actualidad, aunque es tratada por la doctrina ahora bajo el rótulo común “expansión del Derecho penal”, y podría decirse que ha ido mucho más allá de lo nadie pensaba cuando MIR PUIG la detectó. En efecto, como mencionan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, “actualmente se advierte una tendencia a ampliar el ámbito de intervención penal a la protección de bienes jurídicos universales cada vez más inaprensibles y, por eso mismo, difíciles de delimitar [...]. Dada la importancia de esos sectores en las sociedades modernas -ordenación del territorio, patrimonio histórico, recursos naturales y medio ambiente, etc.- parece inevitable recurrir también al Derecho penal para su protección. Pero ello en ningún caso debería significar la pérdida de identidad del Derecho penal y su conversión en una soft law haciéndole cumplir funciones más propias del Derecho civil o administrativo o utilizándolo simplemente como «tapadera» de los déficit de funcionamiento de otras ramas del Derecho”.

3. Principios de justicia y de utilidad.

Los criterios que ayudan al legislador a tomar una decisión sobre el merecimiento de pena de una conducta son, por un lado, factores normativos o de Justicia; y, de otro, factores empíricos o de utilidad. Juntos constituyen, como ha señalado MUÑOZ CONDE, la *Política criminal*, es decir, las pautas a tener en cuenta por el legislador.

Ambos principios se interfieren mutuamente y son igualmente necesarios para establecer el concepto de merecimiento de pena. En un Estado de Derecho respetuoso con los derechos fundamentales sería, por ej., inaceptable, por injusto, castigar con pena de prisión permanente revisable una pequeña estafa a los consumidores, al cobrarles de más en el IVA, por mucho que la conducta estuviera instalada en lo cotidiano de muchas empresas, y por más que el aumento de las penas en estos delitos pudiera ser útil desde el punto de vista de su prevención.

Pero igualmente sería desaconsejable, por inútil y contraproducente, castigar con pena privativa de libertad determinadas conductas cuando ello pudiera producir más daños que beneficios a las víctimas.

El criterio de utilidad es también un factor a tener en cuenta en la determinación del merecimiento de pena de la protección de los bienes jurídicos, por cuanto en el moderno Estado social de Derecho las normas se justifican por los efectos y consecuencias beneficiosas que producen, y no sólo por la justicia intrínseca de las mismas.

Precisamente, el conocimiento empírico de estos efectos que suministran las diversas teorías criminológicas puede servir para perfilar el criterio de utilidad a la hora de decidir qué conductas de todas las que aparecen como desviadas socialmente, merecen el calificativo de punibles. Esta conducta merecedora de pena es finalmente la que llega a convertirse en delito, que el Derecho penal elabora con sus propios criterios y en función de finalidades y metas específicas. Por ello, a la Política criminal, lo que le interesan son los criterios a tener en cuenta en la creación del Derecho penal. Ante los tiempos tecnológicos actuales hay una necesidad de redefinir los criterios de racionalidad penal para que puedan adaptarse a la complejidad del mundo actual y no fundamentarse única y exclusivamente en la lógica de un Código penal, tantas veces ya, desde 1995, modificado y parcheado. Esta necesidad de racionalidad supondría tres CONDICIONES:

Primera: Establecer una elección entre diversas decisiones alternativas;

Segunda: Acceder a una información fundamentada sobre las diversas alternativas y

Tercera: Definir unos criterios para valorar las diferentes soluciones, partiendo de esa información.

1. Establecer una elección entre diversas decisiones alternativas, es decir, rechazar el automatismo a la Ley penal como única respuesta a la protección de los bienes jurídicos en juego. Y también rechazar el automatismo de la prisión como única pena eficaz. En ambos casos, tanto en los procedimientos como en lo relativo a las consecuencias jurídicas, la rigidez de las respuestas es poco propicia para los constantes cambios actuales y el permanente ajuste que supondría la adecuación del Derecho penal a los hechos.

Ciertamente, la diversidad actual de las sanciones hace posible una opción. Elección en el momento de elaboración de la Leyes (si admitimos que la Ley penal no es la única respuesta para resolver los conflictos de los intereses económicos de los consumidores y que otras sanciones no penales o incluso distintas a la prisión son a veces más adecuadas). Y opción también en el momento de aplicación de esas leyes: La ley penal no es la única respuesta. Opción, por tanto, también a la hora de enviar el asunto a otras ramas jurídicas (civil, mercantil, administrativa, sanitaria, etc) e incluso a la solución extrapenal.

Pero esto solo no es suficiente. Cambiar sin más un procedimiento por otro o una sanción de una naturaleza por otra no aporta ese suplemento de racionalidad, porque estaríamos sustituyendo un procedimiento por otro, sin que se trate de una decisión fundamentada, sin que una motivación suficientemente explícita y precisa dé sentido a estas decisiones.

De ahí la segunda condición:

2. Acceder a una información fundamentada sobre las diversas alternativas: Para ello es esencial disponer de información. Información sobre la tipología y frecuencia de los comportamientos que se pretenden incriminar, pero también sobre las diversas características de los hechos. Para ello las técnicas y los métodos de mapeo del delito serían de mucha utilidad. Como se cuestiona SAGATO (*Los mapas de criminalidad*, Padova, Italia, pág. 147): “¿son una herramienta para la prevención o la represión? ¿es útil para policías, políticos, investigadores o ciudadanos? ¿es un medio para la prevención efectiva del delito o para estrategias de marketing?. No obstante, la información en sí no garantiza, por sí misma, la racionalidad. Precisamente vivimos con tal exceso de información que a veces es tan perjudicial como la falta de información, implicando asimismo el riesgo de deformación. De ahí la importancia de una última condición: La existencia de criterios suficientemente concretos y precisos. Esto es,

3. Definir unos principios suficientemente precisos para valorar las diferentes soluciones, partiendo de esa información disponible y considerar así las posibles opciones como solución.

Ciertamente el camino hacia esa racionalidad, que podría provisionalmente definirse -como diría DELMAS MARTY- de “subjetividad dirigida”, es angosto: Subjetividad porque a la postre son nuestros parlamentarios en el ámbito legislativo o a la hora de la aplicación, el juez, quienes deciden y, evidentemente, hay un espacio de apreciación personal y de conciencia íntima por su parte, del que no podemos prescindir si no queremos caer en el automatismo. Pero esta subjetividad estaría relativamente determinada de acuerdo con unos principios, referencias o criterios orientadores que permitieran al diputado, al senador o al juez situarse en el laberinto de múltiples alternativas.

Lo que los principios de “sentencing” son para los jueces en los países del *Common Law* es lo que vendrían a ser los principios o criterios

orientadores de la protección penal, en los países de la tradición del derecho continental.

Estos principios o criterios orientadores lo serían, ante todo de legislación y se inscribirían en la cultura jurídica europea.

La Política criminal es Política con mayúsculas y, por ello, orientarían a nuestros representantes políticos en la elaboración de las Leyes penales, en general, y por supuesto en aquellas que se dirigen a proteger los intereses económicos de los consumidores. Se revivificarían así los principios de justicia y de utilidad, haciéndolos funcionar con dos series de indicadores: indicadores de proporcionalidad, que se inscriben en el corazón de la idea de Justicia, e indicadores de efectividad, que fundamentan la utilidad del Derecho. Con estos principios, al margen de la subjetividad de cada opción política se conformarían los pasos a seguir en la Política criminal en general y en relación con los intereses económicos de los consumidores, en particular.

3.1. Principio de justicia e indicadores de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad debe limitar toda intervención estatal que afecte a derechos del ciudadano, y supone una exigencia constitucional cuando, como ocurre en principio en el Derecho penal, la intervención del Estado, el *ius puniendi* afecta a derechos fundamentales.

El legislador dispondría de tres series de indicadores de la proporcionalidad, de menos a más, que se podrían numerar de uno a tres, según las características del comportamiento, en el caso de los intereses económicos de los consumidores que pretendamos incriminar:

-Atendiendo a si se trata de una simple infracción administrativa (1) o de un delito imprudente (2) o doloso (3);

-Atendiendo al bien jurídico protegido: si se trata de bienes comunes o en conflicto (1), si son bienes protegidos por el Derecho interno, principalmente en la Constitución (2) o si se trata de bienes protegidos en Tratados internacionales ratificados por España (3):

-y atendiendo a la naturaleza del resultado, los indicadores serían: si se trata de tentativa (1), de una puesta en grave peligro (2) o de una efectiva lesión (3) al bien jurídico protegido.

De esta manera si los indicadores fuesen totalmente favorables a la penalización (3.3.3.) o totalmente desfavorables (1.1.1.) la decisión de incriminar o no incriminar se podría tomar a partir del principio de justicia.

Realización	1. Infracción administrativa	2. Delito imprudente	3. Delito doloso
Bien jurídico	1. Bienes comunes	2. Bienes protegidos en la Constitución	3. Bienes protegidos en Tratados Internacionales
Resultado	1. Tentativa	2. Puesta en grave peligro	3. Lesión del bien jurídico protegido

Cuando los indicadores fuesen dudosos (2.2.2, 3.1.2, etc.) el principio de utilidad intervendría a título complementario.

3.2. Principio de utilidad y los indicadores de efectividad

El principio de utilidad afecta a las funciones que, razonablemente, se puedan esperar de la incriminación penal. La **exigencia de utilidad** plantea, por de pronto, la cuestión de si realmente el Derecho penal sirve para evitar delitos y, en concreto, si sirve para evitar que los consumidores se vean defraudados o que sus intereses económicos no se vean vulnerados. La eficacia de la pena no debe medirse, según MIR PUIG, sobre la base de los que ya han delinquido. Precisamente, en éstos, el hecho de haber delinquido demuestra inevitablemente que para ellos la pena ha resultado ineficaz. La eficacia de la pena no puede valorarse por esos fracasos, sino por sus posibles éxitos, y éstos han de buscarse entre los que *no han delinquido y acaso lo hubieran hecho* de no concurrir la amenaza de la pena.

Por tanto, cuando la decisión de establecer o no delitos no es clara y precisa, según los indicadores de proporcionalidad, acudiríamos al principio de utilidad.

La utilidad del Derecho penal se estudia, generalmente, desde tres perspectivas, estableciéndose tres indicadores complementarios de efectividad, numerados igualmente, de menos a más, de uno a tres:

-La efectividad INSTRUMENTAL: ¿qué protección brindaría el aparato penal para tratar el contencioso en que se basa la incriminación? Desde la Policía (1), la Justicia (2), o en Ejecución penitenciaria (3).

-La efectividad SIMBÓLICA marcaría la protección de la sociedad dependiendo del grado de homogeneidad de ésta (efecto de cohesión). La utilización de este indicador supone un análisis sociológico de las manifestaciones y tendencias de los consumidores, individuales y colectivas, ya sean manifestaciones incompatibles expresadas de forma colectiva y organizadas por las asociaciones de consumidores y otros grupos de presión (1), manifestaciones de un pluralismo marcado bien por representaciones diferentes o por cierta indiferencia hacia el bien jurídico protegido (2), o manifestaciones que suponen un verdadero consenso (3).

-la efectividad PEDAGÓGICA supone un análisis que conecta con las técnicas de comunicación y dependerá de las posibilidades de acceso material (difusión de las leyes, acceso a internet) e intelectual (legibilidad de los textos normativos) para ese aprendizaje.

EFECTIVIDAD INSTRUMENTAL (Efecto protección) según	1. Policía	2. Justicia	3. Ejecución penitenciaria
EFECTIVIDAD SIMBÓLICA (efecto cohesión)	1. Manifestaciones incompatibles	2. Pluralismo o Indiferencia	3. Consenso
EFECTIVIDAD PEDAGÓGICA (efecto aprendizaje comunicación)	1. Acceso material	2. Acceso intelectual	3. Ambos

En definitiva, estos principios o criterios orientadores se conciben como una ayuda a la hora de decidir si se incrimina y cómo. Ayudarían a aclarar las opciones del legislador a la hora de establecer (o no) delitos o sanciones administrativas o de otra naturaleza que sirvan para proteger los bienes jurídicos más preciados en el Estado Social y democrático de Derecho.

Estos principios se dirigen, ante todo, a las asesorías jurídicas de los ministerios o a los grupos de expertos encargados de redactar los

proyectos de leyes. De la misma forma podrían facilitar al Parlamento y a sus distintos grupos parlamentarios un instrumento de coherencia de una política penal nacional o también ¿por qué no?, europea.

Lecturas recomendadas:

CUADRADO RUIZ, M., Á., “Criterios político-criminales orientadores de la protección penal de los intereses económicos de los consumidores”, en HERNÁNDEZ PLASENCIA, U., *Los límites de la protección penal de los intereses de los consumidores*, 2020. Ed. Marcial Pons (en prensa). (vid. en <http://hdl.handle.net/10481/60597>)

MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN, “Principio de intervención mínima” en *Derecho penal. Parte general*. 10a ed. Valencia 2019, págs. 64-83.