

V.3- EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA EN DERECHO PENAL: “REALIDAD O FICCIÓN”

Gabriel Garcías Planas

El artículo que se inserta a continuación constituyó el discurso de inauguración del curso académico 2009-2010, encontrándonos ante un tema de gran interés y actualidad, como lo son todos los que delimitan las fronteras del Derecho Penal. Se pusieron de relieve, ante todo, las motivaciones de orden político –pacto social–, político criminales –prevención general– y criminológicas del principio de intervención mínima, añadiéndose a ello un posible fundamento constitucional, derivado de los arts. 1.1, 9.2, 9.3 y 10.1 de nuestra Constitución. Se pasa después a las más importantes resoluciones judiciales que han dedicado a la materia tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo; y se hace una referencia al hoy debatido tema de la mediación penal –con lo que se da un papel preponderante a la víctima–, como alternativa ante lo que algunos autores han llamado “el fracaso del Derecho Penal”.

Vaya por delante mi agradecimiento a todos los compañeros de la Academia, que decidieron proponerme para que fuera yo quien pronunciase la conferencia inaugural del Curso Académico 2009 – 2010.

Esas páginas escritas, no tienen otra pretensión, que dar estructura a lo que en su día, fué una charla informal y carente de soporte documental; por ello es posible que se omitan cuestiones tratadas y que se añadan algunas nuevas que me parezcan de interés; para ello me ha sido de gran utilidad algunos artículos, de relevantes penalistas, y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

El Principio de Intervención Mínima es un límite al “*ius puniendi*”, basado este a su vez en el Principio “*nullum crimen nulla poena sine lege*”.

El Derecho Penal, se rige por el llamado Principio del Hecho, se contemplan éstos a través de comportamientos activos en la mayoría de casos u omisivos en unos pocos; por eso algunos autores han puesto de manifiesto que el Derecho Penal impone no sólo prohibiciones sino también mandatos.

Pero estos comportamientos activos u omisivos deben lesionar o poner en peligro bienes jurídicos. Sin embargo tal afirmación es insuficiente, porque con ella seguiría siendo posible la perniciosa huída hacia el Derecho Penal y la perversión del bien jurídico.

Ello hace que se establezcan límites político-criminales al “*ius puniendi*”. Sólo cuando es necesario e imprescindible y cuando no se ofrezcan garantías de éxito para las demás ramas del derecho debiera aplicarse el Derecho Penal.

De ahí que el fundamento lo hallamos en razones de tipo político, político-criminales y criminológicas, bien entendido que siempre irá dirigido al Legislador y no al Juez como aplicador del derecho. Del fundamento político debemos decir que se basa en la Doctrina del pacto social; de ahí que partiendo del pensamiento utilitarista ilustrado se haya dicho que el derecho a castigar ha tenido su origen en el contrato social; por lo que las personas han renunciado sólo a una parte de su libertad, pequeña por cierto, es decir, la mínima que garantice su tranquilidad. Por lo que todo exceso es un abuso. En consecuencia toda pena excesiva y desproporcionada es injusta y contraria al pacto social; el fundamento político-criminal, que no previene de la comisión de delitos y que demasiada severidad refleja impotencia o fracaso, lo que significa que debe hacerse un uso parco si hay otros medios más benignos; aunque, desde luego, ninguna política-criminal puede prescindir del castigo; y finalmente del criminológico, que la huída

hacia el Derecho Penal puede ser incluso un factor criminogeno. Ello recuerda aquel adagio “*pesime republicue plurinae leges*”.

El Principio de Intervencion Minima, se concreta bajo dos aspectos, la subsidiariedad (*ultima ratio*) y la fragmentariedad. El primero, significa que solo deberá aplicarse el Derecho Penal, cuando no tengan cabida otras ramas del derecho, normalmente menos gravosas y que recortan menos el derecho fundamental a la libertad; de ahí que Concepcion Arenal, dijera con acierto que para hacer un Código Penal hay que ser muy amante de la libertad. No hay que confundir, sin embargo, tal concepto con lo proclamado en el artículo 8.2 del Código Penal, que como es sabido se refiere a la subsidiariedad entre normas penales. La idea de “*ultima ratio*” inmersa en la subsidiariedad lleva implícito que cuando surjan conflictos deberá acudir a sistemas metajurídicos basados en políticas sociales justas de distinta índole, tales como, acceso al empleo, vivienda, educación, etc.; y a mecanismos extrapenales de índole administrativos laborales o civiles; y sólo en último lugar a sanciones penales; es decir, como hemos dicho, sólo se deberá acudir a la sanción penal cuando los recursos a otros procedimientos sea insuficiente. Por ello se cuestiona cada vez mas, el uso indiscriminado que se hace del Derecho Penal, creando ante nuevas situaciones nuevos tipos penales, innecesarios, poco meditados, y que constituyen lo que ha venido a llamarse Derecho Penal simbólico. Tal concepto obedece, a aquel reproche del que se sirve el Legislador ilegitimamente del Derecho Penal para producir efectos simbólicos en la sociedad y que se ha convertido en un argumento frecuente en el debate político criminal.

El principio de “*ultima ratio*” aun cuando no constituye para algún autor un principio básico de la justicia penal, es desde luego una expresión del Derecho Penal liberal. Hoy por hoy y como soporte a tal principio debemos barajar los conceptos de bagatelización, de descriminalización y despenalización; empezando por estos últimos, despenalizar significa convertir en lícito un hecho previamente punible; y despenalizar implica la degradación del delito desde el campo penal, al campo administrativo, criterio éste último seguido en países de la Unión Europea tales como Alemania, Italia, Portugal.

La idea de la bagatelización, como opción político-criminal, debemos distinguir entre delitos de bagatela propios e impropios. Los propios, aparecen en una previsión legislativa, que contienen en abstracto la insignificancia; y a los impropios estan constituidos por hechos que en general nos resultan insignificantes, pero que se revelan en concreto como hechos de escasa relevancia.

Es precisamente para hacer frente a los mismos que nace la idea de descriminalización o despenalización.

En cuanto a la fragmentariedad, significa que el Derecho Penal no lo castiga todo y que todo lo que castiga, no lo castiga frente a cualquier ataque; por ello, solo una parte de bienes jurídicos son merecedores de su protección con penas y medidas. En la actualidad, los Constitucionales y los socialmente relevantes; no se justifica por tanto, la creación de un tipo penal para la tutela de cualquier bien jurídico, solo para bienes jurídicos importantes frente a ataques graves. Ni siquiera la Constitución de 1978 ordena expresamente la protección penal de los bienes jurídicos a excepción del medio ambiente en el artículo 45.3 del patrimonio histórico en el artículo 46. El carácter fragmentario se manifiesta en la mayoría de legislaciones actuales de maneras distintas: a) únicamente se intenta proteger penalmente bienes jurídicos frente a ataques de gran entidad, atendiéndose para ello tanto a los elementos objetivos como subjetivos que concurran en el desvalor de acción y en el desvalor del resultado, esto último lleva aparejado la distinción de los distintos grados de ataque al bien jurídico, a saber: su lesión, su puesta en peligro concreto y en peligro abstracto. Por otra parte en ocasiones el Legislador exige, por motivos de política legislativa, la existencia de condiciones objetivas de punibilidad; ello ocurre en los delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social de los artículos 305 y siguientes, donde se exige una cuantía de 120.000 euros (ciento veinte mil euros) para su incriminación penal. En consecuencia en ocasiones se excluye la incriminación de delitos imprudentes, tal y como se desprende del artículo 12 del Código Penal, que además de ser una consecuencia de tal principio, lo es de subsidiariedad y legalidad; b) por otra parte, pues, lo que se hace es tipificar únicamente una parte de lo que ya es antijurídico, en otras ramas del Derecho. En España el Legislador ha optado por tipificar únicamente determinados comportamientos imprudentes, tanto como el delito de blanqueo de capitales del artículo 301.3, delito contra los recursos naturales y medioambientales –art. 301–, delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes –art. 334–, estragos por imprudencia grave –art. 331–, incendios –art. 358–, salud pública –art. 367–, etc.

El Tribunal Constitucional –Sentencia 241/1991– puso de manifiesto el desproporcionado acuerdo con el fin perseguido por la norma penal y en la –Sentencia 55/1996– al referirse a esta cuestión, nos dice que hay que optar “por medidas alternativas menos gravosas”.

En las reformas penales post-constitucionales comienza a plasmarse, al menos en teoría, el Principio de Intervención Mínima. Así en la exposición de motivos de la Ley de Actualización del Código Penal de 1989, se hace referencia al Principio de Intervención Mínima y a la necesidad de descriminalizar ciertas conductas delictivas frente a ataques a determinados bienes jurídicos.

De la exposición de motivos del Nuevo Código Penal de 1995, se desprende la necesidad de desaparecer injustos poco graves, las clásicas figuras complejas y la incriminación de nuevas figuras, cuando las demás ramas del Derecho no sean suficientes. Ello da lugar a una dicotomía, ampliación, reducción; obligando hacer algo, tomando medidas no penales, para evitar el recurso al Derecho Penal; buscando alternativas menos gravosas, tales como las Administrativas, Fiscales o Laborales, que si tienen identidad de sujeto, hecho y fundamento servirán de base además para evitar la aplicación del Derecho Penal, en virtud del Principio “non bis in idem”, cuyas primeras Sentencias –TC, 31-I-81, 3-X-83 y TS. 12-5-86– iniciaron un camino de lo que hoy ya es Doctrina consolidada.

El amparo Constitucional lo encontramos en preceptos tales como el artículo 10.1 y 9.2 de la Carta Magna. Asimismo, el artículo 1.1 y 9.3 fundamentan el carácter fragmentario y de proporcionalidad que debe caracterizar el Derecho Penal; de tal forma que la Sentencia 161/97 del Tribunal Constitucional ha declarado que “hay que buscar medidas alternativas menos gravosas, pero igualmente eficaces”.

El artículo 25 de la Constitución, nos dice que una de las funciones o finalidades esenciales de las penas privativas de libertad, es la resocialización, pero no excluye otros aspectos de la prevención general o especial. Por ello el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de Febrero de 2006 señala que la pena tiene un doble componente, la finalidad resocializadora que toda pena comporta y la finalidad aflictiva que esta inserta en razones de política-criminal que el Legislador ha considerado para la inclusión del injusto en las leyes penales, también se afirma en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Octubre de 2001 que la resocialización “no es una finalidad absoluta de las penas privativas de libertad, establecidas constitucionalmente”, y “se trata de una orientación armonizable con otras finalidades de la pena a las que no cabe renunciar, es decir, a la prevención general de la prevención especial”.

El Principio de Intervención Mínima, es tratado de una manera diferente por las distintas resoluciones del Tribunal Supremo, que intenta perfilar con justeza, su verdadero alcance. De tal modo que la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Marzo de 2006, tras profundizar en los conceptos de principio de legalidad e Intervención mínima, declara que “el Derecho Penal no debe actuar cuando pueden hacerlos otros medios menos graves para restablecer el orden jurídico”.

En ocasiones el Alto Tribunal se dirige al Legislador y le advierte de ello; así en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Octubre de 1998 afirma “que la apelación al Derecho Penal es la última razón a la que debe acudir

el Legislador”.

La intervención mínima por tanto está integrada por la proporcionalidad y la prohibición de exceso. El carácter fragmentario y subsidiario significa que son prioritarias medidas menos drásticas.

En otras resoluciones se hace referencia a la tipicidad y así la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Junio de 2005 proclama que “la tipicidad es la divisa y ello la base de intervención mínima y la ultima ratio”.

Finalmente, en un caso de tenencia de armas la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Marzo de 2009, estableció que “no debería darse una sanción penal innecesaria y desproporcionada”.

Todo ello, y retomando la exposición de motivos del Nuevo Código Penal de 1995 al incriminarse nuevas conductas delictivas, normalmente normas penales en blanco, que se rellenan de contenido con normas tributarias administrativas, laborales o mercantiles, parece estar en contradicción con cuanto acabamos de exponer sobre el Principio de Intervención Mínima. Pero se intenta justificar diciendo que la razón de acudir al Derecho Penal es ante el fracaso de otras ramas del Derecho, como las citadas y únicamente ante los comportamientos más intolerables; sin darse cuenta de lo que ha supuesto de fracaso el propio Derecho Penal.

Ante lo cual, ha manifestado algún autor, que más que proteger a determinados bienes jurídicos con el Derecho Penal sería mejor decir que hay que protegerlos del Derecho Penal.

Finalmente si llega a entrar en vigor la última reforma penal aprobada por el Congreso el 29 de Abril de 2010, parece tenerse en cuenta menos todavía el Principio de Intervención Mínima, al añadirse nuevos tipos penales, nuevas conductas, agravarse las penas y por el contrario no descriminalizarse algunos tipos cuyo bien jurídico no parece digno de protección penal.

Así, el cumplimiento de la pena de libertad vigilada sucesivo a la pena de prisión, la reforma de los delitos sexuales cometidos sobre menores, las reformas en materia de prescripción, concretamente el aumento a diez años en el delito Fiscal, y la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubiesen causado la muerte de una persona o lesiones graves, o bien cuando se hubiese producido un secuestro; o la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la creación del acoso laboral dentro de los delitos de tortura y contra la integridad moral; la corrupción en el sector privado; el aumento de las penas y de conductas en los delitos relativos a la ordenación del territorio, la creación de un nuevo delito de piratería dentro del Título dedicado a los delitos contra la Comunidad Internacional, y la posibilidad de

enviar a prisión los fines de semana o los días festivos a quienes cometan pequeños hurtos; por lo demás tres faltas de hurto serán constitutivas de delito, al margen si se hubiesen juzgado o no, etc., nos llevan a la conclusión de poder afirmar que el Principio de Intervención Mínima, hoy por hoy, no es una realidad sino una ficción.