

FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL

Y

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

Miguel Bustos Rubio



eBook en www.colex.es



**FUNDAMENTOS
DEL
DERECHO PENAL
Y
CONSECUENCIAS
JURÍDICAS DEL DELITO**

Miguel Bustos Rubio
*Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad Internacional de La Rioja*

COLEX 2024

Copyright © 2024

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.

© Miguel Bustos Rubio

© Editorial Colex, S.L.
Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial)
A Coruña, C.P. 15004
info@colex.es
www.colex.es

I.S.B.N.: 978-84-1194-250-8
Depósito legal: C 17-2024

SUMARIO

NOTA DEL AUTOR

Nota de autor	17
---------------------	----

BLOQUE I FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL

LECCIÓN 1

CONCEPTO, CONTENIDO Y FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL

1. Concepto de Derecho penal	21
2. Contenido del Derecho penal	23
2.1. El delito	24
2.2. La pena	25
2.3. La medida de seguridad	29
3. La función del Derecho penal	30
3.1. Función de protección de bienes jurídicos	30
3.2. Función de motivación	31
4. Bibliografía recomendada	32

LECCIÓN 2

LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

1. Las fuentes del Derecho penal	33
1.1. La ley como fuente directa	33
1.2. Otras posibles fuentes indirectas	35

SUMARIO

2. El principio de legalidad penal	36
2.1. Definición	36
2.2. Garantías del principio de legalidad penal.	36
2.3. Exigencias y límites derivados del principio de legalidad penal	38
2.4. La prohibición de analogía.	40
2.5. La crisis del principio de legalidad penal.	43
2.6. El fundamento del principio de legalidad penal.	46
3. Bibliografía recomendada.	48

LECCIÓN 3

LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO PENAL (I)

1. Introducción	51
2. El principio de legalidad penal (remisión)	52
3. El principio de determinación y certeza	57
3.1. El mandato de taxatividad	57
3.2. Las leyes penales en blanco	58
3.3. La prohibición de analogía.	59
4. El principio de irretroactividad	60
5. El principio <i>ne bis in idem</i>	62
6. Bibliografía recomendada.	65

LECCIÓN 4

LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO PENAL (II)

1. El principio de ofensividad o lesividad	67
1.1. La exclusiva protección de bienes jurídicos.	67
1.2. Concepto y función del bien jurídico	68
1.3. El fundamento y la crisis del bien jurídico	69
2. El principio de intervención mínima	71
2.1. El Derecho penal como <i>ultima ratio</i>	71
2.2. El principio de subsidiariedad	71
2.3. El principio de fragmentariedad.	72
3. El principio de proporcionalidad	73
3.1. Idoneidad	73
3.2. Necesidad	73
3.3. Proporcionalidad en sentido estricto.	74
4. El principio de culpabilidad. Subprincipios derivados	76
4.1. Principio de personalidad de las penas	76
4.2. Principio de responsabilidad por el hecho.	77
4.3. Principio de dolo o imprudencia	77
4.4. Principio de culpabilidad en sentido estricto.	77

SUMARIO

5. El principio de humanidad	78
6. El principio de resocialización.	79
7. Bibliografía recomendada	81

LECCIÓN 5

INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA NORMA PENAL (I): REGLAS DE INTERPRETACIÓN Y VIGENCIA TEMPORAL

1. Estructura e interpretación de la norma penal	83
1.1. Mandato legal y labor interpretativa.	83
1.2. Clases de interpretaciones en función del sujeto	85
1.3. Clases de interpretaciones en función del método	86
1.4. Clases de interpretaciones en función del resultado.	89
2. Vigencia temporal de la ley penal	91
2.1. Aprobación y entrada en vigor.	91
2.2. La prohibición de retroactividad	92
2.3. El momento de comisión del delito	94
2.4. Leyes penales intermedias y leyes penales temporales	96
2.5. Aplicación temporal de las medidas de seguridad	98
2.6. Aplicación temporal de la responsabilidad civil derivada del delito	98
3. Bibliografía recomendada.	99

LECCIÓN 6

INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA NORMA PENAL (II): VIGENCIA ESPACIAL Y PERSONAL

1. Vigencia espacial de la ley penal	101
1.1. El principio de territorialidad.	101
1.2. El concepto de territorio español.	103
1.3. La determinación del lugar de comisión del delito	103
1.4. Las excepciones al principio de territorialidad.	104
1.5. La extradición.	109
1.6. El derecho de asilo	112
1.7. La Corte Penal Internacional	113
1.8. El Derecho penal en la Unión Europea: mecanismos de cooperación.	115
2. Vigencia personal de la ley penal	119
2.1. Inviolabilidades	120
2.2. Inmunidades.	120
2.3. Aforamientos	121
3. Excurso: notas sobre la responsabilidad penal de los menores de edad.	122
4. Bibliografía recomendada.	126

BLOQUE II
CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

LECCIÓN 7

LA PENAS (I): CONCEPTO Y CLASES. LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

1. La pena como consecuencia del delito: concepto y nociones generales	131
2. Las funciones de la pena (remisión)	134
3. Clases de penas según su previsión: principales y accesorias	136
3.1. Penas principales	136
3.2. Penas accesorias	137
4. Clases de penas según su gravedad.	138
5. Clases de penas según su naturaleza.	140
6. Las penas privativas de libertad	141
6.1. Prisión permanente revisable.	141
6.2. Prisión	143
6.3. Localización permanente.	144
6.4. Responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.	145
7. Bibliografía recomendada	146

LECCIÓN 8

**LA PENAS (II): LAS PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS, LA PENAS DE
MULTA Y LAS PENAS PREVISTAS PARA PERSONAS JURÍDICAS**

1. Las penas privativas de derechos.	147
1.1. Inhabilitación absoluta	147
1.2. Inhabilitaciones especiales	148
2. La pena de multa	153
2.1. Sistema de días-multa	154
2.2. Sistema de multa proporcional	155
3. El sistema de penas para las personas jurídicas	156
4. Bibliografía recomendada.	158

LECCIÓN 9

LA DETERMINACIÓN DE LA PENAS

1. Las reglas de determinación e individualización de la pena.	159
2. Instrumentos para la determinación de la pena.	160
2.1. Sistema de elevación-degradación	161
2.2. Sistema de división interna	164

SUMARIO

3. Proceso y reglas de determinación de la pena	166
3.1. Determinación del marco penal abstracto	166
3.2. Determinación del marco penal concreto	166
3.3. Determinación de la penalidad exacta	173
4. Las reglas de determinación de la pena de la persona jurídica	175
5. Bibliografía recomendada	176

LECCIÓN 10

FORMAS SUSTITUTIVAS DE LA EJECUCIÓN DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

1. Las alternativas a las penas privativas de libertad	177
2. La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad	178
2.1. Régimen general de suspensión	179
2.2. Régimen especial de suspensión para sujetos drogodependientes	184
2.3. Régimen especial de suspensión por razones humanitarias	184
2.4. Régimen especial extraordinario de suspensión	185
2.5. Efectos del cumplimiento y revocación de la suspensión	186
3. La sustitución de penas privativas de libertad para extranjeros	187
4. La sustitución de penas de prisión inferiores a tres meses	189
5. La libertad condicional	189
5.1. Cuestiones previas: definición, procedimiento y revocación	189
5.2. Régimen general de libertad condicional	191
5.3. Régimen especial privilegiado de libertad condicional	193
5.4. Régimen especial excepcional de libertad condicional	193
5.5. Régimen especial extraordinario por razones humanitarias	194
6. La suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable	194
7. Bibliografía recomendada	196

LECCIÓN 11

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL DELITO

1. Las medidas de seguridad	199
1.1. Concepto y fundamento de las medidas de seguridad	199
1.2. Clases de medidas de seguridad	203
1.3. Medidas de seguridad privativas de libertad	204
1.4. Medidas de seguridad no privativas de libertad	206
1.5. La ejecución de las medidas de seguridad	210
2. Las consecuencias accesorias del delito	212
2.1. Introducción	212
2.2. El decomiso	213

SUMARIO

2.3. La toma de muestras biológicas para obtener identificadores de ADN	217
2.4. Las consecuencias accesorias para personas no comprendidas en el art. 31 bis CP.	218
3. Bibliografía recomendada.	220

LECCIÓN 12

LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO. LA JUSTICIA PENAL RESTAURATIVA

1. La extinción de la responsabilidad penal	223
1.1. La muerte del reo	224
1.2. El cumplimiento de la condena	224
1.3. La remisión definitiva de la pena	224
1.4. El indulto.	225
1.5. El perdón del ofendido	225
1.6. La prescripción del delito.	226
1.7. La prescripción de las penas y de las medidas de seguridad	228
2. La responsabilidad civil derivada del delito	229
2.1. Naturaleza y contenido.	229
2.2. La restitución	230
2.3. La reparación del daño	231
2.4. La indemnización por daños y perjuicios.	231
2.5. Las personas civilmente responsables	231
2.6. Excurso: el partícipe a título lucrativo	233
3. La nueva justicia penal restaurativa	234
4. Bibliografía recomendada.	240

BLOQUE III RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

LECCIÓN 13

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. Evolución del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica	243
2. El fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica	247
3. Sistema de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica	249
3.1. El modelo dual de atribución	249

SUMARIO

3.2. Eximentes y atenuantes	251
3.3. El <i>compliance program</i>	253
3.4. Personas jurídicas excluidas del sistema.	255
4. Sistema de penas aplicables a las personas jurídicas (remisión)	256
5. Otras reglas especiales aplicables a las personas jurídicas.	259
6. Bibliografía recomendada	260

NOTA DEL AUTOR

La presente obra constituye un manual de apoyo y orientación para los estudiantes que se aproximan por primera vez al estudio del Derecho Penal. Plantea una introducción al Derecho Penal desde su estructura en tres bloques: un *primer bloque* dedicado al estudio de los fundamentos del Derecho Penal (princiología penal; sistema axiológico del actual modelo penal; contenido, función y límites del Derecho penal; sus fines, fuentes y mecanismos interpretativos; alcance temporal, territorial y personal de la ley penal, con especial referencia al Derecho penal internacional y europeo; y una breve referencia al Derecho penal de los menores de edad). Un *segundo bloque* dedicado al análisis de las consecuencias jurídicas del delito (concepto y tipos de penas; determinación y cálculo de la pena; regímenes de sustitución y suspensión de las penas; concepto y tipos de medidas de seguridad; consecuencias accesorias; causas de extinción de la responsabilidad penal; responsabilidad civil derivada del delito; y unos breves apuntes sobre justicia penal restaurativa). Y, por último, un *tercer bloque* exclusivamente destinado al estudio del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por su parte, se prescinde en esta obra de explicaciones relativas al contenido del *Derecho penitenciario*, así como de lecciones sobre *Criminología* o sobre *Política Criminal*.

En síntesis, se recogen unos apuntes utilizados por el autor durante los últimos años para impartir su docencia sobre introducción al Derecho Penal en los distintos estudios de Grado en los que se imparte la materia. Y por ello debe advertirse al lector de que el público al que se dirige este material es, esencial y principalmente, el de estudiantes de primeros cursos de la titulación, recogiendo nociones básicas pero suficientes para su formación, que permiten una amable asimilación de conceptos introductorios de la ciencia penal. Resultaría muy oportuno que estos materiales teóricos se complementen en el aula con los adecuados ejercicios prácticos, ofreciéndose así al estudiante una pertinente visión de conjunto.

El autor confía en que la obra resulte de utilidad para los/las estudiantes, y que encuentren en ella el soporte necesario para dar comienzo a sus estudios de Derecho penal. E igualmente confiamos en perfeccionar, mejorar y ampliar su contenido en futuras ediciones.

BLOQUE I

FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL

LECCIÓN 1

CONCEPTO, CONTENIDO Y FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL

1. Concepto de Derecho penal

El Derecho penal, desde un punto de vista objetivo, es el conjunto de normas jurídicas que definen ciertas conductas consideradas «delito» y que determinan la imposición de penas o medidas de seguridad al sujeto o sujetos que lo cometen. Es una rama de Derecho público. Aunque la consecuencia jurídica más destacable, y seguramente principal, sea la pena (nótese incluso que la importancia se refleja en el nombre de la ciencia objeto de estudio, que en lugar de denominarse «Derecho delictual» se denomina, al menos por la inmensa mayoría de la doctrina, «Derecho penal», relacionándolo así directamente con la consecuencia jurídica principal que, además, solo está legitimado a imponer este Derecho), no puede obviarse que el sistema de Derecho penal es dual y que puede determinar la imposición de (I) o bien una pena (apoyándose en la culpabilidad del sujeto), o (II) bien una medida de seguridad (apoyándose en la peligrosidad de aquel). Sobre esto volveremos más adelante.

Hay que precisar que de la comisión de un delito también se puede derivar una *responsabilidad civil* que se refiere al daño ocasionado. No hay problema en identificar a la responsabilidad civil derivada del delito como una consecuencia adicional del mismo. No obstante, esta responsabilidad se rige por principios distintos de los que imperan sobre la pena y la medida de seguridad, por lo que nos referiremos a ella en capítulos ulteriores de este manual.

El Derecho penal, como rama autónoma del Ordenamiento Jurídico (que, no se olvide, es único en su conjunto), es solo uno de los medios o instrumentos de control social, si bien es el más represivo pues como se ha expuesto es el único que puede dar lugar a la imposición de *penas*. La regulación de los muy diversos comportamientos existentes en un orden social es esencial

para el correcto funcionamiento de esa misma sociedad. Pero es importante destacar que el Derecho penal no es el único medio de control social: existen otros muchos, incluso más efectivos y exitosos, que el Derecho penal. Por control social podemos entender el conjunto de instrumentos dirigidos a presionar sobre los individuos con la finalidad de obtener de ellos un cierto comportamiento, o mejor, la adecuación de sus comportamientos, activos y omisivos, a un sistema normativo o reglado, manteniendo precisamente el control social dentro de dicho orden.

Dicho control se puede realizar a priori (con adopción de medidas eminentemente preventivas, que buscan que se cometa o no se cometa un determinado acto por los ciudadanos) o bien a posteriori (con medidas represivas). Tal control social se puede ejercer bien desde el sistema jurídico (así, por ejemplo, también se ejerce control social con la normativa relativa a arrendamientos, en Derecho civil, o a las multas de tráfico, en Derecho administrativo) como desde fuera del propio sistema jurídico (por ejemplo, la educación que se da en las escuelas, la educación en casa, o los discursos de los medios de comunicación).

Los medios de control social por parte del Estado son múltiples y heterogéneos, y pueden ser positivos o negativos. El Derecho penal, también denominado *ius puniendi*, es solo uno más de esos mecanismos, formalizado y normativizado, que posee una serie de características que le son innatas y le dotan de su autonomía, y que tiene sus propios límites de actuación y garantías que lo presiden. A lo largo de estas lecciones estudiaremos cuales son, precisamente, tales características esenciales.

Evidentemente, como toda ciencia jurídica, el Derecho penal no se encuentra desconectado de un cierto modelo político de Estado. De ahí que aquel deba regirse en todo momento por una serie de principios y normas que lo configuran y que, sobre todo, limitan sus posibilidades de actuación.

En este sentido, como se adelantaba, puede afirmarse que el Derecho penal es un sistema de control social altamente formalizado: desde un punto de vista objetivo, el Derecho penal es parte del sistema jurídico del Estado y como tal parte debe ser fiel a sus propios postulados. Es precisamente la gravedad de las consecuencias jurídicas que lo conforman lo que le dota de autonomía y distinción respecto de otras ramas del Derecho, en general, y del Derecho público, en particular (sector al que pertenece).

Desde el punto de vista subjetivo, por su parte, podemos referirnos al Derecho penal como la ciencia que establece un marco concreto de utilización de penas y medidas de seguridad, mediante la configuración de normas que regulan y limitan el ejercicio de la potestad punitiva del Estado (de su *ius puniendi*).

Decíamos que es precisamente la gravedad de las consecuencias jurídicas del Derecho penal lo que le dota de autonomía y distinción con otras disciplinas. Ello es debido a que, se mire por donde se mire, el Derecho penal es

violencia. Sin embargo, no toda *violencia* es, por fuerza, Derecho penal (veremos que este debe quedar reservado, exclusivamente, para lograr la tutela o intangibilidad de los intereses más importantes para la vida en sociedad, y solo frente a los ataques más graves o más intolerables). La violencia es consustancial a todo tipo de sistema de control social, y el Derecho penal precisamente lo que hace es formalizar el empleo de dicha violencia estatal, normativizarlo, e incluso (y, sobre todo) limitarlo.

Hay que señalar, sin embargo, que el Derecho penal como instrumento de control social (seguramente el más gravoso), necesita auxiliarse de otras disciplinas para cumplir con la tarea encomendada. De ahí nace la primaria distinción entre *Derecho penal material* y *Derecho procesal penal*. El primero de ellos es el conjunto de normas y sanciones aplicables al sujeto que resulta autor de un delito. El segundo es el instrumento o medio, también formalizado, que materializa la aplicación del primero. Ulteriores disciplinas también van a coadyuvar a realizar ese *ius puniendi* estatal: la Criminología, la Política Criminal, o la legislación penitenciaria son solo algunas de esas disciplinas.

2. Contenido del Derecho penal

El Derecho penal se compone, al igual que el resto de las ramas del Ordenamiento Jurídico, de un «supuesto de hecho» al que se anuda una determinada «consecuencia jurídica». La diferencia estriba en que en esta ciencia el «supuesto de hecho» será siempre el **delito**, y la consecuencia jurídica será o bien una **pena**, o bien una **medida de seguridad**. Nos encontramos, pues, ante un sistema dualista.

La norma penal indica, generalmente, la conducta (activa u omisiva) que se considera prohibida por el Ordenamiento Jurídico en sede penal, y consecuentemente, y por descarte, permite también identificar qué conductas estarán permitidas. Toda conducta que no se encuentre determinada como prohibida en el Código Penal y en las leyes penales especiales habrá de presumirse permitida en sede penal (sin olvidar que existen otros sectores del Ordenamiento Jurídico que también pueden imponer sanciones no-penales, como ocurre, por ejemplo, con el Derecho administrativo sancionador; así por ejemplo, aparcar en doble fila no se encuentra tipificado como delito, más puede acarrear una sanción administrativa derivada de la comisión de un ilícito administrativo). De cualquier modo, la lectura de un artículo aislado del Código Penal no será nunca suficiente para hablar de «norma penal» en su conjunto, pues en muchas ocasiones el intérprete deberá acudir a un contraste de conjunto de todo el Código Penal (por ejemplo: para conocer si alguien ha matado a otro en legítima defensa, no basta con analizar el supuesto típico de hecho, que es *matar a otro*, según dispone el art. 138 CP, que regula el delito de homicidio y su pena a apli-

car; necesariamente habrá que acudir a un examen contrastado con otros preceptos del Código Penal, como por ejemplo el art. 20 CP, que regula las circunstancias eximentes de responsabilidad penal y, entre ellas, la circunstancia de legítima defensa).

Según se ha expuesto líneas arriba, el Derecho penal consta de tres elementos constitutivos básicos: (1) el delito; (2) la pena; y (3) la medida de seguridad. Analizaremos a continuación cada uno de estos elementos:

2.1. El delito

Desde un punto de vista eminentemente *formal*, el delito puede ser definido como aquella conducta activa u omisiva recogida por la Ley (en el Código Penal o en leyes penales especiales) que anuda a su realización por parte de uno o varios sujetos activos una determinada consecuencia jurídica, que podrá ser una pena o bien una medida de seguridad. Sin embargo, desde el punto de vista *material* (y sobre ello volveremos más adelante al abordar el estudio de las funciones que le corresponden al Derecho penal), el delito puede ser definido como la conducta, activa u omisiva, que lesiona o pone en peligro uno o varios bienes jurídicos necesarios para posibilitar la vida en comunidad de todos los ciudadanos, mediante la motivación de los mismos bien para abstenerse de realizar un determinado comportamiento (por ejemplo: el delito de homicidio *prohíbe* matar a otra persona), bien para hacerles ejecutar positivamente algún comportamiento (por ejemplo: el delito de omisión del deber de socorro *obliga* a socorrer a otra persona en determinados casos).

Estrictamente en términos de Teoría del Delito este puede ser definido como la conducta típica (esto es, prevista en la ley), antijurídica (esto es, prohibida) y atribuible a un sujeto culpable (penalmente responsable). No obstante, no todas las conductas lesivas o peligrosas para un determinado interés o bien jurídico pueden ser consideradas, por sí mismas, delictivas. Por ejemplo, el impago del alquiler del arrendatario al arrendador lesiona intereses jurídicos merecedores y dignos de protección, pero no puede ser constitutivo de delito (al menos por sí solo), ni se encuentra tipificado de tal manera en el Código Penal. O, por ejemplo, aparcar sin permiso en una zona reservada a personas con alguna discapacidad también puede considerarse lesivo de algún interés, pero no será delictivo. Por ello, de entre todo el elenco de conductas que pueden poner en peligro o dañar algún interés digno de tutela jurídica, el Derecho penal solo queda legitimado a tipificar aquellas conductas más graves para preservar los derechos o bienes jurídicos más importantes, en lo que se ha venido en denominar *principio de mínima intervención* del Derecho penal (o «ultima ratio»). Sobre este y otros principios volveremos, con mayor profundidad, en posteriores lecciones.

Por supuesto, el delito viene definido y estructurado por la Ley (*nullum crimen sine lege*), desligándose en la actualidad de cualquier tipo de consideración moral, ética o religiosa (en contraposición a lo que ocurría en otras épocas históricas en las que el delito era consustancial al pecado, por ejemplo). Esto nos da una idea consistente en que no todo hecho moralmente reprochable significa que sea por sí mismo delictivo.

2.2. La pena

La pena es una de las posibles respuestas a la comisión de un delito, la más grave de todas ellas, dado que es la manifestación del *ius puniendi* estatal. Podemos definirla, genéricamente, como la privación de derechos o bienes jurídicos prevista por la Ley que se impone, controla y ejecuta por parte de los órganos jurisdiccionales y administrativos competentes para ello (por ejemplo: la pena de prisión priva o limita al condenado de su derecho a la libertad). La pena debe imponerse conforme a los criterios legales, y su control debe producirse también con respeto de dichos criterios, pues es una exigencia del Estado de Derecho. Hay diferentes tipos de pena (p.ej.: privativas de libertad, privativas de derechos, multa), pero sobre todas ellas, y su régimen de imposición y cumplimiento, nos referiremos más adelante. En este momento debemos plantearnos cuáles son las funciones que debe cumplir la pena en un Estado Social y Democrático de Derecho como el nuestro, lo que nos conducirá irremediabilmente a hablar de la función propia del Derecho penal. A la hora de definir las **funciones de la pena** (¿para qué sirve la pena?), podemos encontrar tres grandes teorías:

- **Teorías absolutas:** estas teorías ponen el énfasis en que la función primordial (e incluso única) de la pena sería la retribución del daño ocasionado. «Retribución» sería equivalente e intercambiable por «pago». De este modo la pena se agotaría en sí misma en cuanto supone un mal que se impone por la comisión previa de un hecho delictivo. Esta tesis retributiva responde al ideal kantiano de Justicia: el delincuente debe pagar por el daño causado, y ese pago se produce con el cumplimiento de la pena. También derivado de las ideas de Kant, sería imposible buscar otro fin diferente más allá de la pena, pues ello sería tanto como instrumentalizar al sujeto que la sufre en función de otros intereses o finalidades, y no podemos olvidar que el hombre, para Kant, es un fin en sí mismo. Según el ideal kantiano del «imperativo categórico», la Ley penal se presenta como pura necesidad moral, como una exigencia incondicionada de Justicia, libre de toda consideración utilitaria como pueda ser la protección de la sociedad, por ejemplo. También Hegel escribió que «la pena es justa en sí misma». En la actualidad, una consideración absoluta retributiva de la pena debe quedar completamente descartada, no solo porque con la misma se puede explicar el castigo, pero no la finalidad de la pena,

sino porque en sí misma sería incompatible con los pilares propios de nuestro Estado de Derecho, que, entre otras cuestiones, establece constitucionalmente la obligación de que las penas estén orientadas a la reinserción social. Así lo dispone el art. 25.2 de la Constitución Española: «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad».

- **Teorías relativas:** mediante la formulación de las llamadas «teorías relativas» se pretende indagar la finalidad de la pena más allá de la propia sanción, en una visión funcionalista o utilitarista de aquella, que se pondría al servicio de otros intereses. Según esta línea de entendimiento la pena ha de servir para algo más que castigar al sujeto cuando el hecho ya se ha cometido. En concreto, la pena estaría orientada a evitar la comisión de hechos delictivos, orientándose su finalidad a futuro. Se trataría de prevenir delitos para lograr proteger intereses jurídicos de valor, necesarios para un correcto funcionamiento social. No en vano se ha afirmado que «mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro». Encontramos aquí dos interpretaciones:
 - ***Prevención general:*** según esta finalidad la pena se dirige a los miembros de una colectividad para que, a futuro, y a causa de la amenaza que supone la pena, se abstengan de cometer el delito (recordemos que el Derecho penal es, ante todo y desde un punto de vista eminentemente sociológico, un sistema de *control social*). Se trata, pues, de prevenir frente a la colectividad en general, al conjunto de los ciudadanos. Primariamente fue entendida como una amenaza o coacción hacia los ciudadanos, que entendían que no podían llevar a cabo ciertos comportamientos delictivos, pues de ser así sufrirían un mal, que era la pena. De este modo se lograría mantener un adecuado control social. Esta concepción tradicional ha recibido el nombre de ***prevención general negativa***. Pero en la actualidad se objeta a esta tesis que puede conducir a un innegable estado de «terror penal», dado que no posee límites, y permitiría al legislador tipificar todo tipo de comportamientos para mantener ese pretendido «orden social» (todo valdría en orden a la prevención). Por ello, en la actualidad también se mantiene una percepción desde lo que se ha llamado ***prevención general positiva***, esto es,

que la finalidad de la pena sería reafirmar la vigencia de la norma previamente violentada por la comisión del delito, y sus valores protectores. De este modo, la aplicación de la pena vendría a lanzar el mensaje a la sociedad de que se reafirma la vigencia de la norma y de que el Derecho está por encima del delincuente. La pena, así interpretada, vendría a incidir en la conciencia social colectiva buscando un estado de adhesión al Derecho por parte de los miembros de la comunidad. Por poner un par de ejemplos: desde la óptica de la prevención general negativa, la función de la pena en el delito de homicidio consistiría en lanzar un mensaje general amenazante a los ciudadanos (si matáis, os espera esta pena); por el contrario, desde la prevención general positiva, la función de la pena en el delito de homicidio reside en lanzar el mensaje de que el Derecho está por encima del infractor y de que con la pena se reconstituye el estado de cosas antijurídico creado por este (si matáis, el Estado reconstituirá mediante la pena la norma violentada, reafirmando la vigencia del sistema normativo que nos hemos dado).

- **Prevención especial:** a diferencia de la prevención general que como vimos se dirige a la colectividad, cuando se habla de prevención especial se alude a la concepción de la pena como instrumento que tiende a prevenir delitos que puedan proceder de una persona determinada: se refiere, pues, al sujeto que ya ha delinquido. La pena tendría sobre este sujeto el efecto de buscar evitar que en el futuro vuelva a delinquir. Parece claro que esta función de la pena no puede operar *ex ante*, anteriormente a la perpetración de un comportamiento delictivo o en el momento de mera conminación penal en abstracto, sino que tiene su ámbito propio de operatividad *ex post*, es decir, una vez el sujeto ya ha delinquido, y por tanto en fase de imposición o cumplimiento y ejecución de la pena que corresponda. Es en este punto donde nace el ideal de *resocialización* del delincuente, entendido como proceso de hacer partícipe de los valores de la sociedad al sujeto que ya ha cometido un hecho calificado como delito, preparándole para la vida en sociedad dentro de esos valores y evitando, al fin, que reitere el comportamiento delictivo a futuro. El problema principal en nuestro país es que en la mayor parte de las ocasiones esto no se traduce en planes de actuación tangibles y eficaces, pues el ideal resocializador muchas veces se ve imposibilitado en la práctica a consecuencia de la falta de recursos y de voluntad política.
- **Teorías unitarias:** frente a la división de opiniones existente en virtud de las interpretaciones anteriores, en los últimos tiempos parece haberse asentado una visión mixta o inclusiva (en definitiva, *ecléctica*) de distintos aspectos relativos a la retribución, a la prevención general (positiva y negativa) y a la prevención especial, especificándose que la pena puede cumplir diferentes funciones o finalidades en distintos momentos. Es

FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

Fundamentos del Derecho Penal y consecuencias jurídicas del delito constituye un manual de apoyo y orientación para los estudiantes que se aproximan por primera vez al estudio del Derecho Penal, desde una introducción al mismo a través de una exposición dividida en tres partes: un *primer bloque* dedicado al estudio de los fundamentos del Derecho Penal (princiología penal; sistema axiológico del actual modelo penal; contenido, función y límites del Derecho penal; sus fines, fuentes y mecanismos interpretativos; alcance temporal, territorial y personal de la ley penal, con especial referencia al Derecho penal internacional y europeo; y una breve referencia al Derecho penal de los menores de edad). Un *segundo bloque* dedicado al análisis de las consecuencias jurídicas del delito (concepto y tipos de penas; determinación y cálculo de la pena; regímenes de sustitución y suspensión de las penas; concepto y tipos de medidas de seguridad; consecuencias accesorias; causas de extinción de la responsabilidad penal; responsabilidad civil derivada del delito; y unos breves apuntes sobre justicia penal restaurativa). Y, por último, un *tercer bloque* exclusivamente destinado al estudio del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas. El libro está dirigido a estudiantes de primer curso de titulaciones jurídicas, poniendo a su disposición una exposición de ideas sintética, ordenada y amable, que puede complementarse en el aula con los adecuados ejercicios prácticos.



MIGUEL BUSTOS RUBIO

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Internacional de La Rioja. Doctor Europeo en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid («cum laude» y premio extraordinario de doctorado). Entre sus publicaciones se encuentran ocho libros y multitud de artículos científicos en revistas especializadas. Participa en varios proyectos de investigación i+D. Es ponente habitual en Congresos y Seminarios de la especialidad, nacionales e internacionales. Ha realizado estancias de investigación en varios centros universitarios extranjeros, como la Università degli Studi de Ferrara (Italia), siendo actualmente *Visiting Professor* en la Università della Calabria (Italia).

PVP: 25,00 €

ISBN: 978-84-1194-250-8



9 788411 942508