

Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico

Luis Prieto Sanchís*

1. Introducción. Recordando a Dorado Montero

Se ha dicho muchas veces pero conviene recordarlo, esta vez en la prosa un tanto añeja de Pedro Dorado: “la justicia es una forma de la fuerza y la prepotencia; y la injusticia o delito es una rebeldía abortada contra la imposición de la fuerza prepotente y una manifestación de la debilidad efectiva”. De ahí que el problema de la distinción entre el Estado y la banda de ladrones, tratado desde San Agustín a Kelsen, encuentre aquí una fácil respuesta: en las asociaciones de malhechores veo “una imagen de cualquier otra asociación de las llamadas lícitas, y principalmente del Estado, la sociedad jurídica (justa) por excelencia”. Por tanto, en la realidad del Derecho histórico o positivo nada hay justo o injusto por naturaleza o de manera objetiva y universal, sino que todo depende de la variable voluntad del poder y, en último término, de las costumbres, de los prejuicios, de las concepciones morales y políticas, en suma, de eso que hoy suele llamarse la cultura de cada momento y lugar: “la noción de la injusticia punible... no puede ser una noción absoluta... la misma para todos y siempre; por consiguiente, es vano intento el de los que pretenden encontrar y determinar taxativamente, de una vez para todas,

* Universidad de Castilla-La Mancha.

el número y las especies y las formas o figuras individuales de acciones que, por su naturaleza misma... son malas y dignas de reprobación y persecución”.¹

Si esto es así, preguntarse acerca de los objetos de protección penal, acerca de cuándo el Derecho penal ha intervenido o se ha pensado que debería intervenir, en suma y como suele decirse, acerca de cuáles son los bienes jurídicos tutelados,² requeriría una respuesta tan extensa y prolija como acciones humanas pudiéramos imaginar, pues resulta difícil proponer alguna que no haya sido objeto de reproche y, muchas veces también, sucesivamente de alabanza.³ El problema del bien jurídico no es primariamente de naturaleza jurídica, sino política y moral, y una aproximación descriptiva al mismo exigiría la entera reconstrucción de cuantas concepciones del bien (y del mal) han pretendido proyectarse en forma de tipificación de delitos y penas; tarea sin duda interesante pero aquí improcedente. Por ello, hemos de partir de un determinado modelo de Derecho penal, si se quiere normativo, de una determinada filosofía a propósito de cuándo, en qué condiciones

¹ P. Dorado, *El Derecho protector de los criminales*, tomo I, Madrid, V. Suárez, 1916, pp. 24, 33 y 21, respectivamente.

² Uso aquí un concepto muy amplio de bien jurídico, no el que se deduce de la llamada teoría del bien jurídico, nacida por cierto en el siglo XIX con un espíritu más bien ampliador de los que, en la filosofía de la Ilustración, habían sido propuestos como objetos exclusivos de tutela penal. Sobre ello vid. S. Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1976, pp. 128 y ss. Es decir, por bien jurídico entiendo ahora cualquier clase de cosas o estados que el Derecho penal pretende tutelar, no necesariamente bienes en sentido material, menos aún bienes de naturaleza individual o vinculados a derechos fundamentales; por ejemplo, una concepción formalista de delito como lesión del mero deber, alejada incluso de lo que representó la teoría del bien jurídico, puede decirse que descansa en esa idea amplísima de bien jurídico.

³ Algo que ya advirtiera C. Beccaria: «Cualquiera que leyera con desinterés filosófico los códigos de las naciones y sus anales, encontrará casi siempre cambiarse los nombres de vicio y virtud, de buen ciudadano y de reo, con las revoluciones de los siglos...», *De los delitos y de las penas* (1764). Hay varias versiones castellanas. Aquí utilizo la edición de Heliasta, que incluye los Comentarios de Voltaire y el *Tratado de las virtudes y los premios* de J. Dragonetti, Buenos Aires, 1978, cap. VI, pp. 70 y ss.

y con qué sentido se usa -puede o debe usarse- la fuerza por parte del Estado. Ni qué decir tiene que la adopción de ese punto de partida no es neutral, sino plenamente ideológico.

Aunque hemos de superar la tentación abolicionista de responder que nunca, que nunca el Estado debe ejercer la fuerza contra un individuo, no podemos sin embargo sustraernos a la idea de que la pena es siempre un mal, una inmoralidad *prima facie* que requiere razones justificatorias de cierto peso que permitan compensar su original falta de legitimidad. De nuevo cedamos la palabra a Dorado Montero: "Las penas son, pues, de esta suerte, actos que, siendo malos de suyo... se tornan buenos por las circunstancias en que se aplican y por el fin subjetivo que con ellos se busca (el mantenimiento del orden social, el bienestar social, la enmienda o reabsorción de los delincuentes); actos a los cuales protege (legítima) la necesidad de su empleo, y en cuya justificación, por consiguiente, puede aducirse el citado aforismo: *propter necessitatem illicitum efficitur licitum*. No por otra razón, sino por ser actos ilícitos que en manos de los Gobiernos se vuelven lícitos... es por lo que se establece como condición de las penas la justa proporcionalidad, por lo que se exige la mayor parsimonia y economía posible en su empleo, y por lo que la aludida necesidad se constituye en norma y límite de su aplicación justa".⁴

Pues bien, me parece que las ideas expresadas por el ilustre correccionalista constituyen la médula de la filosofía penal de la Ilustración y de su heredero, el garantismo. Ese será, por tanto, nuestro punto de partida y también de llegada: la pena representa un ilícito moral, algo que no se justifica por sí mismo, sino que requiere de ciertas razones complementarias que ya sugería Dorado y que luego comentaremos. En el fondo, esta concepción de la potestad punitiva del Estado se conecta con el Derecho natural racionalista y contractualista que se desarrolla a partir del siglo XVII y cuya tesis central es la plena secularización del Derecho y de las instituciones políticas, no sólo en el sentido de una emancipación de la teología y, por tanto,

⁴ P. Dorado, *El Derecho protector de los criminales*, cit., pp. 23 y ss.

de un abandono de la tradicional ecuación entre delito y pecado, entre pena y penitencia; sino también en el sentido de concebir a esas instituciones como un puro artificio humano, como una construcción deliberada de los individuos y no como la manifestación de la voluntad divina o de algún misterioso designio histórico.⁵ El esquema es sencillo: los hombres abandonan el estado de naturaleza por su propio interés y persiguiendo alguna finalidad (la paz y la seguridad en Hobbes, la tutela de ciertos derechos naturales en Locke, etc.) y es el logro de esa finalidad lo que justifica la constitución de ese depósito común de la fuerza que es el Estado. Por consiguiente, la aplicación de la fuerza nunca puede ser gratuita, ni irracional, sino que ha de justificarse en la consecución de aquellas finalidades o, como podríamos decir hoy, sobre el *ius puniendi* pesa la carga de la justificación. Creo que merece la pena verlo con mayor detalle.

2. Un punto de partida (y de llegada): la filosofía penal de la Ilustración⁶

La secularización y, lo que es su inmediata consecuencia, la separación entre el Derecho y la moral se despliega en tres capítulos fundamentales del Derecho penal: en primer lugar, impidiendo que el Estado se convierta en el brazo secular al servicio de alguna concreta opción moral o religiosa y, por tanto, limitando la represión a aquellas

⁵ He tratado con algún detenimiento esta evolución en J. Betegón y otros, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 51 y ss.

⁶ Sigo en la primera parte de este epígrafe mi más amplio trabajo «La filosofía penal de la Ilustración», en *Historia de los derechos fundamentales*, G. Peces-Barba y otros (dir.), t. II, vol. II, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 127 y ss. Prefiero hablar de Derecho penal ilustrado que de Derecho penal liberal a fin de evitar confusiones con el Derecho positivo realmente existente en el Estado liberal europeo del siglo XIX, sólo en parte (y, a veces, en una parte muy pequeña) fiel a los postulados de la Ilustración. La expresión escogida, así como la hoy más usada de garantismo penal, quiere subrayar que estamos ante un modelo «ideal», que no tiene por qué encontrar o haber encontrado plena confirmación en la experiencia jurídica. Con todo, cuando hablemos de la óptica liberal o del liberalismo en materia punitiva debe entenderse también en estos términos.

acciones que sean dañosas para otras personas; en segundo lugar, orientando el proceso hacia la constatación de los hechos externos lesivos de bienes jurídicos y no de los rasgos o peculiaridades morales atribuidas al imputado; por último, excluyendo de la pena las finalidades de reeducación moral. Los dos primeros aspectos, aunque no el tercero, estarán muy presentes en los autores del siglo XVIII.⁷

En realidad, la secularización del Derecho penal venía siendo postulada, al menos, desde el siglo anterior y, de hecho, el más poderoso argumento en favor de la tolerancia religiosa implicaba una neta separación entre pecado y delito: que el Estado sólo debe intervenir cuando se lesionan bienes sociales, que no puede interferir en cuestiones de fe y, en suma, que carece de competencia para imponer las virtudes morales cuando no son relevantes para la colectividad, eran ideas repetidas por los más importantes escritores de la tolerancia y especialmente por el Locke de la *Carta*, aunque, desde luego, tampoco quedaba siempre muy claro hasta dónde llegaban las cuestiones de estricta conciencia y dónde comenzaba el interés público;⁸ y, asimismo, la secularización constituye el argumento central de los estudios penales de Thomasius a comienzos del siglo XVIII.⁹ Sin embargo, ahora esta idea impregnará de forma más extensa y consecuente todos los aspectos del Derecho penal y será tal vez el argumento más universalmente compartido entre todos los ilustrados. A veces, formulado de un modo tímido, como en Montesquieu, que no se atreve a pedir la abolición del delito de herejía, si bien reconoce que hay que ser muy circunspectos

al castigarla, pues es susceptible de una infinidad de distinciones e interpretaciones.¹⁰ Otras veces, como veremos, el argumento secularizador será expresado de forma mucho más rotunda, pues, como ya avisaba Diderot, la distancia entre el altar y el trono no será nunca excesiva".¹¹

En cualquier caso, se terminaría imponiendo la célebre recomendación de Bentham: "llamemos pues aquí al principio de utilidad...", ya que "hay muchos actos que son útiles a la comunidad, y que sin embargo no debe ordenar la legislación, como hay muchos actos nocivos que la legislación no debe prohibir aunque les prohíba la moral: en una palabra, la legislación tiene seguramente el mismo centro que la moral, pero no tiene la misma circunferencia". El principio de utilidad es el criterio que define el ámbito del ilícito penal, pero es también la regla que debe orientar el establecimiento de las penas. De ahí que no deban imponerse penas ineficaces, es decir, aquellas que "no podrían producir efecto alguno sobre la voluntad, y que por consiguiente no servirían para prevenir otros actos semejantes".¹²

⁷ Vid. L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989), Prólogo de N. Bobbio, trad. de P. Andrés, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, 2 ed., Madrid, Trotta, 1997, pp. 222 y ss.

⁸ La propia evolución de Locke en torno a la tolerancia es una muestra de esa vacilación. Vid. el estudio preliminar a la edición de los *Escritos sobre la tolerancia* de J. Locke, a cargo de L. Prieto y J. Betegón, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

⁹ Vid. J. Betegón, «Los precedentes intelectuales de la humanización del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII», en *Historia de los derechos fundamentales*, citado, vol. I, Madrid, Dykinson, 1998, pp. 483 y ss.

¹⁰ Y lo mismo cabe decir de la persecución de la magia, delito que "se podría probar que no existe", Montesquieu, *Del espíritu de las leyes* (1748), trad. de M. Blázquez y P. de Vega, con Prólogo de E. Tierno Galván, Madrid, Tecnos, 1972, Libro XII, cap. VI, pp. 176 y ss. La doctrina penal de Montesquieu, que es sin duda importante por lo que tiene de precursora de desarrollos posteriores, representa en realidad una pequeña parte de su obra y está contenida principalmente en los Libros VI y XII del *Espíritu de las leyes*. Asimismo, en las *Cartas persas* (1721) tampoco falta alguna esporádica referencia al problema penal; así, en la LXXVI critica las leyes que castigan el suicidio, y en la XC censura la aplicación de la pena de muerte a los que se retan o baten en duelo. De esta última obra hay trad. de J. Marchena (1818) ahora en Orbis, Barcelona, 1985.

¹¹ D. Diderot, «Observaciones sobre la Instrucción de la Emperatriz de Rusia a los diputados respecto a la elaboración de las leyes» (1770), en *Escritos Políticos*, ed. de A. Hermosa Andújar, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 185.

¹² J. Bentham, *Tratados de legislación civil y penal*, obra extractada de los manuscritos de J. Bentham por E. Dumont, traducción de Ramón Salas, Madrid, 1821. Hoy en Ed. Nacional, Madrid, 1981. Los textos citados corresponden, respectivamente, a las pp. 71, 75 y 215.

Estas palabras de Bentham nos advierten sobre la íntima conexión que en la filosofía ilustrada existe entre la secularización y el principio de utilidad. Como ya se ha indicado, la postulada separación entre el Derecho y la moral conduce a una concepción artificial e instrumental del Estado, que ya no se justifica por sí mismo o por su dependencia de una cierta concepción religiosa, sino exclusivamente por su servicio a los individuos. De nuevo Diderot nos muestra esa conexión: los soberanos "se fundan únicamente en el consenso de los pueblos" y "los hombres se han unido en sociedad sólo para ser más felices; la sociedad ha elegido soberanos sólo para velar más eficazmente por su felicidad", lo que se traduce en la garantía de la libertad y de la seguridad.¹³ Como dice von Humboldt, "dado que el Estado no puede perseguir otra meta última que la de la seguridad de los ciudadanos, sólo le es lícito perseguir aquellas acciones que se oponen a la consecución de dicha meta".¹⁴ Consecuentemente, las leyes y, sobre todo, las leyes que imponen la fuerza y limitan la libertad de los ciudadanos sólo pueden resultar legítimas en la medida en que resulten útiles para alcanzar esas finalidades y, desde luego, en ningún caso "las creencias religiosas personales deben influir sobre las leyes";¹⁵ como dice el artículo 8 de la *Declaración* de 1789, "la ley sólo puede imponer penas estricta y evidentemente necesarias", pues, siguiendo a Montesquieu, "toda pena que no derive de la necesidad es tiránica. La ley no es un puro acto de poder; las cosas indiferentes por su naturaleza no son de su incumbencia".¹⁶

Precisamente, en numerosos *Cahiers de Doléances* y en otros documentos políticos de la fase revolucionaria se aprecia una

¹³ D. Diderot, voz "Soberanos", en *Escritos Políticos*, citado, p. 26.

¹⁴ W. von Humboldt, *Los límites de la acción del Estado* (1792), edición de J. Abellán, Madrid, Tecnos, 1988, p. 149.

¹⁵ Condorcet, "Inediti" sobre la justicia penal, recogidos por M. Da Passano en *La giustizia penale e la riforma leopoldina in alcuni inediti di Condorcet, Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. V, 1975, p. 433.

¹⁶ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, citado, Libro XIX, cap. XVI, p.253.

preocupación bastante extendida por lo que pudiéramos llamar la delimitación de los bienes jurídicos susceptibles de tutela penal, es decir, por una delimitación rigurosa de las fronteras del Derecho punitivo. Así, el tercer estado de Nemours proponía la aprobación del siguiente precepto: "sólo constituyen delito las acciones que dañan a la libertad, a la propiedad o a la seguridad de otro";¹⁷ a su vez, la nobleza de Nantes y el tercer estado de París coincidían casi literalmente en esta petición: "que ningún individuo pueda ser condenado a ninguna pena sino por una violación grave del derecho de otro hombre o de los de la sociedad; y a menos que la pena haya sido establecida antes contra esa violación por una ley precisa y legalmente establecida".¹⁸ Se trata, pues, de un desplazamiento del objeto del Derecho penal: si en el Antiguo Régimen se atendía fundamentalmente a la perversidad moral de quien pecaba al romper el orden querido por Dios e impuesto por el soberano,¹⁹ ahora se atiende al daño social y, más concretamente al daño sobre los derechos naturales de los demás individuos y sobre la seguridad colectiva.

Las consecuencias de esta filosofía en el plano más práctico de las propuestas de reforma habrían de ser, de un lado, una exigencia de disminución y de descripción taxativa de las conductas objeto de

¹⁷ "Remontrances, moyens et avis que le tiers état du bailliage de Nemours charge ses députés de porter aux États généraux" (1789), en *Les Déclarations des droits de l'homme* por L. Jaume, París, Flammarion, 1989, p.83.

¹⁸ "Le projet de Déclaration des droits contenu dans le Cahiers de Doléances de la noblesse des bailliages de Nantes et de Meulan"(1789) y "Le projet... du tiers état de Paris hors les murs"(1789), en *Le Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, ed. de S. Rials, París, Hachette, 1988, pp. 555 y 564.

¹⁹ Por ejemplo, a mediados del siglo XVI el español Alfonso de Castro, tras decir que la pena nace del pecado, escribe: "por este motivo, los mandatos de quienes tienen el cargo de gobernar los pueblos, se consideran divinos, puesto que de Dios recibieron el poder para que pudieran ordenar a los súbditos lo conveniente, a fin de observar la ley de Dios", *De potestate legis poenalis* (1550). Hay una reproducción facsimilar en A. de Portonaris, Madrid, 1961. Cito por la edición bilingüe de L. Sánchez Gallego con el título de *La fuerza de la ley penal*, Universidad de Murcia, 1931, Libro I, cap. IV, p. 116.

reproche penal; y, de otro, una moderación o dulcificación de las penas. En relación con el primer aspecto, son innumerables las voces en favor de la limitación del Derecho penal a aquellas conductas externas capaces de producir una efectiva lesión en un bien jurídico relevante, entendiendo por tal casi exclusivamente los derechos naturales que constituyen el fundamento del pacto social; sin una acción y sin un resultado lesivo no cabe la tipificación delictiva. Por tanto, los pensamientos, las meras intenciones o los rasgos de la personalidad han de quedar excluidos de la persecución penal: "las leyes, proclama Montesquieu, sólo se encargan de castigar acciones exteriores",²⁰ pues, como se lee en la *Enciclopedia*, "puede haber actos viciosos por sí mismos que... no es conveniente castigar mediante tribunales humanos";²¹ "todo lo referente a las reglas de la modestia, el pudor o la decencia no debe ser integrado en un código de leyes".²² En palabras de Diderot, "es necesario prevenir las acciones contrarias a la continencia y a las buenas costumbres, pero no hay por qué castigarlas".²³ Cuando la ley pretende ir más allá o servir a intereses distintos deja de ser garantía de la libertad y se transforma en una amenaza para la misma; "cuando las leyes limitan la conducta de los ciudadanos más de lo que exige la pública conservación, cuando convierten en delito las acciones indiferentes, entonces directamente las leyes oprimen la libertad".²⁴

Esta idea de que el Derecho penal ha de configurarse como una respuesta frente a hechos externos lesivos de bienes jurídicos y no frente a simples vicios de la personalidad constituye una aportación verdaderamente fundamental de la filosofía ilustrada que, por otra

²⁰ Montesquieu, *Del Espíritu de las leyes*, cit., Libro XII, cap. XI, p. 179.

²¹ D. Diderot y D'Alembert, *Artículos políticos de la Enciclopedia*, voz «Pena», ed. de R. Soriano y A. Porras, 2 ed., Madrid, Tecnos, 1992, pp. 137 y s.

²² *Ibidem*, voz «Ley», p. 114.

²³ D. Diderot, «Observaciones sobre la Instrucción...», citado, p. 213.

²⁴ F.M. Pagano, "Opere filosofiche, politiche e estetiche. Saggi politici", en *Grande Antología Filosófica*, vol. XV, M.F. Sciacca (dir.), Milano, Marzorati ed., 1968, p. 1196.

parte, se concilia muy bien con la propia epistemología de la época. Si, como observa Kolakowski, el positivismo de las Luces engendró el culto al hecho en el ámbito general del conocimiento,²⁵ en la esfera punitiva ello tuvo una importancia decisiva para desterrar prácticas irracionales hasta entonces vigentes tanto en el plano penal como procesal; prácticas en las que el hecho delictivo aparecía, a lo sumo, como un síntoma del auténtico motivo que fundamentaba el reproche y que no era otro que la personalidad o enfermedad moral del reo, y en la que consecuentemente el proceso no se concebía como una actividad cognoscitiva dirigida a la constatación de unos hechos externos, sino como un rito constitutivo de la desviación misma. En palabras de M. Gascón, merced a la secularización del Derecho penal, "los hechos podían dejar de ser un mero indicio de una culpabilidad basada en realidad en el vicio o en el pecado -en suma, en la corrupción de la naturaleza nacida de la caída original- para convertirse en su único fundamento".²⁶ De ahí, por ejemplo, la insistencia de Condorcet: "yo defino el delito en general como una acción exterior y física que causa inmediata y evidentemente un daño grave a una o más personas...", y ha de ser exterior y física porque "debe ser susceptible de prueba".²⁷ "La ley penal -añade Bentham- solamente puede obrar dentro de ciertos límites, y su poder se extiende sólo a los actos palpables y susceptibles de pruebas manifiestas".²⁸

Y en atención a estas consideraciones acerca de la utilidad del Derecho punitivo como reacción a un acto externo de lesión de bienes jurídicos, Filangieri llega a proponer todo un elenco de delitos a destipificar: el suicidio, la usura y los juegos prohibidos y, sobre todo, "los delitos de encantamiento, magia, sortilegio, hechicería, adivinación,

²⁵ L. Kolakowski, *La filosofía positivista* (1966), trad. de G. Ruiz-Ramón, Madrid, Ed. Cátedra, 1979, p. 45.

²⁶ M. Gascón, *Los hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba*, Madrid, M. Pons, 1999, p. 12.

²⁷ Condorcet, «Inediti», cit., p. 443.

²⁸ J. Bentham, *Tratados de legislación civil y penal*, cit., p. 327.

agüeros, interpretación de sueños, incubismo, socubismo, etc., nombres eternamente memorables en la historia de las desgracias, de los errores y de la superstición de los pueblos";²⁹ a lo que hay que añadir las fuertes reservas que mostraba Montesquieu hacia la desmesurada ampliación del delito de lesa majestad, que incluía desde actos sacrílegos a delitos de expresión, pues "basta con que el delito de lesa majestad sea impreciso para que el Gobierno degeneren en despotismo".³⁰ En suma, la idea de que el ordenamiento penal representa el recurso más gravoso para la libertad de los ciudadanos y que, por tanto, ha de reservarse para los atentados más intolerables contra los bienes más fundamentales constituye la contribución fundamental de la filosofía ilustrada en este punto. Condorcet lo expresa con estas palabras: "para que una acción constituya un verdadero delito es preciso que lesione el derecho natural, es decir, que ataque inmediata y necesariamente la seguridad, la paz, la libertad, la propiedad de uno o más individuos, y que se realice con intención. Desde el momento en que se olvida este principio, toda ley penal se convierte en violencia más o menos tiránica, más o menos carente de razón, pero siempre ilegítima e injusta, cualquiera que sea el poder del que emane".³¹ Por eso, el artículo 5 de la *Declaración de 1789* afirma rotundamente que "la ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad".

Esta concepción racionalizada y utilitarista no sólo alentaba reformas legislativas, sino que ofrecía un nuevo significado para el Derecho penal en su conjunto. Desde luego, que el delito tiene un origen social y que las penas sirven un fin instrumental no son en modo alguno ideas desconocidas antes del siglo XVIII, pero creo que se acentúan de modo considerable en esta centuria. De un lado, al romperse la ecuación entre pecado y delito, la infracción ya no aparecerá tanto como un síntoma de enfermedad moral, cuanto más bien como una

²⁹ G. Filangieri, *La ciencia de la legislación* (1780-1785), trad. de Juan de Ribera, Madrid, Villalpando, 1821, Libro III, cap. LV, p. 344.

³⁰ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, cit., Libro XII, caps. VII, VIII y XI, pp. 177 y ss.

³¹ Condorcet, "Inediti", citado, pp. 431 y 443.

consecuencia de la ignorancia o de una defectuosa organización social, y de ahí que entre los escritores ilustrados sea muy frecuente culpar a la sociedad o a las instituciones de muchos de los crímenes. De otra parte, y consecuentemente, la pena dejará de ser la reacción ciega e inexorable frente a la violación de un orden eterno e inmutable que el Estado administra en nombre de Dios, para convertirse en una más de las herramientas que el príncipe ilustrado y legislador racional utiliza para proteger un modelo de organización social previamente calculado de acuerdo con principios de razón y de utilidad. De donde se derivan dos consecuencias importantes: la primera es que el orden penal ha de concebirse como un medio del sistema jurídico, sin fines propios o distintos a lo que constituye la tutela del resto de las normas.³² La segunda es que la pena es siempre una *ultima ratio* y no siempre la más eficaz; la educación, el trabajo, un mejor reparto de los bienes, etc. evitarían muchos delitos, pues, como decía Diderot, "¿queréis prevenir los delitos?, haced felices a los súbditos, lo que es mucho más".³³ De ahí que Bentham dedique un buen número de páginas a explicar los que denomina "medios indirectos de prevenir los delitos",³⁴ y que Diderot enumere hasta seis medidas para impedir los crímenes, reservando tan sólo las dos últimas a la esfera punitiva: no crear crímenes imaginarios; hacer felices a los hombres, ilustrarles acerca de sus intereses, impedir la pereza, moderar las penas y condenar al delincuente a reparar el mal que ha hecho a la sociedad.³⁵

La filosofía penal garantista pretende constituir de modo expreso el desarrollo más sofisticado y puesto al día de una gran parte de las propuestas ilustradas, entre ellas las que acabamos de comentar. Su punto de partida es inequívocamente liberal: las penas representan un

³² "Una ley civil es aquella que establece un derecho, y una ley penal es aquella que a consecuencia del derecho establecido por la ley civil ordena que se castigue de tal o cual modo al que la haya violado", J. Bentham, *Tratados de legislación civil y penal*, cit., p. 432.

³³ Diderot, "Observaciones sobre la Instrucción...", cit., p. 241.

³⁴ J. Bentham, *Tratados de legislación civil y penal*, cit., pp. 325 y ss.

³⁵ Diderot, "Observaciones sobre la Instrucción...", cit., p. 212.

mal que la sociedad impone a alguno de sus individuos limitando sus derechos mediante la fuerza e incorporan por ello un irreductible fondo de ilegitimidad. De ahí que el recurso al Derecho penal no pueda concebirse como una herramienta más al servicio de la consecución de los intereses públicos, sino como un sacrificio sobre el que pesa una carga de justificación especial que se resume en los principios de necesidad y lesividad: las únicas prohibiciones penales justificadas son "las prohibiciones mínimas necesarias, esto es, las establecidas para impedir comportamientos lesivos que, añadidos a la reacción informal que comportan, supondrían una mayor violencia y una más grave lesión de derechos que las generadas institucionalmente por el derecho penal". Y, junto a esta primera condición, el principio de lesividad exige que la conducta objeto de reproche genere efectivamente un daño tangible para el bien tutelado, que implique una lesión para terceros, todo ello "en el marco de una concepción más general del derecho penal como instrumento de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos".³⁶ El resultado no puede ser sino un Derecho penal mínimo, que es el máximo de Derecho penal que resulta admisible en una sociedad fundada en los derechos; si la pena es siempre un *mal*, el recurso a la misma sólo resultará legítimo cuando represente un *mal menor* que aquel que trata de conjurar y que no es otro que la violencia que impide el goce de los derechos, tanto la violencia expresada en el delito como la violencia que generaría la reacción informal frente al mismo. Dicho de otra forma: "el monopolio estatal de la potestad punitiva está tanto más justificado cuanto más bajos sean los costes del *derecho penal* frente a los costes de la *anarquía punitiva*".³⁷

Ahora bien, ¿cuáles han de ser los bienes jurídicos penalmente relevantes? Sin duda, esta es una pregunta abiertamente valorativa que se sitúa en la esfera, no del Derecho, sino de la ética y de la política jurídica y cuya respuesta, reconoce Ferrajoli, no es capaz de suministrar un catálogo exhaustivo de los bienes que han de ser objeto de tutela,

ni tampoco de las ofensas susceptibles de reproche,³⁸ de la teoría del bien jurídico tan sólo podemos esperar criterios negativos de deslegitimación que muestren la carencia de justificación de una determinada intervención penal, pues la presencia de un bien jurídico es una condición necesaria, pero no suficiente de la respuesta punitiva.³⁹ Pero que sea un juicio valorativo no significa que sea un juicio arbitrario o carente de parámetros. Aunque Ferrajoli no lo denomine así, la determinación del *cuándo* y *qué* castigar parece responder al llamado criterio de ponderación, que por lo demás ha sido objeto de un amplio desarrollo en el marco del constitucionalismo de principios⁽⁴⁰⁾ y sobre el que hemos de volver más adelante. La intervención del Derecho penal estará entonces justificada cuando supere con éxito los siguientes pasos argumentales: existencia de un bien digno de protección e idoneidad de la reacción penal, necesidad de dicha reacción como opción menos gravosa para alcanzar con eficacia la tutela que se procura y, por último, balance razonable entre los inevitables costes de toda pena y los beneficios que pretenden alcanzarse con ella o, como suele decirse, principio de proporcionalidad en sentido estricto.⁴¹

La primera cuestión reabre el problema de qué bienes jurídicos se muestran dignos de protección y, como se ha dicho, carece de una solución cerrada y concluyente: desde luego, han de incluirse los derechos fundamentales, no sólo los individuales, sino también los

³⁸ Pero no todos piensan así desde una óptica liberal. W. Kargl selecciona de este modo las esferas de intervención penal: "ataques dolosos y violentos contra la vida, la integridad física, la libertad y la propiedad", "Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho", trad. de R. Ragués i Vallès, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), Granada, Comares, 2000, p. 62.

³⁹ L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 471.

⁴⁰ He tenido oportunidad de ocuparme del tema con algún detenimiento en "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº5, 2001, pp. 201 y ss.

⁴¹ En los siguientes párrafos desarrollo con alguna libertad el esquema propuesto por L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., pp. 472 y ss.

³⁶ L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 466 (resaltado en el original).

³⁷ *Ibidem*, p. 336 (resaltado en el original).

sociales, como el derecho al medio ambiente o a la salud; pero también otros intereses colectivos, que no son propiamente derechos, como el interés a una Administración no corrupta;⁴² en cualquier caso, ha de tratarse de bienes externos al Derecho mismo, esto es, la mera desobediencia al deber no es razón que justifique la pena. La tipificación de un delito requiere, pues, la existencia de un ataque a alguno de estos bienes, no exhaustivamente enunciados, entendiendo por ataque tanto el daño causado como el peligro corrido (delitos de peligro concreto). Sin embargo, no es suficiente la existencia de un bien jurídico lesionado, sino que es preciso acreditar asimismo la idoneidad de la reacción penal como remedio eficaz para evitar o disminuir la amenaza sobre dicho bien; no está justificada la prohibición penal si con ella no se logra efectivamente o no es previsible que se logre la intimidación buscada, pues el sistema punitivo no está para proclamar valores, sino para protegerlos.

En segundo término, la medida penal ha de ser *necesaria*, esto es, no han de existir otras menos gravosas capaces de obtener la tutela del bien jurídico en forma semejante. Generalmente, esto es lo que quiere expresarse bajo la idea del carácter subsidiario del Derecho penal. Este se configura como una *ultima ratio* que sólo ha de intervenir cuando se muestren no adecuados o ineficaces otros resortes de la intervención pública por definición menos lesivos, como pueden ser las políticas sociales, económicas o culturales, la protección civil, las sanciones administrativas, etc. Es más, parece que el Derecho penal sólo resulta creíble cuando constituye la última, y no la única, trinchera de protección de los bienes jurídicos.

Finalmente, el principio de proporcionalidad en sentido estricto encierra el núcleo mismo del juicio de ponderación y dice más o menos así: cuanto mayor sea el grado de lesión o afectación de un principio,

tanto mayor ha de ser la importancia, urgencia y necesidad de ofrecer tutela al principio en pugna. Traducido a la esfera que nos ocupa, podría reformularse en estos términos: los *beneficios* que se derivan de la protección penal desde la perspectiva de un bien jurídico han de compensar los *costes* que necesariamente se derivan del castigo. Por eso, a mayor pena, mayor ha de ser la relevancia del bien jurídico y de la exigencia de su garantía penal; o dicho de otro modo, cuanto más se dulcifiquen las penas, más razonable resultará extender las fronteras protectoras del Derecho penal.⁴³

El resultado de este ejercicio argumentativo se traduce en un amplio programa despenalizador. De entrada, carecen de sentido los delitos bagatela castigados con penas pecuniarias, pues la propia sanción denota que tras ellos no puede haber ningún bien fundamental que justifique la puesta en marcha de la maquinaria punitiva. Asimismo, resultan improcedentes todas las tipificaciones que dicen proteger la personalidad del Estado, la religión, la piedad para con los difuntos u otras cosas análogas, pues, como dice gráficamente Ferrajoli, "nuestro principio de lesividad permite considerar `bienes` sólo a aquellos cuya lesión se concreta en un ataque lesivo a otras personas de carne y hueso".⁴⁴ Finalmente, y en virtud de ese mismo principio de lesividad, habrían de suprimirse o sufrir una importante reformulación los delitos de peligro abstracto o presunto, así como los que representan actos preparatorios que se sancionan de forma autónoma.

3. De la teoría del bien jurídico al juicio de ponderación

La aproximación que acabamos de ofrecer, si bien tiende a procurar un mayor grado de racionalidad en la valoración o justificación de las normas penales, podría considerarse no del todo satisfactoria,

⁴² En otro lugar Ferrajoli parece mostrarse más rotundo al escribir en favor de "un derecho penal concebido únicamente en función de la tutela de los bienes primarios y de los derechos fundamentales", "Garantías", trad. de A. de Cabo y G. Pisarello, *Jueces para la Democracia*, 38, julio 2000, p. 43.

⁴³ Aunque sea un problema que no procede tratar ahora, cabe poner en duda también que el aparato institucional punitivo tal y como hoy se concibe resulte idóneo para imponer sanciones de escasa importancia para la protección de bienes asimismo secundarios. Así ocurre con las penas pecuniarias, como se indica seguidamente en el texto.

⁴⁴ L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 478.

dado que tampoco termina de informarnos acerca de qué concretos bienes deben o deberían ser objeto de tutela penal, ni de qué tipo de conductas lesivas han de poner en marcha la reacción correspondiente. Bien es verdad que las definiciones que ofrece la ciencia jurídico penal no resultan mucho más explícitas o concluyentes: decir que el bien jurídico es aquello que "a los ojos del legislador tiene valor como condición de la vida sana de la comunidad jurídica" (Binding), "aquellas técnicas de comunicación que son estratégicamente fundamentales para un sistema de interacciones" (Callies), "los objetos que posibilitan el autodesarrollo humano" (Marx), "las circunstancias o las finalidades que resultan provechosas para el individuo y su desarrollo libre en el marco de un sistema social general orientado por esos objetivos o para el funcionamiento del sistema mismo" (Roxin); o, en fin, decir que el bien jurídico se compone de "los presupuestos que la persona necesita para su autorrealización en la vida social" (Muñoz Conde),⁴⁵ son todas abstracciones en verdad orientativas, pero que no permiten avanzar demasiado. Creo que tiene toda la razón Hassemer cuando escribe que el resultado de estos esfuerzos doctrinales "es un concepto general de bien jurídico que es tan abstracto que no informa en absoluto sobre los objetos de protección en particular. La concepción de lo que el hombre necesita para su libre realización personal, de lo que es irrenunciable para la sociedad y la libertad individual, de qué valores son merecedores de protección como condición del propio desarrollo personal queda abandonada a la interpretación".⁴⁶

Ciertamente, en estas y en otras muchas definiciones del bien jurídico conviene distinguir con sumo cuidado entre dos actitudes

metódicas que en la práctica a veces aparecen imbricadas o no bien delimitadas: una actitud externa, crítica o normativa a propósito de lo que cada cual entiende debe ser el universo de bienes jurídicos penalmente relevantes; y una actitud más dogmática o descriptiva que pretende inferir del Código penal un concepto abstracto de bien jurídico a partir de los distintos bienes que es posible percibir -en ocasiones, no sin dificultad- tras los tipos penales, todo ello con un propósito de orden sistemático y de interpretación de las distintas figuras delictivas.⁴⁷ Lógicamente, esta segunda perspectiva, más propia de la ciencia jurídico penal, obliga a un alto grado de generalidad y abstracción y, por tanto, también de imprecisión, máxime teniendo en cuenta la ampliación del Derecho penal y el adelantamiento progresivo de sus barreras protectoras.⁴⁸ Y, aunque el nuestro quiere ser un enfoque externo o normativo, conviene prestar alguna atención a estos fenómenos de "huida hacia el Derecho penal" que estimulan una redefinición del concepto de bien jurídico en términos bastante más amplios que los pensados por la Ilustración y que básicamente se reducen a la protección de los derechos naturales de carácter individual: la vida, la libertad y la propiedad en el conocido esquema de Locke.⁴⁹

⁴⁷ La primera de las perspectivas indicadas también podría llamarse ilustrada o político criminal, mientras que la segunda pretende ser inmanente al propio sistema jurídico. Sin embargo, hoy quiere abrirse paso una tercera perspectiva que pretende combinar las dos anteriores mediante el desarrollo de un crítica interna que toma como parámetro las prescripciones que presuntamente se deducen de una Constitución dotada de un denso contenido material. Sobre ello volveremos más adelante.

⁴⁸ Como observa W. Hassemer, «la teoría del bien jurídico enfrenta desde su inicio la alternativa entre un concepto de bien jurídico vago, pero cercano a la realidad, o un concepto preciso que no se adecua al derecho penal real», «Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico», trad. de P.S. Ziffer, *Doctrina Penal*, 1989, p. 280.

⁴⁹ El Estado "es una sociedad de hombres instituida con la única mira del establecimiento, conservación y desenvolvimiento de sus intereses civiles. Llamo intereses civiles, la vida, la libertad, la salud del cuerpo, la posesión de las cosas exteriores, tales como son el dinero, las tierras...", J. Locke, "Carta sobre la Tolerancia", en *Escritos sobre la tolerancia*, cit., p. 112.

⁴⁵ Tomo estas definiciones de H. Hormazábal, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, P.P.U., 1991; y H.J. Hirsch, «Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico», en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Madrid, U.N.E.D., 2001, p. 371.

⁴⁶ En H. Hormazábal, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, cit., p. 125.

Desde un punto de vista empírico, parece un hecho la progresiva ampliación de las fronteras del Derecho penal, y el último Código español representa un palmario ejemplo, que incluso en su Exposición de Motivos, tras la invocación más bien retórica del principio de intervención mínima, apela, esta vez de forma más consecuente en su articulado, a "las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja".⁵⁰ Los síntomas parecen ser variados: la aparición de intereses colectivos antes minusvalorados, bien por una abundancia que ahora se ha tornado escasez, como el medio ambiente, bien por un cambio en la comprensión social de su importancia, como el patrimonio histórico; la percepción de nuevos espacios de riesgo como consecuencia del desarrollo tecnológico o de las nuevas formas de producción y consumo, que ha convertido en un "problema penal" cuestiones como la informática, el ciberespacio, la biología o la genética; la creciente complejidad de las relaciones económicas y sociales con una sobreabundancia de deberes positivos que, a su vez, pretenden garantizarse mediante tipos de omisión; todo ello sin contar las cíclicas demandas de "mayor seguridad" (penal) que se renuevan y acentúan al hilo de fenómenos como la inmigración, la delincuencia callejera, la droga, el terrorismo y el crimen organizado, los malos tratos en el seno del hogar, etc., demandas que unas veces pueden querer traducirse en la acuñación de nuevos tipos y, más frecuentemente, en modificaciones sustantivas o procesales de signo antigarantista.⁵¹

⁵⁰ R. Sáez Varcárcel habla expresivamente de "El nuevo Código: maximalismo penal", *Jueces para la Democracia*, 26, julio 1996, pp. 3 y ss; mientras que E. Gimbernat denuncia la "metastática ampliación del catálogo punitivo con nuevos delitos", *Jueces para la Democracia*, 36, noviembre 1999, p. 19.

⁵¹ Vid. sobre las cuestiones aquí enunciadas y sobre otras que también explicarían el incremento de la intervención penal J.M. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2 ed., Madrid, Civitas, 2001, con quien, sin embargo, no puedo compartir todo su diagnóstico. A juicio de Silva, el incremento de la sensación de inseguridad obedece, entre otras causas, al "vértigo de relativismo" de una sociedad "en la que se constata la ausencia de referencias de 'auctoritas' o de principios generalizables", con la consecuencia de que "si todo es igualmente verdadero, entonces acaba

Ciertamente, esta expansión del Derecho penal presenta consecuencias recusables desde la perspectiva, no ya del modelo "mínimo", sino de cualquier modelo "intermedio"; consecuencias que se cifran en el incremento de los tipos de peligro abstracto y de comisión por omisión, en el recurso simbólico a la intervención penal, en un adelantamiento de las barreras protectoras, en la ampliación de las formas de imputación, en la agravación de las penas y, por supuesto, en una proliferación de bienes jurídicos o de conductas atentatorias a los mismos. Aunque a título meramente orientativo, estos son algunos de los tipos objeto de crítica: la ocupación de viviendas (art. 245,2) o el ya derogado de incumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria, la minuciosa regulación de los atentados a la flora y fauna (arts. 332 y ss.), la utilización indebida de la denominación de origen como delito contra la propiedad industrial (art. 275), la obstaculización de la acción inspectora sobre sociedades mercantiles (art. 294), la negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia (art. 380) y, en general, la desobediencia a la autoridad (art. 580), el intrusismo (art. 403), la no suscripción del seguro de responsabilidad

imponiéndose la fuerza como el argumento más poderoso" (p. 34). Históricamente, más bien parece haber ocurrido lo contrario: allí donde la verdad, generalmente revelada, quiso impregnar a cada paso la acción y el pensamiento humanos, terminó triunfando un Derecho penal máximo empeñado en curar a través de la cirugía las múltiples enfermedades morales nacidas del error. En otras palabras, no creo que exista duda en que ha corrido mucha más sangre (legal e ilegalmente) bajo los estandartes de cualquiera de los innumerables poseedores de la verdad que bajo las dudas de todos los relativistas unidos. Una sociedad que "carece de consenso sobre valores positivos" (p. 41) no tiene por qué representar un estímulo a la expansión del Derecho penal, al menos mientras se mantenga ese consenso en torno a la convivencia de valores plurales. Ese es, me parece, uno de los más fecundos mensajes de la Ilustración: la coexistencia de credos, ideologías y concepciones de la virtud, algo que sólo resulta viable «confiscando» a todos ellos la facultad de transformar en delitos su habitualmente amplio catálogo de pecados. La separación entre Derecho y moral, siempre mucho más cercana al relativismo que a cualquier consenso (real o presunto) en torno a la *auctoritas* es así seguramente la primera condición de un Derecho penal mínimo.

civil cuando éste es obligatorio (art. 636), etc.⁵² Sin embargo, más allá de unos u otros casos particulares, lo que se advierte es un cambio en la función del Derecho penal, que ya no se limita a reprimir las injerencias en el derecho ajeno o los atentados a bienes jurídicos tangibles, sino que se extiende a la imposición de un deber de cuidado en el uso de la propia libertad; de ahí que se haya podido hablar del delito de omisión imprudente como "nuevo paradigma del concepto de delito: ya no es la mera omisión de injerirse en esferas ajenas de libertad lo que libera al ciudadano del Derecho penal, sino sólo el actuar positivo, que se ocupa de cumplir correctamente el propio deber de organizarse para un comportamiento minimizador del riesgo".⁵³

Ahora bien, en estos fenómenos que manifiestan la expansión del Derecho penal, ¿falta realmente el bien jurídico?. Si adoptamos una perspectiva interna o dogmática, la respuesta ha de ser seguramente negativa, pues el bien jurídico se reconstruye a la vista de prácticamente cualquier tipo y, en último término, puede apelar a la finalidad de aseguramiento de la obligatoriedad de la norma.⁵⁴ Si preferimos, como aquí se ha hecho, el punto de vista externo o normativo, el asunto queda librado a un debate de política jurídica a propósito de cada previsión legal, guiado en su caso por el juicio de ponderación ya comentado. Sin embargo, es posible emprender un tercer camino bastante atractivo en principio, dado que combina el respeto al Derecho positivo de la primera opción con el enfoque crítico de la segunda, y consiste básicamente en suponer que cada sistema jurídico nos proporciona el

⁵² Tomo muchos de estos ejemplos de J.C. Carbonell Mateu, "Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad"; y de M. García Arán, "Constitución y Derecho penal, veinte años después", ambos en el *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, dirigido por L. Arroyo e I. Berdugo, vol. I, Cuenca, Ed. de las Universidades de Castilla-La Mancha y Salamanca, 2001, pp. 129 y ss. y 285 y ss., respectivamente.

⁵³ K. Günther, "De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un cambio de paradigma en el Derecho penal?", trad. de J.M. Silva Sánchez, en *La insostenible situación del Derecho penal*, cit., p. 504.

⁵⁴ Pues, como dice Silva, "una vez creado un precepto penal, en general ha costado poco definir cuál es el bien jurídico protegido", *La expansión del Derecho penal*, cit., p. 114, nota 276.

catálogo de bienes jurídicos acreedores de protección penal. En el marco de un Estado constitucional como el español una solución muy socorrida es acudir a los valores constitucionales: de un lado, tal opción entronca con una doctrina bastante extendida que tiende a identificar de ese modo los bienes jurídico penales;⁵⁵ de otro, parece muy comprensible que, teniendo en cuenta el origen contractualista del constitucionalismo, acudamos a la Constitución para determinar qué tipo de cosas son verdaderamente importantes, tanto que su configuración jurídica básica pretende ponerse a salvo de la discrecionalidad política del legislador. De algún modo, pues, sería la Constitución el documento que nos indicase qué es o no es digno de protección, conjugando así la perspectiva ilustrada o político criminal, dado que la Constitución opera como un límite al legislador, y la dogmática o inmanentista, dado que la Constitución forma parte del Derecho positivo.⁵⁶

⁵⁵ Doctrina que ha tenido particular predicamento en Italia, y luego también en España, sobre todo a partir del trabajo de F. Bricola, "Teoria generale del reato", en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, Utet, 1973, XIX, pp. 7 y ss. Vid. H. Hormazábal, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, cit., pp. 121 y ss; también F. Palazzo, "Valori costituzionali e Diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)", en *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, a cura de A. Pizzorusso y V. Varano, vol. I, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 529 y ss. En esta línea, y entre otros muchos, J.C. Carbonell: "detrás de cada precepto penal debe haber un valor con relevancia constitucional", *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 35; tesis ésta que incluso fue acogida expresamente por el Proyecto de Código Penal de 1992, cuya Exposición de Motivos declaraba que «no hay ni un solo delito en el que no sea dable apreciar la vinculación con un valor constitucionalmente declarado».

⁵⁶ Sobre esta doble función llama la atención H. J. Rudolph, quien encuentra en la cláusula constitucional del Estado de Derecho el modo de conciliación de los dos conceptos de bien jurídico: el concepto que he llamado inmanentista "es un concepto jurídico positivo, pero vacío y puramente formal, el liberal aparece como un concepto material, con contenido, pero como previo al derecho positivo". La unión de ambos a través de la Constitución da lugar a un concepto nuevo que ha de representar tanto «un hito material para la interpretación de las normas penales positivas, como obligatorio para la sanción de nuevos tipos penales», "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico"(1970), trad. de E. Bacigalupo, *Nuevo Pensamiento Penal*, 1975, p. 337.

No obstante, desde la perspectiva del constitucionalismo, la existencia de un valor con esa relevancia constitucional puede desempeñar funciones diferentes y acaso contradictorias en relación con el bien jurídico, de expansión o de restricción; pues la Constitución puede ser vista como una razón suficiente y necesaria para el reproche penal, de manera que todo su contenido prescriptivo susceptible de garantía punitiva debería efectivamente gozar de la misma; o como una razón sólo necesaria, en el sentido de que toda prohibición penal ha de responder en último término a la exigencia de tutela de un valor constitucional. La primera opción bien pudiera coadyuvar a la ampliación del Derecho penal, por cuanto invitaría a castigar cualquier género de conducta atentatoria o quizás sólo disonante con la Constitución, convirtiendo a aquél en un mero instrumento al servicio de la consecución de los fines, de todos los fines constitucionales, que en verdad no son pocos en el actual contexto de Constituciones dotadas de un denso contenido material; mientras que la segunda parece tener el efecto contrario, dado que vendría a sumar una exigencia más de legitimidad en la norma penal, al requerir como condición necesaria, pero no suficiente, la existencia de un bien jurídico de naturaleza constitucional.

La primera versión de la tesis constitucionalista, aquella que pretende orientar la política legislativa mediante la determinación de la esfera que debe ser protegida, tropieza con una primera y no pequeña dificultad, y es que no parece que de la Constitución se deduzca un catálogo de concretos bienes penalmente relevantes. De entrada, se advierte lo que pudiéramos llamar un exuberante horizonte de valores en la Constitución, muchos además de carácter positivo o que se deberían traducir en deberes positivos y, por consiguiente, en tipos omisivos; y, por si fueran pocos los valores explícitos o el constituyente hubiese olvidado alguno, el artículo 1,1 propugna el "valor superior" de la justicia, que viene a ser algo así como el cierre axiológico del sistema. Para decirlo en pocas palabras, el modelo constitucional parece postular un "Estado máximo" en el que muy pocas cosas pueden resultar indiferentes a la acción de los poderes públicos, desde la protección de

los grandes y tradicionales bienes jurídicos a la garantía y promoción de otros que hoy se perciben asimismo como importantes,⁵⁷ pasando por la llamada eficacia horizontal de los derechos fundamentales, que pretende oponer la vigencia de éstos a la antaño sacrosanta autonomía de la voluntad; un Estado máximo que, en definitiva, si se pretendiera convertir sin más en objeto de la intervención punitiva, resultaría difícilmente armonizable con el postulado Derecho penal mínimo. Suponer que todo aquello que en la Constitución se propone como valioso ha de gozar de protección penal me parece exigir demasiado y convertiría a esa protección en un instrumento "obligado" de la política legislativa,⁵⁸ con lo cual la idea del bien jurídico, en lugar de desempeñar una función limitadora del Derecho penal, se convertiría en una invitación permanente a la incriminación; algo a lo que, por cierto, conduce la llamada tesis de la "prohibición de infraprotección", desarrollada por la jurisprudencia alemana a propósito del aborto, como un deber de penalización que presuntamente recaería sobre el legislador.⁵⁹ Si bien, desde otra perspectiva, sería también pedir demasiado poco, pues no se requiere un extraordinario esfuerzo hermenéutico para conectar cualquier prohibición penal con algún valor, principio, derecho o directriz.⁶⁰

⁵⁷ Pensemos en el correcto funcionamiento del mercado, en la protección del consumidor, en los servicios de educación, sanidad o vivienda, en el medio ambiente o el patrimonio histórico, en la tutela frente todo tipo de riesgos o infortunios, etc.

⁵⁸ Vid. D. Pulitanò, "Obblighi costituzionali di tutela penale?", *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1983, 2, pp. 484 y ss.

⁵⁹ Vid. críticamente G. Staechelin, "¿Es compatible la 'prohibición de infraprotección' con una concepción liberal del Derecho penal?", trad. de D. Felip i Saborit, en *La insostenible situación del Derecho penal*, cit., pp. 289 y ss.

⁶⁰ Por eso, la perspectiva constitucional proporciona en el fondo una ayuda limitada. Por ejemplo, H.J. Rudolphi escribe asumiendo esa perspectiva: "Una norma penal se justifica, entonces, cuando ella es necesaria para la protección y seguridad de las condiciones de vida de una sociedad estructurada sobre la base de la libertad de las personas y al mismo tiempo es entendida por todos como razonable", "Los diferentes aspectos del

Por otra parte, parece evidente que falta en la Constitución una toma de postura acerca de cuándo procede la intervención penal y, en este sentido, las referencias de los artículos 45 y 46 a propósito de la protección del medio ambiente y del patrimonio histórico vienen a enturbiar más que a aclarar la cuestión. Al margen de las críticas que merezcan estas referencias penales de la Constitución,⁶¹ tal vez pudiera pensarse que sirven para una interpretación sistemática del "orden de valores" penalmente relevantes. Y es que, dado que la Constitución no brinda protección penal expresa a la vida, la libertad, etc., y dado también que sería absurdo considerar que en los citados artículos 45 y 46 haya querido trazarse el límite máximo o "por arriba" de la protección penal, de forma que serían el medio ambiente y el patrimonio los más importantes valores a tutelar, sólo queda entender que lo que se ha establecido es el límite mínimo, esto es, el límite por debajo del cual no procede tipificación alguna. En otras palabras, que el Derecho penal no sería desde esta óptica el instrumento idóneo para garantizar nada menos importante que los comentados valores artísticos y ambientales. Pero esta interpretación, además de forzada, tropieza a mi juicio con un obstáculo más serio, que es la imposibilidad de establecer una jerarquía de valores, de principios o derechos interna a la propia Constitución. En abstracto, no es posible decir que la vida sea superior a la libertad, o que ésta lo sea a la protección del patrimonio histórico artístico;⁶² por tanto, en abstracto, no hay razón

concepto de bien jurídico», cit., p.339. Sin embargo, con ello sigue siendo discutible cuándo un concreto precepto penal puede quedar enlazado de algún modo con «la libertad de las personas» y con lo que todos consideran «razonable».

⁶¹ Vid., entre las primeras, las atinadas consideraciones de A.E. Pérez Luño en los *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española*, dirigidos por O. Alzaga, tomo IV, Madrid, Editorial de Derecho Privado, 1984, pp. 273 y ss. y 305 y ss.

⁶² Vid. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 152 y ss. He tratado el tema en «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», en *Derechos y Libertades*, nº8, 2000, pp. 429 y ss.

para sostener que algunos valores deban, y otros no, ser acreedores a la tutela penal. Además, la Constitución no resuelve -ni es su misión hacerlo- un problema central de la incriminación, que es el tipo o grado de afectación del bien jurídico, pues muchas veces el problema no reside en determinar si un bien es más o menos importante, sino en valorar si un cierto comportamiento constituye una lesión relevante para el mismo.

Así las cosas, no creo que la Constitución represente una ayuda decisiva para la dilucidación del problema del bien jurídico. Más o menos, estamos donde estábamos: ni en abstracto, ni con el auxilio constitucional, podemos enunciar de forma mínimamente precisa cuáles han de ser los bienes jurídicos que *deben* quedar comprendidos en la esfera penal, ni qué conductas atentatorias a los mismos *deben* asimismo ser objeto de tipificación. Y ello no ocurre por ningún relativismo histórico o ético, es decir, no ocurre porque constatemos que el Derecho positivo tutela o ha tutelado los más heterogéneos bienes o valores, ni tampoco porque nos sintamos incapaces de alcanzar un acuerdo intersubjetivo acerca de cuáles son. Ocurre muy principalmente porque no existen bienes de exclusiva incumbencia penal, sino bienes jurídicos en general, definidos por la Constitución, por el legislador, por la opinión pública o incluso por una moral crítica esclarecida -no necesariamente coincidentes, claro está- que reclaman tutela, protección y hasta promoción positiva. Pero decidir que esa tutela haya de ser precisamente penal no depende en realidad del bien jurídico,⁶³ sino precisamente del juicio de ponderación que ya conocemos: que la pena prevista sea medio idóneo para proteger el bien de que se trate frente

⁶³ Como dice Hirsch, "de ninguno de los intereses de la comunidad se puede deducir que él reclame o deje de reclamar alguna clase de protección penal", "Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico", cit., p. 375. También advierte Mir Puig que "no todo bien jurídico requiere tutela penal, no todo *bien jurídico* ha de convertirse en un *bien jurídico penal*", "Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del *ius puniendi*", en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV, Universidad de Santiago de Compostela, 1991, p. 205; ahora en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 159 (resaltado en el original).

a una cierta conducta lesiva, que esta última presente una ofensividad concreta y relevante, que no exista forma menos gravosa de lograrlo, por ejemplo mediante sanciones administrativas o incluso medidas no punitivas, que la reacción y el mal que produce sea proporcional al bien que persigue, etc.;⁶⁴ así, la estética de los parques públicos y su conservación representa sin lugar a dudas un bien jurídico y, por eso, si castigar con penas de cárcel la acción de arrancar flores nos parece recusable no es por falta de bien jurídico, sino en virtud del juicio de ponderación. Lo que nos permite llegar a una conclusión: la ausencia de todo bien jurídico o de un daño efectivo sobre el mismo deslegitima la existencia de una obligación penal, pero su presencia aún no nos dice nada concluyente en favor de su tipificación, ni de las condiciones de la misma.

Por tanto, que no estemos en condiciones de establecer exhaustivamente un catálogo de bienes jurídicos dignos de protección penal y que hayamos de confiar la tarea al juicio de ponderación, no significa, claro está, que no pueda postularse la deslegitimación de ciertos tipos penales en cuanto que carentes en absoluto de bien jurídico o de un comportamiento efectivamente lesivo, pues, al fin y al cabo, la

⁶⁴ Por eso, me parece atendible la sugerencia de Hirsch de que el verdadero punto de partida reside en la pena, en la clase y cuantía de la pena, más que en el concepto de bien jurídico, "Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico", citado, p.378. De ahí también que haya podido proponerse un Derecho penal de dos velocidades: frente a las penas privativas de libertad, máximas garantías, en la línea del "buen y viejo Derecho penal liberal"; frente a otras reacciones menos vigorosas, posibilidad de flexibilizar las reglas procesales, de imputación, etc. En otras palabras, los rasgos antigarantistas que caracterizan la ya comentada expansión del Derecho penal sólo resultarían aceptables a cambio de eliminar en su esfera el recurso a la prisión. Sobre el Derecho penal de dos velocidades vid. J.M. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, cit., pp. 149 y ss. La cuestión parece dudosa, pues también cabría defender que ese Derecho penal de segundo grado debería en realidad integrarse en el Derecho administrativo sancionador, dotado eso sí de las adecuadas garantías. Mucho más discutible es, en cambio, la "tercera velocidad del Derecho penal", que también sugiere, no sin cautelas, el autor últimamente citado (pp. 163 y ss.) y que viene a representar una mezcla de máximo rigor con mínimas garantías destinada a regir el "Derecho penal del enemigo", una expresión importada que por sí sola produce escalofríos.

primera tarea de la ponderación consiste en identificar un bien en cuyo nombre resulte justificado recurrir al mal de la pena; la mera infracción de la norma, su desobediencia, no puede ser el fundamento del reproche, pues como parece obvio la norma no puede ser justificación de sí misma, sino que es preciso, como mínimo, identificar un fin externo al mandato. Por eso, como ya advertimos, la función más relevante del bien jurídico es de naturaleza negativa, al indicarnos qué no debe ser objeto de tipificación penal. Y aunque la respuesta depende de la filosofía moral y política que se adopte y, en definitiva, de las distintas concepciones del bien, creo que aquí la Constitución sí puede suministrar alguna orientación.⁶⁵ El pluralismo político, y por extensión ideológico, como valor superior (art. 1,1), el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político (art. 10,1), la libertad ideológica y religiosa "sin más limitación en sus manifestaciones que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley" (art.16,1), la igualdad con expresa prohibición de discriminaciones por razón de raza, sexo, religión, opinión...(art. 14), la conexión de los castigos con acciones u omisiones (no, por ejemplo, con pensamientos o rasgos de la personalidad) (art. 25,1), la democracia política, etc; son todas previsiones que diseñan un sistema jurídico liberal y tolerante en el que las meras opciones morales, religiosas o, en general, culturales, no pueden ser objeto ni de especial tutela ni de reproche penal. Es verdad que con ello no se cierra todo posible debate acerca de si una determinada conducta lesiva de algún ideal ético resulta además dañosa para otro bien jurídico,⁶⁶ pero cuando menos permite excluir los comportamientos que *claramente* se mueven en el campo de la moralidad y, en todo caso, hace recaer la carga de la argumentación sobre quien sostenga la presencia de ese otro bien digno de protección;

⁶⁵ Como indica M. Donini, la virtualidad de la Constitución en relación con el bien jurídico no es tanto *positiva* o de exigencia de incriminación, cuanto *negativa* o de exclusión de ciertas finalidades o valores del elenco de bienes penalmente tutelables, *Teoría del reato. Una introduzione*, Padova, CEDAM, 1996, p. 120. Vid. también W. Hassemer, "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", cit., p. 278.

⁶⁶ Llama la atención sobre este aspecto S. Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho penal*, cit., pp. 133 y ss.

en suma, "las puras inmoralidades quedan fuera del objeto de las amenazas penales".⁶⁷

Pero, la presencia de un bien jurídico representa sólo la primera condición; además es preciso que la conducta objeto del reproche cause una efectiva lesión o daño sobre el mismo. También esto puede ser objeto de medida, pues no parece que toda lesión haya de merecer sin más el recurso al Derecho penal; y si éste no quiere convertirse en una especie de Derecho Administrativo reforzado, seguramente debería circunscribir su esfera a las conductas que impliquen una ofensa concreta, imputable también a individuos concretos. Con todo, y aunque no es posible determinar *a priori* o en abstracto cuál es el umbral a partir de cuya afectación entra o debe entrar en juego la pena, parece que desde una óptica liberal que haga suya la separación ilustrada entre Derecho y moral deben excluirse, como mínimo, aquellos tipos que no protegen derechos o intereses tangibles de terceras personas, más concretamente que parecen haberse establecido sólo en aras de la *salud moral* del propio sujeto infractor. El recuerdo de J.S. Mill parece inexcusable: "la única razón legítima para usar de la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros; pero el bien de ese individuo, sea físico, sea moral, no es razón suficiente... Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su espíritu, el individuo es soberano".⁶⁸ Por tanto, parece que la ausencia de bien jurídico debe conducir a la destipificación de los llamados delitos sin víctima, que reprimen únicamente un más o menos claro vicio moral: prostitución, homosexualidad u otras prácticas sexuales "heterodoxas", suicidio y eutanasia consentida, consumo de alcohol u otras drogas, mendicidad, algunas formas de escándalo público, etc.⁶⁹

⁶⁷ H.J. Rudolphi, «Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico», cit., p. 341.

⁶⁸ J.S. Mill, *Sobre la libertad* (1859), trad. de J. Sainz Pulido, Orbis, 1985, p. 32. Una posición semejante en H.L.A. Hart, *The Morality of Criminal Law*, Oxford University Press, 1965.

⁶⁹ Vid. E. Lamo de Espinosa y J. Carabaña, "Vicios privados y virtudes públicas. Consideraciones sobre ética, marginación social y Derecho penal", *Sistema*, No. 53, 1983, pp. 3 y ss.

Pero, a mi juicio, más allá de esto, el problema del bien jurídico se disuelve en el juicio de proporcionalidad. La pregunta es, pues, si la respuesta penal y cuánta respuesta penal está justificada para sancionar una conducta que se juzga en alguna medida lesiva para un determinado bien jurídico. Ahora la cuestión se relativiza: el bien jurídico deja de tener un valor absoluto porque su peso definitivo depende del peso relativo de otras circunstancias. Depende, como hemos dicho, de la ofensividad o grado de lesión producido por la conducta, de la idoneidad o eficacia de la pena, es decir, del tipo y grado de pena en orden a conjurar la amenaza sobre el bien jurídico, de la existencia de otros medios alternativos y menos gravosos y, en suma, de la proporcionalidad entre la reacción penal y el daño producido.⁷⁰ Si bien se mira, esta exigencia de ponderación viene a recoger los tradicionales límites materiales del Derecho penal. Aunque la literatura penalista no parece del todo uniforme en el uso de estos conceptos, creo que en conjunto vienen a expresar hoy una demanda de restricción o limitación de los instrumentos punitivos: que no todos los deberes jurídicos han de asegurarse mediante penas, en especial privativas de libertad, que no todas las ofensas o infracciones a tales deberes encuentran su remedio más adecuado en el uso de la fuerza estatal, en definitiva, que el Derecho penal no sólo "no está para todo y para cualquier cosa" que pueda imaginar la política jurídica, sino que

⁷⁰ ¿Depende también de la importancia intrínseca del bien jurídico?. Ya hemos indicado que, a nuestro juicio, todos los bienes con fundamento constitucional ostentan en principio un mismo valor o, dicho de otro modo, que no resulta viable trazar una jerarquía entre los mismos en el plano abstracto; con todo, en la conciencia social y en la tradición cultural muy probablemente existen bienes jurídicos más susceptibles que otros de obtener tutela penal, como la vida, la libertad o la propiedad; o, como dice Mir, «sólo las prohibiciones y mandatos fundamentales de la vida social merecen adoptar el carácter de normas penales», «Bien jurídico y bien jurídico penal como límite del *ius puniendi*», cit., p. 209. Insisto, sin embargo, en que la respuesta a la pregunta acerca de si se ha producido un exceso penal, es decir, un recurso injustificado al mal de la pena, depende de una valoración de conjunto de las circunstancias indicadas, a lo que llamamos juicio de ponderación.

además ha de ser "el último en llegar", aquel cuya intervención sólo es legítima cuando se acredita la insuficiencia de otros medios menos gravosos.

4. ¿Representa una exigencia constitucional el juicio de ponderación?

La virtud principal de la teoría constitucional del bien jurídico es que permite y estimula la transformación del discurso ético y político externo en un discurso jurídico interno, dado que la consecuencia inmediata de toda constitucionalización es el surgimiento de una obligación de respeto por parte de todos los poderes públicos y, en especial aquí, por parte del legislador. El problema es que, como hemos tratado de explicar, la Constitución no nos proporciona un catálogo cerrado de bienes jurídico penales, ni tampoco impone en relación con ninguno de ellos un mandato concreto de criminalización. La cuestión entonces consiste en determinar si, al menos, de la Constitución se deduce un deber de ponderación en los términos que han sido explicados; un deber cuya infracción por parte del legislador habría de dar lugar, lógicamente, a una sanción por parte del Tribunal Constitucional. Formulado de otra manera, ¿es completamente libre el legislador a la hora de seleccionar los bienes jurídico penales, de diseñar las formas de imputación, de establecer las penas y, definitiva, de configurar el tipo en todos sus aspectos?; o, por el contrario, ¿hay elementos en la Constitución que limitan esa libertad?. La respuesta creo que depende de cómo despejemos, a su vez, otras dos incógnitas: primero, si el juicio de ponderación representa en determinados casos una carga argumentativa que pesa sobre la actividad de los poderes públicos y, en concreto, sobre el legislador y que permite su control por la justicia constitucional; y, segundo, si la legislación penal representa uno de esos casos.

Por lo que se refiere al primer aspecto, la respuesta parece que ha de ser afirmativa. Aunque la Constitución no lo dice de modo expreso, lo cierto es que desde su más temprana jurisprudencia el Tribunal

Constitucional manifestó que cualquier decisión o norma que afectase o limitase derechos fundamentales habría de reunir dos condiciones: respetar su contenido esencial, tal y como expresa el art. 53,1, y acreditar una adecuada justificación; justificación que ha terminado plasmándose en el juicio de ponderación o proporcionalidad, que, a su vez, se descompone en cuatro elementos que en sustancia ya conocemos: primero, un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de los derechos, pues si no existe tal fin y la actuación legal es gratuita, o si resulta ilegítimo desde una perspectiva constitucional, entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de la comparación. Segundo, la adecuación o idoneidad de la medida adoptada en orden a la protección o consecución de dicho fin, esto es, la ley o medida restrictiva ha de mostrarse consistente con el bien o con la finalidad en cuya virtud se establece. Tercero, la necesidad de la intervención o, lo que es lo mismo, del sacrificio o afectación del derecho que resulta limitado, mostrando que no existe un procedimiento menos gravoso o restrictivo. Y, finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto, que supone ponderar entre daños y beneficios, es decir, acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora en orden a la protección de un bien constitucional o la consecución de un fin legítimo y los daños o lesiones que de la misma se derivan para el ejercicio del derecho; aquí es propiamente donde rige la ley de la ponderación,⁷¹ en el sentido de que cuanto mayor sea la afectación del derecho, mayor tiene que ser también la importancia de la satisfacción del bien en conflicto.⁷² Como se ve, pues, el juicio de ponderación que postulábamos para la crítica del *ius puniendi* del Estado desde una perspectiva ética, resulta ser sustancialmente idéntico al que se exige para la limitación de los derechos desde una perspectiva jurídico constitucional.

⁷¹ Vid. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 161.

⁷² He tratado el tema en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, pp. 146 y ss.; y más recientemente en "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", cit., pp. 441 y ss.

además ha de ser "el último en llegar", aquel cuya intervención sólo es legítima cuando se acredita la insuficiencia de otros medios menos gravosos.

4. ¿Representa una exigencia constitucional el juicio de ponderación?

La virtud principal de la teoría constitucional del bien jurídico es que permite y estimula la transformación del discurso ético y político externo en un discurso jurídico interno, dado que la consecuencia inmediata de toda constitucionalización es el surgimiento de una obligación de respeto por parte de todos los poderes públicos y, en especial aquí, por parte del legislador. El problema es que, como hemos tratado de explicar, la Constitución no nos proporciona un catálogo cerrado de bienes jurídico penales, ni tampoco impone en relación con ninguno de ellos un mandato concreto de criminalización. La cuestión entonces consiste en determinar si, al menos, de la Constitución se deduce un deber de ponderación en los términos que han sido explicados; un deber cuya infracción por parte del legislador habría de dar lugar, lógicamente, a una sanción por parte del Tribunal Constitucional. Formulado de otra manera, ¿es completamente libre el legislador a la hora de seleccionar los bienes jurídico penales, de diseñar las formas de imputación, de establecer las penas y, definitiva, de configurar el tipo en todos sus aspectos?; o, por el contrario, ¿hay elementos en la Constitución que limitan esa libertad?. La respuesta creo que depende de cómo despejemos, a su vez, otras dos incógnitas: primero, si el juicio de ponderación representa en determinados casos una carga argumentativa que pesa sobre la actividad de los poderes públicos y, en concreto, sobre el legislador y que permite su control por la justicia constitucional; y, segundo, si la legislación penal representa uno de esos casos.

Por lo que se refiere al primer aspecto, la respuesta parece que ha de ser afirmativa. Aunque la Constitución no lo dice de modo expreso, lo cierto es que desde su más temprana jurisprudencia el Tribunal

Constitucional manifestó que cualquier decisión o norma que afectase o limitase derechos fundamentales habría de reunir dos condiciones: respetar su contenido esencial, tal y como expresa el art. 53,1, y acreditar una adecuada justificación; justificación que ha terminado plasmándose en el juicio de ponderación o proporcionalidad, que, a su vez, se descompone en cuatro elementos que en sustancia ya conocemos: primero, un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de los derechos, pues si no existe tal fin y la actuación legal es gratuita, o si resulta ilegítimo desde una perspectiva constitucional, entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de la comparación. Segundo, la adecuación o idoneidad de la medida adoptada en orden a la protección o consecución de dicho fin, esto es, la ley o medida restrictiva ha de mostrarse consistente con el bien o con la finalidad en cuya virtud se establece. Tercero, la necesidad de la intervención o, lo que es lo mismo, del sacrificio o afectación del derecho que resulta limitado, mostrando que no existe un procedimiento menos gravoso o restrictivo. Y, finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto, que supone ponderar entre daños y beneficios, es decir, acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora en orden a la protección de un bien constitucional o la consecución de un fin legítimo y los daños o lesiones que de la misma se derivan para el ejercicio del derecho; aquí es propiamente donde rige la ley de la ponderación,⁷¹ en el sentido de que cuanto mayor sea la afectación del derecho, mayor tiene que ser también la importancia de la satisfacción del bien en conflicto.⁷² Como se ve, pues, el juicio de ponderación que postulábamos para la crítica del *ius puniendi* del Estado desde una perspectiva ética, resulta ser sustancialmente idéntico al que se exige para la limitación de los derechos desde una perspectiva jurídico constitucional.

⁷¹ Vid. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 161.

⁷² He tratado el tema en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, pp. 146 y ss.; y más recientemente en "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", cit., pp. 441 y ss.

Por tanto, despejada la primera incógnita, tan sólo queda preguntarse si las normas penales se inscriben en el ámbito de los derechos fundamentales cuya afectación reclama el ejercicio de la ponderación. Y también ahora la respuesta ha de ser afirmativa, incluso más enfáticamente afirmativa, al menos si hemos de creer al Tribunal Constitucional, pues éste no sólo ha declarado que las penas afectan a derechos fundamentales, lo que es obvio siquiera sea en las privativas de libertad, sino que a su juicio toda norma penal constituye un desarrollo de los derechos, en el sentido del art. 81,1,⁷³ con el lógico resultado de que hoy todo el Código penal se aprueba mediante ley orgánica.⁷⁴ Ciertamente, este pronunciamiento del Tribunal Constitucional nada tenía que ver con la eventual limitación del legislador penal a través del principio de proporcionalidad, sino con el problema del rango, ordinario u orgánico, que habían de adoptar las normas penales. Pero, cualquiera que fuese su propósito, el empeño del Tribunal por "organizar" la materia penal sólo podía apoyarse en un argumento que nos resulta ahora de suma utilidad, aunque entonces tal vez pasara inadvertido, y es que, de un modo u otro, las penas afectan o desarrollan derechos fundamentales. En otras palabras, si las normas penales han de ser leyes orgánicas porque desarrollan derechos fundamentales,⁷⁵ entonces habrán de respetar las condiciones establecidas por la Constitución para la regulación de tales derechos. Y, si esto es así, parece claro que la exigencia de justificación a través de la ponderación es una carga que pesa sobre el legislador penal y

⁷³ STC 140/1986, de 11 de noviembre, que declaró la inconstitucionalidad de un precepto penal de la Ley de Control de Cambios al no haber sido aprobado con el carácter de orgánico.

⁷⁴ Aunque en virtud de la Disposición final sexta los preceptos relativos a la responsabilidad civil tendrán el carácter de ley ordinaria.

⁷⁵ Aunque esta tesis me parece sumamente discutible ya que las normas penales afectan, limitan o garantizan derechos fundamentales, pero en puridad no los desarrollan, como parece requerir el art. 81,1. Vid. sobre el particular la acertada exposición y crítica de C. Lamarca, "Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 20, 1987, en especial pp. 118 y ss.

que permite, por tanto, el ejercicio de un control de constitucionalidad. El discurso ético externo sobre la justicia o legitimidad se habría transformado en un discurso jurídico interno sobre la validez.⁷⁶

Pero, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, esta última sería una conclusión a todas luces apresurada. Aunque el juicio de ponderación o razonabilidad no ha dejado de tener algunas proyecciones importantes en el control sobre las leyes, en materia específicamente penal parece haberse observado un tesis latente pero que pocos han formulado de modo expreso y que puede resumirse en la siguiente afirmación: no hay ninguna duda sobre la pertinencia de la proporcionalidad en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, pero debe reducirse al mínimo o sencillamente excluirse en el enjuiciamiento de la ley.⁷⁷ El motivo es sencillo y encierra uno de los dilemas del Estado constitucional de Derecho: el principio de separación de poderes, la soberanía política del Parlamento y la regla de las mayorías no pueden quedar en entredicho por un género de interpretación abiertamente valorativa, prospectiva y de oportunidad como la que está implicada en el juicio de ponderación. Revisar las decisiones del legislador acerca de qué bienes jurídicos merecen tutela penal y de cómo y con qué alcance la merecen supondría algo así como yugular la democracia política en el altar de un cuerpo elitista como son los jueces. Claro está que, llevada a sus últimas consecuencias, esta tesis podría conducir a un espacio exento, a una laguna de constitucionalidad, ya que, respetando otros preceptos constitucionales y, en particular, el "contenido esencial" de los derechos y el principio de igualdad, el legislador quedaría libre de toda atadura. Por

⁷⁶ Lo que no debe causar sorpresa, pues uno de los rasgos del constitucionalismo de principios consiste en transformar los problemas éticos de justicia en problemas jurídicos de validez. Me remito a mi *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, en especial, p. 17. Obsérvese, no obstante, que lo que se "importan" aquí no son preceptos objetivos de un presunto Derecho suprapositivo, sino más bien la exigencia de justificación presente en el juicio de ponderación.

⁷⁷ J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 77 y 80.

tanto, ¿qué hacer ante la "hipótesis de la arbitrariedad patente, de la desproporción aberrante entre la conducta típica y la pena que priva, parcial o temporalmente, de bienes que forman parte del contenido de un derecho fundamental?. Principios de orden sustantivo no parecen precisamente faltar, en nuestra Constitución, para censurar lo que pudiera percibirse como tal demasía (proclamación del valor 'justicia' en el art. 1,1; interdicción de la arbitrariedad en el art. 9,3, etc)".⁷⁸

Esta conclusión, que pudiera resumirse en el aforismo de que en materia penal "ponderación poca y muy deferente hacia el legislador", es básicamente la acogida por el Tribunal. Tal vez el pronunciamiento más explícito haya sido el de la Sentencia 55/1996, de 28 de marzo, a propósito del delito de negativa al cumplimiento de la prestación social sustitutoria, ya desaparecidos tanto aquél como ésta. El punto de partida es que resulta imprescindible mantener "la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con que intenta conseguirlo". Para seleccionar los bienes jurídicos y las conductas atentatorias contra los mismos, el legislador cuenta, pues, con un "amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática"; amplio margen que se torna "plena libertad" para el diseño de la política criminal, de manera que, en suma, "la relación de proporción que debe guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad del legislador que, aunque no puede prescindir de ciertos límites constitucionales, éstos no le imponen una solución precisa y unívoca". ¿Absoluta discrecionalidad política, por tanto?. Aquí viene la segunda parte de la argumentación: al Tribunal "tampoco le es posible renunciar a todo control material sobre la pena ya que el ámbito de la legislación penal no es un ámbito exento".

⁷⁸ *Ibidem*, p. 80.

Pero, si no es un ámbito exento y no cabe reconocer en consecuencia "plena libertad", la cuestión reside en determinar cómo y con qué alcance se articula el control. Aquí el Tribunal argumenta a partir de conceptos genéricos y meras orientaciones de sentido, como por otro lado tal vez no pueda ser de otra manera. Por lo que se refiere a la existencia de bien jurídico, ha de darse por supuesta mientras no se acredite la presencia de objetivos "constitucionalmente proscritos" o "socialmente irrelevantes". En relación con la exigencia de eficacia o idoneidad de la pena en orden a combatir la conducta infractora, no se plantea cuestión alguna en el supuesto examinado, aunque quizás también se comparta la opinión de que "en pocos casos puede resultar de todo punto manifiesto y evidente que una pena de privación de libertad...o una sanción económica...sea del todo inútil para alcanzar el fin perseguido".⁷⁹ Sobre la necesidad de la reacción penal, esto es, sobre la posible existencia de medidas alternativas menos gravosas, el control "tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, ya que se ciñe a comprobar si se ha producido un sacrificio plenamente innecesario...de modo que sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento"; es más, tratándose del control sobre la ley, se "debe partir de pautas valorativas constitucionalmente indiscutibles". Y, finalmente, a propósito del

⁷⁹ J. Barnés, "El principio de proporcionalidad. Estudio introductorio", *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 1998, p. 30. Tesis que seguramente no puede compartirse desde la perspectiva garantista: ha de considerarse «injustificada toda prohibición de la que previsiblemente no se derive la eficacia intimidatoria buscada... Piénsese, por ejemplo, en el aborto, el adulterio, el concubinato, la mendicidad, la evasión de presos o la tóxico-dependencia: su prohibición es inútil en la medida en que se demuestre que está abocada a no surtir efecto, L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 473.

principio de proporcionalidad en sentido estricto, el límite de la pena es que "en ningún caso puede sobrepasar el punto de lesionar el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona". La conclusión fue que la pena de 2 años, 4 meses y un día a 6 años, prevista para el delito de negativa a cumplir la prestación social sustitutoria, resultaba plenamente constitucional.⁸⁰

Con este bagaje doctrinal, que representa una de las expresiones más restrictivas del juicio de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional ha rechazado la violación del criterio comentado en algunos supuestos que razonablemente se prestaban a una solución distinta: por ejemplo, consideró que no era desproporcionada la pena de 12 años, 4 meses y un día para un almacenista que se apropió de carne de vacuno congelada propiedad de cierta Comisaría de Abastos, y ello a pesar de que el propio juzgador solicitaba la conmutación de la pena por otra más equitativa (art. 2,2 del antiguo Código Penal); lo que equivale a decir, en un juego de palabras difícilmente inteligible, que una pena que se considera excesiva puede resultar al mismo tiempo proporcionada.⁸¹ Del mismo modo, no se ha encontrado desmesurada una pena superior a dos años de cárcel para quienes de forma reincidente pescaran cangrejos en tiempo de veda.⁸² Finalmente, el Tribunal tampoco halló motivo de reproche a la pena de 6 meses a un año de privación de libertad para sancionar la negativa a la práctica de la prueba (inculpatoria, por cierto) de alcoholemia, y ello aunque esa pena resulta superior a la prevista para el hecho mismo de conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas; algo que, como denunció un magistrado disidente, provoca un resultado paradójico: "si, después, prueba que no condujo bajo la influencia de bebidas... sufrirá una pena superior a la que le hubiera correspondido si acepta el hecho de

⁸⁰ Toda la jurisprudencia citada en los dos últimos párrafos corresponde a la STC 55/1996, de 28 de marzo.

⁸¹ STC 65/1986, de 22 de mayo.

⁸² STC 53/1994, de 24 de febrero.

conducir bajo dicha influencia, lo cual no parece ser conforme a la lógica".⁸³

Esta línea jurisprudencial, tan cautelosa en la teoría como restrictiva en la práctica, se vio truncada en la famosa Sentencia 136/1999, de 20 de julio, relativa al fallo condenatorio por colaboración con banda armada contra los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna, que habían cedido sus espacios de propaganda electoral para la emisión de un mensaje de ETA. No procede aquí comentar los distintos pronunciamientos de esta decisión,⁸⁴ a mi juicio tan acertada en el fallo como desafortunada en la argumentación, pero lo cierto es que inaugura una doctrina que de llevarse hasta sus últimas consecuencias -de lo que sospecho no hay peligro alguno- representaría la apertura de una frontera inédita en el control de constitucionalidad de la ley al expropiar una de las competencias más asentadas en la historia del Parlamento, como es el ejercicio del *ius puniendi* del Estado. En síntesis, el razonamiento es el siguiente: primero, la conducta examinada se integra sin dificultad en el tipo penal de colaboración con banda armada; segundo, dicho tipo es en principio irreprochable desde una perspectiva constitucional; tercero, no obstante, la sanción aplicada a la concreta conducta ejecutada por los responsables resulta desproporcionada; cuarto, en consecuencia, el tipo delictivo es inconstitucional sólo en el sentido de que la pena mínima prevista es demasiado severa para todas las conductas que eventualmente puedan quedar comprendidas en el mismo, y eso es lo que sucede en el caso examinado. No es, por tanto, la falta de precisión de la conducta típica -por cierto, uno de los ejemplos palmarios de la expansión del Derecho penal- lo que la hace digna de censura, sino la rigidez de la pena, es decir, la no previsión de una extensión de esta última tan amplia como resultan ser las variadas conductas encuadrables en el tipo. Lo que vendría a confirmar algo que decíamos antes, y es que el problema no es tanto el bien

⁸³ STC 161/1997, de 2 de octubre.

⁸⁴ Un estudio muy rico y pormenorizado en J.M. Bilbao Ubillos, "La excarcelación tenía un precio: el Tribunal enmienda la plana al legislador" *Revista Española de Derecho Constitucional*, 58, 2000, pp. 277 y ss.

jurídico como la pena: nadie niega que en el delito de colaboración con banda armada exista un bien jurídico, incluso pocos discutirán que algunas conductas de colaboración son en efecto merecedoras de sanción;⁸⁵ la cuestión es si cualquier comportamiento susceptible de calificarse de "colaboración" merece ser sancionado precisamente con la pena establecida en el tipo. Y esto es lo que viene a negar el Tribunal Constitucional.

Aun cuando la sentencia que venimos comentando cita de modo reiterado la anterior doctrina del Tribunal, de la que dice (o simula) no separarse -algo, por lo demás, no infrecuente en los cambios de línea jurisprudencial- creo que para cualquier observador imparcial ese cambio se produce, y eso es lo que quiero subrayar en primer lugar. Este giro jurisprudencial puede ser interpretado de muchas maneras, incluso desde la perspectiva de un contexto de descubrimiento que aquí tenemos vedado, pero sólo he de destacar un aspecto. En mi opinión, el juicio de proporcionalidad representa una pieza clave en la protección de los derechos y, por tanto, ha de serlo también en el control sobre el poder punitivo que se traduce en la privación de la libertad y que constituye por ello una de las formas de intervención pública más lesivas para esos derechos. Seguramente, el argumento ponderativo no es capaz de ofrecernos siempre y en todo caso una única respuesta correcta, aunque tampoco creo que sea un argumento vacío y absolutamente dúctil, susceptible de ser usado para defender cualquier solución a un problema práctico.⁸⁶ Es cierto, pues, que la proporcionalidad permite el desarrollo de distintas interpretaciones, sobre todo, como es lógico, cuando los casos son distintos, pero me parece que, si se lee atentamente la jurisprudencia comentada, lo que produce cierta impresión de arbitrariedad no son los razonamientos singulares en que se apela a esa proporcionalidad en cada una de las sentencias, sino la consideración conjunta de todas ellas, que denota una especie de nuevo

⁸⁵ Para todas estas cuestiones vid. C. Lamarca, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1985, pp. 248 y ss.

⁸⁶ De nuevo me remito a mi trabajo "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", ya citado.

uso alternativo del Derecho, aunque me temo que con un espíritu algo distinto al que inspiró el movimiento teórico así denominado. A lo mejor, al final, el primer imperativo kantiano sigue siendo la mejor garantía y ello tiene o debería tener una consecuencia jurídica inmediata: el respeto al precedente y, sobre todo, al autoprecedente;⁸⁷ un respeto que no impide cambiar de opinión, pero que hace recaer sobre el intérprete la carga de una especial justificación. Precisamente, lo que no ha hecho el Tribunal en la Sentencia sobre Herri Batasuna.

En apariencia, por tanto, no se ha producido un cambio en la doctrina general a propósito del control sobre el poder punitivo del Estado vía juicio de ponderación, sino sólo una aplicación diferente de esa doctrina a un caso también diferente. De ser así, de considerar conjuntamente todos las motivaciones del Tribunal, resultaría que la censurada desproporción en la pena impuesta a los dirigentes de Herri Batasuna respondería a que con esa pena se habría sobrepasado "el punto de lesionar el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona",⁸⁸ algo que no habría ocurrido ni con el malversador de caudales públicos, ni con los pescadores de cangrejos.⁸⁹ Pero esto es sólo en apariencia. La verdad es que, al menos, hay un aspecto de la nueva doctrina que se aparta de la anterior o, más exactamente, que viene a hacer explícito un aspecto muy presente en el juicio ponderativo, que el Tribunal había reconocido en ocasiones, pero que había negado en otras. Me refiero a la relación que se establece

⁸⁷ Vid. M. Gascón, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993.

⁸⁸ Fragmento ya citado de la STC 55/1996.

⁸⁹ Naturalmente, no es esa la explicación que ofrece la STC 136/1999. A juicio del Tribunal, el reproche de falta de proporcionalidad de la pena reside en que «la aplicación de un precepto que contempla una pena mínima de 6 años y un día produce un claro efecto disuasorio del ejercicio de las libertades de expresión, comunicación y participación en la actividad pública». La idea sería, pues, que un aparato penal tan riguroso podría desanimar a los ciudadanos de un uso lícito de su libertad ante el temor a incurrir en extralimitaciones tan severamente castigadas.

entre la sanción penal de una conducta y el ejercicio de derechos fundamentales.

En efecto, en la Sentencia sobre la prestación social sustitutoria se había declarado que "en la medida en que determinados comportamientos no sean expresión lícita de la libertad ideológica ni queden amparados por la objeción de conciencia legal o constitucionalmente estatuida, pueden ser, en principio, objeto de tipificación penal". De donde se deduce que, en la concepción del Tribunal, entre derechos fundamentales y conductas delictivas existe algo así como una frontera nítida y precisa: o el sujeto ejerce un derecho en los términos constitucionalmente permitidos, y entonces no puede ser sancionado; o comete un delito, y eso es señal de que no ejerce un derecho. Esto es expresión de lo que suele llamarse una concepción estrecha o estricta del supuesto de hecho de derechos fundamentales,⁹⁰ algo que en verdad hace ociosa la ponderación, ya que ésta parte de un conflicto entre derechos o principios constitucionales capaces cada uno de ellos, por separado, de subsumir la conducta o norma objeto de enjuiciamiento. En el socorrido ejemplo del conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor o a la intimidad, si decimos que ponderamos es porque, *en principio*, la conducta enjuiciada constituye al mismo tiempo un ejercicio de aquella libertad y una lesión del honor ajeno, pues si fuese sólo una de las dos cosas no habría conflicto alguno; otra cosa es que, *en definitiva*, triunfe una u otro, pero precisamente ese es el resultado y no el presupuesto de la ponderación.

Pues bien, la Sentencia de Herri Batasuna acoge explícitamente un cambio en la forma de ver el problema, un cambio en el sentido últimamente indicado. Como sabemos, el Tribunal comienza afirmando que la cesión de espacios de propaganda electoral en favor de ETA constituye un delito de colaboración con banda armada y, por tanto, que si bien se trata de la difusión de ideas u opiniones, dicha conducta no representa un ejercicio lícito de la libertad de expresión o de los derechos de participación política. ¿Significa esto que entonces hemos abandonado por completo el territorio de los derechos?. Si así fuera,

⁹⁰ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 300 y ss.

aquí debió terminar la argumentación, con la consiguiente desestimación del recurso de amparo, pues, de acuerdo con la interpretación precedente, desde el momento en que una conducta ingresa en el catálogo de los delitos ha de abandonar el de los derechos. Pero no fue esto lo que ocurrió. La argumentación del Tribunal prosigue diciendo que lo anterior "no significa que quienes realizan esas actividades no estén materialmente expresando ideas, comunicando información y participando en los asuntos públicos" y, aunque se muevan en la ilicitud penal, todavía pueden beneficiarse de un juicio de ponderación que sopesa la gravedad de la pena impuesta con la gravedad de su conducta; juicio que, como se ha dicho, desembocó en la estimación del recurso por violación del principio estricto de proporcionalidad de las penas. Un principio que sólo es aplicable cuando está en juego el ejercicio de derechos fundamentales; de donde se puede deducir que en el caso examinado no se trataba de una conducta "al margen" de los derechos, sino del ejercicio de un derecho en conflicto con una limitación penal y por eso, porque había un conflicto, fue viable la ponderación.⁹¹

Llegados a este punto, estamos en condiciones de aventurar algunas conclusiones sobre el estado de la cuestión. La primera es que el ejercicio del *ius puniendi* del Estado no representa un espacio exento al control de constitucionalidad a través del juicio de ponderación en el que, como vimos, desembocaba una teoría externa, ilustrada o liberal del bien jurídico, capaz de formularse como límite a ese poder punitivo. Y ello, a su vez, por dos razones: porque toda pena, siquiera toda pena

⁹¹ Dice Bilbao Ubillos, compartiendo la opinión de Jiménez de Parga, que esta forma de argumentar «responde a una lógica que se me escapa», «La excarcelación tenía un precio: el Tribunal enmienda la plana al legislador», p.321, nota 58, y supongo que lo mismo les ocurrirá a quienes conciben los derechos como tipos perfectamente delimitados en abstracto desde el texto constitucional, de manera que los conflictos entre ellos son siempre aparentes. Y ciertamente, la idea escapa a la lógica de la subsunción, pero, en cambio, es comprensible desde la óptica de la ponderación de principios. Esta óptica nos permite ver que cierta conducta que, *en principio*, puede ser adscrita o considerada como el ejercicio de un derecho fundamental, *en definitiva* puede resultar ilícita por violar algún otro bien. El tránsito entre los dos momentos se produce mediante ponderación.

privativa de libertad, debe considerarse como una afectación de derechos fundamentales, y toda afectación de esta clase conlleva una carga de justificación que se traduce en la exigencia de ponderación o proporcionalidad; y porque el propio tipo penal, en la medida en que sea o pueda concebirse como un límite al ejercicio de derechos por parte del autor responsable, constituye también una forma de afectación de los mismos y por idénticas razones ha de adecuarse a esa exigencia de justificación. De manera que la conexión entre Derecho penal y derechos fundamentales es doble: en virtud de la pena, que limita la libertad personal; y en virtud de la conducta tipificada, que limita o circunscribe la esfera del legítimo ejercicio de los derechos.⁹² La segunda conclusión de orden general es que el control de constitucionalidad se formula hoy en términos de extraordinaria cautela, al menos en línea de principio: como hemos visto, sólo cuando el tipo carece en absoluto de bien jurídico o éste encarna una finalidad proscrita (es decir, si en realidad constituye un "mal jurídico"); cuando se acredita la existencia de otras medidas alternativas a partir de pautas valorativas constitucionalmente indiscutibles; cuando se lesiona el valor de la justicia o incluso la dignidad humana; cuando la desproporción de la pena es patente y a todas luces excesiva; en suma, cuando en conjunto la arbitrariedad del tipo resulta evidente.

Es interesante advertir que el espíritu rigorista que acabamos de mencionar no se proyecta con la misma intensidad cualquiera que sea la conexión de la norma penal con los derechos fundamentales. Cuando se plantea sólo la desproporción de la pena a la vista de la gravedad del hecho, el Tribunal hace gala de innumerables invocaciones a la discrecionalidad política del legislador y a la necesidad de una estricta autocontención del control judicial a los supuestos de arbitrariedad manifiesta. En cambio, esa severidad se torna en delicadeza cuando el mismo Tribunal se plantea en qué medida la existencia de una amenaza penal puede disuadir o retraer a los ciudadanos en el ejercicio de sus

⁹² Y aún cabría añadir un tercer punto de conexión para aquellas figuras delictivas cuyo bien jurídico protegido es precisamente un derecho fundamental.

derechos. El resultado parece claro: la carga de la justificación de la legitimidad de la norma penal es mayor cuando la conducta representa un ejercicio abusivo, pero ejercicio al fin y al cabo, de un derecho fundamental; de donde se deduce que existe un alto interés en determinar cuáles son los tipos penales que limitan derechos, no porque impongan una sanción privativa de libertad, sino porque la conducta tipificada supone un ejercicio abusivo de tales derechos.

La respuesta a esta última pregunta requiere tomar partido por alguna de las varias teorías acerca de la esfera tutelada por los derechos, y no es tarea que proceda emprender ahora. Tan sólo diré que si se parte de una concepción amplia del supuesto de hecho de los derechos fundamentales y de la presencia implícita de un derecho general de libertad,⁹³ entonces cabe sostener que todo tipo delictivo constituye en sí una limitación al ejercicio de la libertad y debe ser tratado como tal. En consecuencia, y dando por supuesto que la norma penal supere los tres primeros criterios del juicio de ponderación, sin embargo siempre resultará sospechosa de que su sanción resulta excesiva al disuadir a los individuos en el ejercicio de sus derechos más allá de lo razonable. Una condición de legitimidad de toda pena es que resulte proporcionada, pero en ese juicio de proporcionalidad ha de reconocerse un peso importante al argumento en favor de los derechos, admitiendo que, si bien inevitablemente toda medida punitiva tiene efectos disuasorios sobre el uso de la libertad, se convierte en inaceptable cuando dicha disuasión resulta excesiva.

Que el bien jurídico sea en verdad *relevante* desde el punto de vista constitucional o social, que la reacción penal resulte *eficaz*, que no existan alternativas *menos gravosas*, que la pena no aparezca como *excesiva*, que su relación con la gravedad del delito no implique una *patente desproporción*. Según el Tribunal Constitucional, el control sólo puede prosperar cuando el incumplimiento de estos requisitos se muestra *manifiesto e indubitado*, por lo que cabría pensar que nuestro resultado

⁽⁹³⁾ Como trato de justificar en mi trabajo «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», cit. en especial pp. 451 y ss.

es algo desalentador ya que podría resumirse así: "el legislador penal puede ser un poco arbitrario, pero no demasiado". Sin embargo, tampoco cabe esperar mucho más, ni seguramente fuera razonable hacerlo. El Derecho, como nuestro lenguaje, está plagado de nociones que proporcionan sólo "grados de verdad": ¿cuánta oscuridad se precisa para que un hecho sea cometido con "nocturnidad"? ¿hasta qué punto ha de ser violento o desconsiderado un tratamiento para ser calificado como "degradante"? Este género de razonamientos, llamados *sorites*,⁹⁴ son los que están presentes cuando nos interrogamos sobre la eficacia, necesidad o proporcionalidad de la pena: ¿qué grado de ineficacia, demasía o exceso de pena ha de concurrir para que la debamos considerar arbitraria? El Tribunal Constitucional parece sugerir que un altísimo grado, pero, en cualquier caso, es obvio que esto no nos lo puede resolver ningún juicio de ponderación. Que, sin embargo, no me parece inútil, pues representa un llamamiento a la racionalidad legislativa y al desarrollo de la argumentación; capítulo sin duda postergado por el positivismo teórico, que consideró que allí donde el Derecho resultaba indeterminado se abría sin más la discrecionalidad,⁹⁵ pero que hoy ha cobrado una extraordinaria importancia.⁹⁶ Si hemos visto en la teoría del bien jurídico un designio limitador del poder punitivo, esa extensión de la argumentación se inscribe en la misma tradición por cuanto amplía las fronteras del Derecho y de la razón en detrimento de la esfera más decisionista o política dominada por la libertad de configuración legislativa o por la intuición subjetiva del juez.

Con todo ello la vieja teoría liberal del bien jurídico mantiene su vocación limitadora sobre el poder punitivo, pero se transforma al menos en un doble sentido: primero, porque lo que en origen aparecía como

una exigencia ética o suprapositiva quiere integrarse hoy resueltamente en el Derecho positivo a través de la Constitución, convirtiendo el juicio externo sobre la justicia o legitimidad de la norma penal en un juicio interno sobre su validez. Y segundo, porque el debate acerca de cuáles habían de ser los objetos materiales merecedores de tutela penal, como si éstos hubieran de darse de una vez y para siempre y con expresa delimitación además de las conductas lesivas, tiende a presentarse ahora como un debate menos objetivista que gira alrededor de un esfuerzo de argumentación racional, tiende a presentarse concretamente como un requerimiento a participar en la empresa de justificación (y crítica) que pesa sobre toda decisión del poder que limite la libertad de los individuos, decisión afectada siempre -y esta es la irrenunciable herencia liberal que veíamos en Dorado Montero- de una congénita enfermedad moral que sólo puede ser sanada (de modo parcial y nunca del todo satisfactorio) acreditando la estricta necesidad de la pena.

⁹⁴ Vid. J.J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 108 y ss.

⁹⁵ La discrecionalidad del legislador si la indeterminación era de la Constitución; y la discrecionalidad del juez si la indeterminación radicaba en la ley.

⁹⁶ Vid., por ejemplo, M. Atienza, *Derecho y argumentación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.