

NUEVAS TENDENCIAS POLÍTICO-CRIMINALES Y ACTIVIDAD JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL*

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

Sumario: 1. La evolución de las tendencias de la política criminal teórica — 2. La “praxis” político-criminal del Estado: rasgos generales de la evolución de la legislación penal — 3. La política criminal en la aplicación/obtención del Derecho por los Tribunales; 3.1 El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos; 3.2 El principio de intervención mínima; 3.3 El principio de proporcionalidad; 3.4 El principio de culpabilidad; 3.5 El principio de resocialización; 3.6 Otras repercusiones de la orientación teleológica adoptada; — 4. Conclusión.

Estas páginas pretenden llevar a cabo un análisis global y sintético de la evolución de las modernas tendencias de la Política Criminal y de su incidencia en el Derecho penal, tanto en el plano legislativo como en el de la aplicación judicial. La tesis central que en ellas se contiene es la de que, mientras la evolución ideológica acontencida en el plano teórico merece, en términos generales, una valoración positiva, no ocurre en absoluto lo mismo con el desarrollo de la praxis legislativa de los diversos Estados. Así las cosas, debe subrayarse el esfuerzo, más que meritorio, de los jueces y tribunales — que aquí ejemplificaremos de la mano de algunas resoluciones del tribunal

Supremo español — por hacer realidad, en su labor de interpretación y reconstrucción dogmática de una legislación a menudo defectuosa, buena parte de los más modernos principios político-criminales de garantía.

1. La evolución de las tendencias de la política criminal teórica

La empresa apuntada requiere, en primer lugar, poner de relieve la importante cesura existente entre el clima ideológico de la Política criminal de los años sesenta y setenta y el que ha podido observarse durante los años ochenta y permanece, más patente si cabe, en los años noventa. En efecto, la relativa estabilidad alcanzada, tras los difíciles años de la postguerra, en los últimos años de la década de los cincuenta y en los años sesenta vino marcada, en el plano de la ideología jurídico-penal, por dos frases emblemáticas: “Adios a Kant y a Hegel” y “Retorno a Von Liszt”.

(*) El texto responde, en lo sustancial, a la conferencia pronunciada por el autor en Iltre. Colegio de Abogados de Barcelona, La Universidad de la Laguna (Tenerife) y la Universidad Pública de Navarra. Se ha respetado básicamente el estilo, más directo, propio de aquella intervención oral, renunciándose a la inserción de notas bibliográficas.

Con la primera de ellas se pretendía expresar la general voluntad de abandono de las concepciones retributivas del Derecho penal, que asignaban a éste por añadidura una función ético-social, configuradora de las costumbres. En la práctica, la finalidad fundamental que se pretendía alcanzar era la de despenalización de ciertos ilícitos, como aconteció fundamentalmente en el ámbito del Derecho penal sexual. Con la segunda frase, en cambio, se trataba de poner de relieve la voluntad de orientar de modo prioritario los mecanismos jurídico-penales a la obtención de la resocialización del delincuente. Esta se mostraba así, en la práctica, como la finalidad más relevante del sistema del Derecho penal. Expresiones claras de esta vocación de "*intervencionismo positivo*" son el Proyecto Alternativo de Código penal alemán, elaborado por un grupo de profesores en 1966, y el propio nuevo Código penal — en concreto, la Parte General — de aquel país (promulgado en 1969 y que entró en vigor en 1975). En España, donde todo este clima cultural se instaura, por razones obvias, con más de diez años de retraso, tanto el art. 25.2 de la Constitución como el contenido de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979 dan cuenta de esta forma de ver las cosas. Más lejos se llegaría en aquellos países — como los escandinavos o los propios Estados Unidos de América — en los que el optimismo resocializador llevó a establecer figuras como la "*sentencia indeterminada*", hoy tan críticamente contempladas. Por lo demás, los años sesenta y setenta favorecieron la proliferación de corrientes abolicionistas, cuya tradicional base humanista se reforzó desde el marxismo, entonces en auge. En concreto, en el ámbito de las llamadas "*ciencias penales*", se asistió al desarrollo de la llamada "*criminología*

crítica", que apuntaba en ese mismo sentido.

Prácticamente nada de lo anterior permaneció indemne durante los años ochenta. En estos tuvo lugar, de entrada, y siempre sin dejar el plano intelectual teórico en que nos estamos moviendo, un creciente abandono de la fe en la resocialización como finalidad legítima básica de la intervención punitiva del Estado — no como finalidad relevante en sí misma, junto a otras (o tras ellas) para dicha intervención —. A la vez, las tesis, abolicionistas comenzaron a entrar en un período de crisis paradójicamente propiciado por segmentos sociales que, en principio, cabía estimar ideológicamente próximos a las mismas. Así, según podemos advertir desde la perspectiva actual, las posturas de amplios sectores de la izquierda política: los movimientos *feministas* y *ecologista*, así como los agrupados en la corriente conocida como *realismo de izquierda*, asestaron un duro golpe a las propuestas de abolición más o menos radical del llamado "control penal". Estas, basadas en buena medida en una identificación marxista entre la idea de delito y la de "reacción frente al poderoso en el marco de un conflicto de clases", pierden, en efecto, buena parte de su base teórica si se pone de relieve que son precisamente los débiles del sistema, las clases inferiores, las víctimas fundamentales del delito, de modo que la supresión del sistema de control jurídico-penal les perjudicaría a ellas en primera instancia. El descubrimiento de nuevos bienes supraindividuales, de los que es titular la colectividad, y que se estiman merecedores de protección penal, de la mano de doctrinas como la de los "*interessi diffusi*", contribuyó en medida relevante a sostener desde el punto de vista teórico tal cambio de perspectiva.

Como consecuencia natural de lo anterior, ha tenido lugar una "rehabilitación científica" del Derecho penal

liberal y de las garantías que aquél conllevaba. En otras palabras, por la vía de la crítica al intervencionismo radical con pretensiones resocializadoras y del rechazo del abolicionismo se ha retornado a *Kant* a *Hegel* a los principios de seguridad jurídica, igualdad formal y proporcionalidad inherentes a la teoría del Derecho penal de la Ilustración. Es el fenómeno que recibe la denominación de neoclasicismo (*just deserts theory*, en América); una apelación según algunos impropia, por cuanto las nuevas tesis no han implicado en modo alguno una renuncia a la finalidad de prevención general y, en esa medida, no son "clásicas", sino "modernas".

Sin embargo, conviene resaltar, a este respecto, que algunos de los autores del grupo penalista de Frankfurt, cuyo representante más significado es *W. Hassemer*, han puesto en cuestión incluso la propia legitimación preventivo-general de la intervención del Derecho penal.

Sea como fuere, en el caso español, por razones derivadas de nuestras peculiar evolución política, a la vez que se procedía a la reafirmación de la trascendencia de las garantías formales, se ha hecho hincapié en las garantías materiales resultantes de la idea normativa de estado social y democrático de derecho. De este modo, junto a la seguridad jurídica, la legalidad formal y la taxatividad, que constituyen de nuevo "signos de los tiempos" en la Política criminal, se ha tratado de subrayar de modo muy notable el significado de los principios de culpabilidad, humanidad, igualdad, proporcionalidad o resocialización. Además, tal vocación no ha obstado al mantenimiento de un marco preventivo asentado en los principios de necesidad y subsidiariedad de la intervención penal. Muy significativa en este terreno ha sido la Sentencia del Pleno del Tribunal

Constitucional 150/ 1991, de 4 de julio, en particular en su Fundamento Jurídico 4º. Así las cosas, puede concluirse indicando que las palabras clave de este momento cultural parecen contenerse en las expresiones "garantismo" o "Derecho penal mínimo". En ellas se percibe la influencia, que cabe calificar como muy notable en nuestro país, de las tesis de *Luigi Ferrajoli*, cuya obra capital — "*Diritto e regione*" — ha sido recientemente traducida al español.

De todos modos, este panorama general, elementalmente esbozado, se ve parcialmente modificado por la irrupción de dos fenómenos que, probablemente, si bien ya existían de modo previo a la década de los ochenta, han alcanzado en ésta una considerable pujanza, hasta el punto de hallarse en el núcleo de la discusión político-criminal actual. Me refiero, por un lado, al auge de la prevención general positiva, o prevención de integración, como teoría general de legitimación de la intervención punitiva del Estado. Por otro lado, a la creciente difusión de las tesis desformalizadoras, o de solución extrajudicial de "conflictos jurídico-penales", en las que confluyen ideas muy diversas — algunas de ellas no distantes de la propia noción de "prevención de integración" —. Si subrayo estas dos corrientes es porque una y otra, por vías desde luego no coincidentes, alteran el ilídico panorama del garantismo ya en su propia vertiente teórica. En efecto, la primera nos aboca a la "*vexata quaestio*" de cuál es el método de determinación del contenido material de determinados principios de garantía: así, los de culpabilidad, proporcionalidad, etc; pues parece claro que, en la medida en que dicho contenido venga dado por un puro proceso de definición social y pierda connotaciones valorativas, su virtualidad limitadora puede verse considerablemente reducida. La segunda, por su parte, al extraer el problema del delito del único ámbito (el

jurídico-dogmático y el del proceso formal) en el que tiene sentido plantear la vigencia de tales garantías, insertándolo en un contexto de transacción (la llamada conciliación) al que éstas son ajenas, las priva de toda virtualidad — piénsese tan sólo en principios como los de culpabilidad o igualdad —. Y sin duda es cierto que con ello la víctima del delito adquiere un mayor protagonismo. No en vano, esta tendencia, que algunos gustan de caracterizar como una “*devolución del conflicto*” por parte del estado a la sociedad, se ha visto enormemente favorecida por las tesis victimológicas, que propugnan mayores facultades para el sujeto pasivo del delito en el Derecho y en el proceso penal, así como por las tesis que tratan de hallar nuevas vías de “resocialización” para el autor al margen del sistema penal-penitenciario convencional. Sin embargo, es lo cierto — y lo que aquí en definitiva interesa — que un Derecho penal pretendidamente garantista al que cupiera sustraerle de modo creciente supuestos delictivos de cierta relevancia, o que se viera sometido a una reconstrucción en clave social-estática de sus garantías, lo sería tan sólo en el plano nominal. De ahí que el futuro de estas dos construcciones doctrinales, con cuya caracterización concluyo esta primera parte de mi exposición, haya de marcar, según entiendo, la evolución del conjunto de la Política Criminal teórica de los próximos años.

2. La “praxis” político-criminal del Estado: rasgos generales de la evolución de la legislación penal

Si la evolución de las concepciones teóricas sobre la Política criminal ha conducido a una situación en la que puede formularse, con algunos matices, un juicio globalmente positivo, no sucede lo mismo con la Política criminal

“real”, que se manifiesta en la legislación positiva. En efecto, dicha Política criminal puede — sin exceso — calificarse de efectista, ineficaz, caótica y tendencialmente antigarantista. Así, de entrada puede afirmarse que estamos asistiendo al *ocaso de las garantías formales*, representadas por el principio de legalidad y, muy en particular, por su manifestación en el principio de taxatividad o mandato de determinación. Nuestro tiempo se caracteriza, ciertamente, por la proliferación de preceptos penales con términos vagos y porosos, con cláusulas generales o de intenso contenido valorativo. De modo no infrecuente se obtiene la impresión de que, más que de mecanismos de garantía de las libertades individuales (“*Magna Charta libertatis*”), se trata de instrumentos políticos flexibles de la acción del estado. Y todo ello sucede con el beneplácito de los correspondientes tribunales constitucionales. Así se advierte, por ejemplo, en la STC 62 / 1982, de 15 de octubre, en su Fundamento Jurídico 7.º; pero consideraciones similares se contienen en la doctrina de la “*Corte Costituzionale*” italiana o del “*Bundesverfassungsgericht*” alemán.

El principio de legalidad sufre asimismo menoscabo, pero ahora junto con los principios de igualdad y de culpabilidad — éstos ya con un evidente contenido de garantía material — en las legislaciones penales que, acogiendo un postulado teórico aludido críticamente más arriba, introducen modelos de mediación o conciliación, esto es, sistemas extrajudiciales de respuesta al delito. Desde luego, son abundantes — y no despreciables — los argumentos que se esgrimen en favor de esta línea. Así, los que apelan a la necesidad de descongestionar los Tribunales penales. O bien los que aducen la mayor eficacia de estos modelos en orden a obtener una resocialización del autor, precisamente al afrontar éste su responsabilidad moral

frente a la víctima, procediendo a reparar el hecho de modo material o simbólico. O, en fin, los que alegan que a través de estos mecanismos se logra una mayor satisfacción de la víctima, que, por contra, se vería, tras el delito, nuevamente victimizada por un proceso penal y un sistema de sanciones que insolventan al autor y lo enfrentan de modo renovado a la víctima. Se trataría, pues, en suma, de alcanzar una solución más global y profunda al conflicto humano que representa el delito, algo imposible por las vías clásicas, formalizadas y judicializadas. Sin negar fuerza retórica a estos y otros argumentos, los mismos difícilmente pueden compensar la vulneración de garantías que conlleva un sistema como el caracterizado. De este modo, en efecto, resulta dañado de modo irreparable el principio de igualdad entre las partes, así como entre unos casos y otros del mismo delito. Se impone la ley del más fuerte, que apenas podrá ser morigerada por la labor de un mediador. Y ello, además, haciendo abstracción de si la transacción reparatoria recae sobre un sujeto verdaderamente responsable del hecho, con flagrante vulneración del principio de culpabilidad. A lo que cabría añadir el riesgo evidente de injerencias en la esfera interna del autor, o de prescindir de la verdad material, que se sustituye por un consenso entre las partes acerca de la misma. Ciertamente, son muchas las tendencias de la modernidad (?) que convergen en esta línea, o en otras próximas. Sin embargo, cabe dudar con fundamento del progreso que las mismas puedan representar.

Tan importante como la decadencia de las garantías formales, es el *ocaso, también perceptible, de las garantías materiales* del Derecho penal (así, la proporcionalidad, la culpabilidad, la humanidad, la resocialización). A título de ejemplo, convendría aludir aquí al deslizamiento autoritario que en Estados

Unidos sufre la doctrina, antes aludida, de la *"just deserts theory"*. La moderna Política criminal norteamericana ha ido así intensificando progresivamente sus rasgos represivos, en forma que nos reflejan fielmente algunas expresiones reproducidas en los medios de comunicación: máximas como la de *"three strikes, you are out"*, denotadora de la actitud ante la reincidencia, o la de *"lock them up, throw the key away"*, sobre el sentido del tratamiento penitenciario, eximen de ulteriores comentarios. Todo ello, sin embargo, no es exclusivo de la Política criminal de allende el Atlántico. También en Europa, y concretamente en España, venimos asistiendo a un creciente intervencionismo que se manifiesta en la progresiva agravación de las penas, en la ampliación del tenor de los tipos, en la continua inclusión de nuevos delitos, sobre todo en materia socio-económica, aunque no sólo en ésta. Los preceptos en materia de terrorismo y narcotráfico constituyen un recurso fácil para ilustrar lo anterior: no en vano el art. 344 del Código penal todavía vigente cuando se escriben estas páginas, sin entrar ahora en la desproporcionada gravedad de sus penas, trata de disolver toda diferencia entre autoría y participación, entre ejecución delictiva y actos preparatorios. Sin embargo, ambos grupos de preceptos deben calificarse realmente como una mera punta de *"iceberg"* si se contempla el conjunto de la legislación penal presente y futura.

Especialmente notable, junto a todo lo anterior, es la constatación de que asistimos también al *ocaso del principio de utilidad* de la intervención penal, si es que éste se entiende correctamente. En este sentido, es ya un lugar común aludir a la proliferación de preceptos que, habiendo perdido — si es que alguna vez la tuvieron — toda aptitud para el cumplimiento de *funciones instrumentales* de protección de bienes

jurídico-penales, se limitan a desempeñar un mero *papel simbólico*, con exclusiva incidencia sobre la opinión pública y sus sentimientos de inseguridad.

El conjunto de problemas sucintamente caracterizado tiene también una palabra clave: la expresión "*huida al Derecho penal*". En este punto nos encontramos, sin perspectiva alguna de que el futuro haya de depararnos una inversión de la tendencia.

3. La política criminal en la aplicación/obtención del Derecho por los Tribunales

Mientras todo lo anterior sucede en el panorama teórico-doctrinal y legal ¿qué ocurre en la "*Política criminal en lo pequeño*", por usar la expresión con la que *Hassemer* caracteriza a la aplicación judicial del derecho?

Si nos centramos en el caso español, que es el que aquí interesa fundamentalmente, lo primero que puede afirmarse es que en la Jurisprudencia se advierte una tendencia cada vez más clara hacia la superación del positivismo legalista, que concibe la aplicación de la ley como una operación meramente lógica, como una pura subsunción que seguiría la forma de un silogismo. Ciertamente, a ello puede haber contribuido en alguna medida la exigencia que se contiene en el art. 5.1 de la ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto a la "interpretación de las normas legales de modo conforme a la Constitución". Pero ello probablemente no daría razón suficiente de la evolución claramente detectable. En ésta parece ponerse de manifiesto que los jueces y tribunales, el Tribunal Supremo en lo que aquí especialmente interesa, son conscientes de la necesidad de adoptar una determinada perspectiva valorativa a la hora de proceder a interpretar la ley positiva, de modo tal que el proceso de aplicación de la ley caracterizarse correctamente como un

"proceso de obtención del Derecho" (*Rechtsfindung, Rechtsgewinnung*.) En el caso de nuestro Alto Tribunal, parece que esa perspectiva valorativa adquiere significativos *rasgos teleológicos*, de modo que la interpretación de los tipos se sujeta a los *finés político-criminales materiales* del Derecho penal, conduciendo a una aplicación garantista de la Ley.

Ciertamente, constituye una paradoja que, en uno de los momentos de nuestra historia en el que mayores críticas reciben las actuaciones de los integrantes del Poder Judicial, pueda decirse que es de éstos de quienes proceden, en mucha mayor medida que del legislador, los esfuerzos por introducir decididamente los principios de la Política criminal moderna en la realidad del Derecho aplicado.

En lo que sigue, trataremos de ponerlo de relieve de la mano de algunos de los más relevantes de tales principios.

3.1 El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

Partiendo de modo expreso o tácito de la distinción doctrinal entre "realización aparente" y "realización efectiva" del tipo, el Tribunal Supremo introduce en su labor interpretativa el principio político-criminal de exclusiva protección de bienes jurídicos. Así, se inclina por una solución de atipicidad en casos en los que, aunque gramaticalmente la conducta del sujeto activo resulta perfectamente subsumible en los términos legales, parece claro, a la luz del bien jurídico protegido en el precepto de que se trate, que dicho bien jurídico no ha sido puesto en peligro. Un "*leading case*" es el relativo a la sustracción de menores por su propio padre. Así, por ejemplo, en el supuesto examinado por la STS de 15.03.1983. En él se trataba de un padre que se había apoderado de los hijos, cuya custodia, en el marco de un proceso de separación matrimonial,

había sido asignada a la madre. Pues bien, pese a que gramaticalmente podría hablarse de la concurrencia del tipo de sustracción de menores del art. 484 CP (art. 486, para menores de edad superior a la de siete años), se concluye la impunidad. Y ello porque, en las circunstancias del caso, no podía hablarse de que se diera una afectación del bien jurídico protegido en el delito, que, según se entiende de modo general, es la “seguridad” del menor, bien. Esta no había sufrido menoscabo alguno por pasar de la custodia “legal” de la madre a la “fáctica” del padre. Podría haber, por tanto un delito de desobediencia a una resolución judicial, pero no uno de sustracción de menores. En sentido idéntico se manifiesta la STS de 5.07.1993, ponente García Miguel,¹ indicando que “cuando la menor no ha corrido el menor peligro por el hecho de apoderarse de ella su padre sin otro fin que el de tenerla en su compañía, en modo alguno puede constituir el supuesto típico del delito de sustracción de menores”.

Idénticas líneas argumentales se siguen a propósito de las falsedades personales del art. 324 en la STS de 13.03.1993, ponente García Ancos;² de falsedades documentales, en la STS de 18.06.1992, ponente Moyna Ménguez;³ o del delito de impago de pensiones, por ejemplo en la SAP de la Coruña (Secc. 1.^a) de 18.11.1993, ponente Seoane Pesquera.⁴ Entre otras muchas.

Un segundo grupo de casos es el que se refiere al delito de tráfico de estupefacientes. Se trata aquí de uno de los diversos intentos jurisprudenciales de restringir el alcance punitivo del art. 344 CP, un precepto que, como ya se ha indicado, extendido a todo lo que

permiten sus términos gramaticales, apenas establece límites a la punibilidad. En sentencias como, por ejemplo, la STS de 09.02.1994, ponente Martín Pallín,⁵ o de 27.05.1994, ponente Bacigalupo Zapater, se sigue la línea argumental relativa al bien jurídico protegido para excluir la tipicidad de los casos de consumo compartido en un grupo reducido de personas, un criterio que ya puede considerarse plenamente asentado en nuestra jurisprudencia. Taxativamente, señala al respecto la segunda de las sentencias citadas que

“... la Sala no puede compartir los reparos teóricos del Ministerio Fiscal respecto de la interpretación teleológica, dado que en el fondo tiende a convertir los delitos de peligro abstracto en delitos de pura desobediencia o, dicho en una antigua terminología, en ‘delitos formales’. Si el legislador ha considerado que los delitos de tráfico o favorecimiento de la difusión de drogas son hechos punibles ‘contra la salud pública’, es indudable que su voluntad sólo será respetada en la medida en que la rúbrica de la ley no sea soslayada...”

“...el método teleológico — propugnado por todos los grandes juristas de este siglo — no apareja inseguridad jurídica alguna, o por lo menos, no más el método gramatical que propugna el Fiscal. Más aún, cuando en la ciencia jurídica se admite que el lenguaje en que se expresan las normas legales es, por esencia, ambiguo ...”

Por fin, y ya fuera del estricto ámbito del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, para entrar en el más amplio del *tello* de los precepto penales, esto es de los *fundamentos materiales* de la incriminación o, en concreto, de la *punición agravada*, es notable el grupo de sentencias que se han ido dictando en torno al delito de parricidio del art. 405 CP, en concreto para los

(1) Rep. Aranzadi 5.871.

(2) Rep. La Ley 13.053.

(3) Rep. La Ley 12.584.

(4) Rep. Actualidad Penal (Audiencias) 38.

(5) Rep. La Ley 16.042-R

supuestos de muerte de un cónyuge a manos del otro. Así, tras una sentencia como la STS de 09.12.1993, ponente Hernández Hernández,⁶ que seguía el clásico criterio formalista y hubo de afrontar el voto particular de los Magistrados Montero Fernández-Cid y Bacigalupo Zapater, tuvo lugar la trascendental STS Pleno de 18.02.1994. En su virtud se decidió por el Alto Tribunal la exclusión del ámbito típico del art. 405 de los casos en que la relación matrimonial, aun formalmente subsistente, se encontrara en tal grado de deterioro que “ya no pudiera ser fundamento suficiente para justificar un mayor reproche del autor”. Expresión de la nueva tesis material y atenta al significado político-criminal de los tipos penales son sentencias como la STS de 28.03.1994, ponente Hernández Hernández,⁷ la STS de 10.05.1994, ponente Bacigalupo Zapater,⁸ y la STS de 31.10.1994, ponente Martín Canivell.⁹ La segunda de las sentencias citadas describe la cuestión en sus justos términos al señalar que lo decisivo en la punibilidad agravada propia del parricidio respecto al homicidio es la “mutua confianza en no ser objeto de agresiones mortales por parte del otro”. Sólo cuando, además de la vida del cónyuge, se haya lesionado tal confianza, por continuar ésta existiendo en alguna medida, tendrá razón de ser, desde perspectivas materiales (político-criminales), la sanción a título de parricidio.

3.2. *El principio de intervención mínima*

En algunas sentencias se observa que la interpretación del tipo se construye partiendo de nociones inequívocamente político-criminales como las que aluden

al carácter subsidiario de la intervención penal. Ello, de nuevo, conduce a que, en supuestos en que se ha realizado gramaticalmente el tenor del tipo, se excluya la tipicidad material, apelando al carácter de “*última ratio*” del Derecho penal, que ciertamente aparece combinado con referencias a la “interpretación de las normas conforme a la realidad social” (art. 3.1. del Código civil)¹⁰ y el propio — antes mencionado — de exclusiva protección de bienes jurídicos. En este sentido — y a título puramente ejemplificativo, permítaseme mencionar la STS de 4.04.1990, ponente Puerta Luis,¹¹ así como la STS de 10.12.1991, ponente Bacigalupo Zapater,¹² ambas relativas al delito de abandono de familia del art. 487 CP.

La primera de ellas rechaza la aplicación del tipo en un caso en que quien abandonó a su esposa era un ciudadano sirio, que había contraído matrimonio tan sólo para adquirir la nacionalidad española, lo que, a juicio del tribunal, diseña “una situación o hecho sociológico más propio del ámbito civil que del penal”. En la segunda, también se excluye la tipicidad en el caso de una mujer que abandonó a sus hijos, deficientes psíquicos, a la puerta del domicilio de su hermana, por enterdese — lo que guarda estrecha conexión con el grupo anterior, aunque se apele a la subsidiariedad e intervención mínima del Derecho penal — “que los menores no se encontraban necesitados (...), pues se encontraban con su hermana y concurrían a un colegio especial. Asimismo su seguridad tampoco se veía afectada, pues estaban al cuidado de una hermana mayor de

(6) Rep. Actualidad Penal 231.

(7) Rep. Aranzadi 2.663.

(8) Rep. La Ley 13.887

(9) Rep. La Ley 14.151.

(10) Otras alusiones a este criterio interpretativo en las STS de 10.12.1992, ponente Martínez Pereda Rodríguez, y de 1.04.1993, ponente Ruiz Vadillo.

(11) Rep. La Ley 10.910.

(12) Rep. La Ley 12.247.

edad y de las personas encargadas de ello en el referido colegio al que asistían”.

3.3 El principio de proporcionalidad

Si bien es cierto que, como pusiera de relieve la citada STC de 4.07.1991, “el juicio sobre la proporcionalidad de la pena, tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación con los hechos punibles como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal”, resulta evidente que, sin desbordar el marco determinado por el principio de legalidad, los tribunales pueden practicar restricciones de los tipos sobre la base de consideraciones de proporcionalidad. Pues bine, el Tribunal Supremo también ha recurrido a este género de argumentación en diversas sentencias, de las que mencionamos algunas, a modo de ejemplo.

De nuevo son aquí significativas las resoluciones que tratan de restringir el art. 344 CP, fundamentando la atipicidad en casos de consumo compartido de drogas. En este sentido puede citarse, entre otras muchas, por sus numerosas referencias, la STS de 3.03.1994, ponente Delgado García,¹³ significativa por aludir expresamente al “*principio de insignificancia*”, criterio dogmático cuya vinculación con la idea político-criminal de proporcionalidad resulta evidente. En este mismo contexto, es muy importante, por introducir de modo directo el principio de proporcionalidad como criterio interpretativo del art. 344 bis e) — sobre comiso de instrumentos del delito de tráfico de estupefacientes — la STS de 28 de febrero de 1994, ponente Conde-Pumpido Ferreiro.¹⁴

Se trataba del comiso de un vehículo en un caso en que el valor éste resultaba abiertamente desproporcionado en relación con la cantidad e importancia de la droga aprehendida. Tal posibilidad se desestima porque “ese comiso no cumpliría las exigencias del principio de proporcionalidad, dada la disparidad del valor del bien de lícito comercio a decomisar y la gravedad del delito en que tal pena accesoria se ha impuesto”.

Sin embargo, también en otros ámbitos se está produciendo el esfuerzo por introducir consideraciones de proporcionalidad. Así, por ejemplo, en la interpretación del delito de robo con fuerza en las cosas y, en particular, del concepto de “escalamiento” (art. 504 CP), tradicionalmente aplicado mecánicamente a los casos de mera “entrada por lugar no destinado al efecto”. Aunque ello todavía despierta dudas más que fundadas desde el punto de vista del principio de legalidad, este concepto se ha restringido modernamente a los supuestos en que tal entrada “irregular” requiera una destreza o esfuerzo importante, que fundamente la agravación (por existir de algún modo “fuerza”) respecto al delito de hurto. Puede confrontarse en esta línea la STS de 25.03.1993, ponente Moyna Ménguez.¹⁵

En fin, cuando no le parece posible obtener por vía interpretativa la vigencia del principio de proporcionalidad, el Alto Tribunal recurre, de modo en absoluto inusual, a lo dispuesto en el art. 2. 2 CP, proponiendo el indulto parcial, con la consiguiente reducción de la pena. Así, para uno de los casos más significativos (la malversación impropia del art. 399 CP), entre otras, la STS de 25.01.1993, ponente Carrero Ramos,¹⁶ por entender que la pena que resulta de la doble ficción (de funcionario público y de caudal público) que introduce el

(13) Rep. Actualidad Penal 405.

(14) Rep. Actualidad Penal 385.

(15) Rep. La Ley 13.129.

(16) Rep. La Ley 15.220-R

precepto "resulta excesiva y desproporcionada con la culpabilidad del autor".

3.4 El principio de culpabilidad

En relación con este principio, de cuyo reconocimiento constitucional da razón la STC de 04.07.1991, puede también mencionarse alguna sentencia que lo esgrime en orden a la restricción del art. 344: así, por ejemplo, la STS de 12.09.1994, ponente García Miguel.¹⁷ Sin embargo, evidentemente han sido dos los temas que han centrado su posible incidencia interpretativa; concretamente, el de la agravante de *reincidencia* (art. 10.15.^a CP) y el de las *dilaciones indebidas* en el proceso. Así, en cuanto a la primera, una corriente jurisprudencial — ciertamente no exenta de contestación — ha sostenido que la agravación de la pena en virtud de la reincidencia sólo se podrá producir en el marco de la *culpabilidad por el hecho "del autor concreto"*, con lo que, eventualmente, podría tener lugar únicamente en el seno del grado mínimo de la pena. Pueden citarse en esta línea las STS de 6.03.1990 y de 5.07.1991, ponente Bacigalupo Zapater.¹⁸ Por lo que respecta a las dilaciones indebidas, la STS de 14.12.1991, ponente Bacigalupo Zapater,¹⁹ sostuvo la aplicación de la atenuante analógica del art. 9.10.^a CP, por entender que, en tal caso, la culpabilidad del sujeto se ha visto de algún modo "compensada" por la sanción fáctica derivada del retraso en el enjuiciamiento.

"El fundamento de esta compensación, como es claro, es consecuencia del principio de culpabilidad, según el cual las consecuencias del delito deben ser proporcionales a la gravedad de la culpabilidad y, por tanto, si el acusado ha sufrido ya un mal con la excesiva

duración del proceso, éste debe serle computado en la pena."²⁰

Esta línea, con todo, no ha tenido acogida general todavía, como pone de relieve la STS de 5 de junio de 1995, ponente Hernández Hernández,²¹ que expone el estado de la cuestión sobre las posibles formas de tratar los retrasos injustificados en el procedimiento.

Una gran importancia, en estrecha relación con la anterior, es el progresivo asentamiento de la tesis según la cual la *atenuante de "análoga significación"* (art. 9, 10.^a CP) constituye una cláusula general de individualización general de la pena que persigue la mejor adecuación de ésta a la concreta culpabilidad del autor. Así, se estima que lo decisivo no es la similitud formal o externa con las restantes atenuantes, sino precisamente con la idea general informadora de las mismas. Pueden examinarse, en esta línea las STS de 04.03.1994, ponente Hernández Hernández,²² y de 3.02.1995, ponente De Vega Ruiz.²³ En particular, para casos de *reparación del daño tras la apertura del procedimiento judicial*, las STS de 26.09.1994, ponente Bacigalupo Zapater,²⁴ y de 05.10.1994, ponente Montero Fernández-Cid.²⁵

3.5 El principio de resocialización

Referencias a este principio aparecen, por ejemplo, en relación con la *regla del art. 70.2 CP, en materia de acumulación de condenas*, en la STS de 04.11.1994, ponente Soto Nieto,²⁶ indicándose expresamente que "todo acuerdo judicial que se desvíe o con-

(17) Rep. Actualidad penal 679.

(18) Rep. La Ley 12.888-R y 11.850, respectivamente.

(19) Rep. La Ley 12.231.

(20) Cfr. también la STS de 10.05.1994, ponente Ruiz Vadillo, con voto particular de Bacigalupo Zapater. Rep. Actualidad Penal 530.

(21) Rep. La Ley 14.542.

(22) Rep. Actualidad Penal 343.

(23) Rep. La Ley 16.669-R.

(24) Rep. Actualidad Penal 766.

(25) Rep. Actualidad Penal 784.

(26) Rep. La Ley 16.515-R.

tradiga tan elevados y humanitarios principios (*scil.* los de reeducación y reinserción social) se sitúa al margen del impulso y sentir constitucional". Ello conduce de hecho a una aplicación analógica de la mencionada regla: STS de 20.10.1994, ponente Soto Nieto.²⁷ Asimismo, se argumenta con el principio de resocialización para sostener la necesidad de rebaja de pena en dos grados — y no sólo en uno — en casos de *minoría de edad de dieciocho años* (art. 65 CP) en la STS de 11.05.1994, ponente Hernández Hernández.²⁸ En fin, y a propósito de las *dilaciones en el proceso* (aunque éstas no fueren indebidas), en la medida en que pueden "afectar a la función rehabilitadora y resocializadora de la pena privativa de libertad", la STS de 26.01.1993, ponente Moyna Ménguez,²⁹ propone un recurso a medidas de gracia sobre la base directa del referido principio de resocialización. Pero, como en los demás grupos de casos, no resultaría difícil hallar otros ejemplos.

3.6 Otras repercusiones de la orientación teleológica adoptada

Hasta aquí hemos aludido a sentencias en las que una orientación teleológica conducía directamente a la restricción de la responsabilidad del autor, en atención a alguno de los fines político-criminales reseñados. Sin embargo, esta exposición quedaría incompleta si no se mencionaran también otras sentencias en las que el método reseñado conduce en la práctica a una ampliación de la responsabilidad del sujeto activo, en virtud de la restricción de las eximentes.

O de la negativa a restringir el ámbito de conductas típicas, precisamente por razones teleológicas: así, la STS de

03.11.1993, ponente Puerta Luis.³⁰ Con todo, aunque la solución que se da en el caso resulta satisfactoria, la argumentación teórica no me parece aquí convincente cuando se señala que, a partir del reconocimiento de la libertad sexual como bien jurídico protegido en el tipo, una interpretación teleológica de la ley penal que tenga en cuenta estas consideraciones no debe introducir elementos nos expresos en la ley para reducir el ámbito de la protección penal del bien jurídico. Consecuentemente, el concepto de intimidación en el delito de violación no tiene por qué ser diferente del que se acepta en el delito de robo".

La interpretación restrictiva de eximentes y atenuantes desde perspectivas teleológicas, sin embargo, no debe producir ni excesiva extrañeza ni, desde luego, oposición. Ciertamente, el Derecho penal debe hallar la adecuada síntesis entre los intereses del autor y los de la víctima, pues en realidad ha de ser *Magna Charta* tanto de uno como de otra. De modo que una interpretación maximalista de las eximentes no es siempre la solución político-criminal más adecuada, como, por otra parte, la doctrina ha puesto de manifiesto, aunque el tema no esté exento de polémica.

Representativas de esta línea., que constituye, desde luego, la "otra cara" de una Jurisprudencia que afronta la tarea interpretativa desde perspectivas no formalistas-gramaticales, sino materiales y político-criminales, son diversas sentencias. Así, las que acogen la tesis de las "restricciones ético-sociales de la legítima defensa"; por ejemplo, la STS de 16.12.1993, ponente Bacigalupo Zapater.³¹

"...la legítima defensa debe reconocer también límites que, en ocasiones, han sido calificados de éticos. En este sentido, se ha condicionado el derecho de

(27) Rep. Aranzadi 8.350.

(28) Rep. Actualidad Penal 517.

(29) Rep. Actualidad Penal 216.

(30) Rep. La Ley 13.561.

(31) Rep. Actualidad Penal 237.

defensa a la inexistencia de una desproporción exagerada entre el daño que se quiere evitar mediante la defensa y el que es necesario para ella".

De modo relativamente próximo, las que proceden a restringir desde perspectivas funcionalistas (¿de prevención general positiva?) la eximente de estado de necesidad. Por ejemplo, la STS de 9.06.1992, ponente Moner Muñoz:³²

"Para la apreciación de la eximente del art. 8.7 CP en los delitos contra la propiedad, la jurisprudencia viene siendo restrictiva por los riesgos que implicaría para la política penal y de seguridad ciudadana..."

Asimismo, las que restringen la apreciación de la atenuante de arrebatado u obcecación y otros estados pasionales (art. 9.º, 8.º CP), excluyéndola, por un lado, sobre la base del ejemplo del régimen del trastorno mental transitorio, cuando los estímulos de su excitación los provocó el propio autor; o, por el otro, desde perspectivas victimodogmáticas, cuando tales estímulos no fueron provocados por la víctima. Puede confrontarse sobre todo ello la STS de 14.03.1994, ponente Conde-Pumpido Ferreiro,³³ sobre lo primero, además, la STS de 11.07.1995, ponente Bacigalupo Zapater.³⁴

En fin, las que excluyen la apreciación de la excusa absolutoria de parentesco del art. 564 CP en casos en que ha desaparecido, no ya la "*affectio maritalis*", sino incluso la propia convivencia familiar, aunque persista el vínculo matrimonial. En esta línea, para

un delito de alzamiento de bienes, se expresa la STS de 22.06.1992, ponente García Ancos,³⁵ por entender que la finalidad político-criminal de tal excusa es

"... preservar, en lo posible, las relaciones matrimoniales, que se verían deterioradas (...) si al delito cometido se le aplicare la correspondiente pena con todas sus consecuencias"

de modo que no procede tomarla en consideración cuando tal "*telos*" resulta ya lamentablemente inalcanzable.

4. Conclusión

Asistimos a un momento histórico en que la praxis político-criminal de las diversas legislaciones — incluida, por supuesto, la española — a menudo aparece alejada de los paradigmas de una auténtica Política criminal regida por la síntesis coherente de fines preventivos y aspiraciones garantísticas. Con todo, existen motivos para un moderado optimismo si atendemos al devenir de la "*Política criminal en lo pequeño*". En efecto, la Jurisprudencia de Tribunal Supremo, en su interpretación de los diversos preceptos, es expresión del esfuerzo por la integración de los principios político-criminales que definen la compleja teleología de un Derecho penal correctamente entendido como "*Magna Charta*". Podemos, pues, concluir como lo hiciera aquel menestral alemán ante su *káiser*: afirmando que, pese a todo, "todavía hay jueces en Berlín".

(32) Rep. La Ley 14.818-R.

(33) Rep. La Ley 13.781. Como justo complemento de esta doctrina, también se estima que no cabe apreciar la agravante de parentesco (art. 11 CP) si en el caso medió provocación por parte de la víctima: así, en la STS de 13.10.1993, ponente De Vega Ruiz. Rep. La Ley 13.468.

(34) Rep. La Ley 16.998-R.

(35) Rep. Aranzadi 5.805. También como complemento de esta doctrina puede citarse la misma STS de 13.10.1993, ponente De Vega Ruiz. Rep. La Ley 13.468, que rechaza la agravante de parentesco si, aunque subsista el vínculo, ha desaparecido la afectividad.