

---

# Concepte de dret penal

---

## Concepte, principis rectors del poder punitiu i límits de la vigència de la llei penal

PID\_00225846

Carmen Tomás-Valiente Lanuza

**Carmen Tomás-Valiente  
Lanuz**

Professora titular de Dret penal de la  
Universitat de València

Tercera edició: setembre 2015  
© d'aquesta edició, Fundació Universitat Oberta de Catalunya (FUOC)  
Rambla del Poblenou, 154-156, 08018 Barcelona  
Autoria: Carmen Tomás-Valiente Lanuz  
Producció: FUOC  
Tots els drets reservats

*Cap part d'aquesta publicació, incloent-hi el disseny general i la coberta, no pot ser copiada, reproduïda, emmagatzemada o transmesa de cap manera ni per cap mitjà, tant si és elèctric com mecànic, òptic, de gravació, de fotocòpia o per altres mètodes, sense l'autorització prèvia per escrit del titular dels drets.*

Passats tres anys des de la data de publicació de la primera edició d'aquest material, es considerarà publicat sota llicència Creative Commons (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.ca>).



# Índex

<b>Introducció</b> .....	5
<b>Objectius</b> .....	6
<b>1. Concepte de dret penal</b> .....	7
1.1. Introducció al concepte de dret penal .....	7
1.2. La funció del dret penal i els instruments per a aconseguir satisfer-la (penes i mesures de seguretat) .....	8
1.3. Estructura i funció de la norma penal .....	9
1.3.1. Estructura de la norma penal .....	10
1.3.2. Funció de la norma penal .....	10
1.4. La qüestió de les finalitats de la pena .....	12
1.4.1. Les diferents teories sobre les finalitats de la pena .....	12
1.4.2. Finalitat, fonament i límits de la pena .....	17
1.5. Posició del dret penal en l'ordenament jurídic .....	18
1.5.1. Dret penal i Constitució .....	18
1.5.2. Relacions amb altres branques de l'ordenament. Dret penal i dret administratiu sancionador .....	19
<b>2. Principis limitadors del poder punitiu estatal</b> .....	21
2.1. El principi de legalitat .....	21
2.1.1. Sentit i origen del principi de legalitat .....	21
2.1.2. Garanties i exigències derivades del principi de legalitat .....	22
2.1.3. Tècniques interpretatives i normatives problemàtiques tenint en compte el principi de legalitat .....	23
2.2. Principi d'ofensivitat, lesivitat o protecció exclusiva de béns jurídics .....	26
2.3. El caràcter doblement fragmentari del dret penal. El principi d'intervenció mínima o d' <i>ultima ratio</i> .....	26
2.4. El principi de prohibició d'excés o de proporcionalitat en sentit ampli .....	28
2.5. El principi de culpabilitat .....	29
2.6. El principi <i>non bis in idem</i> .....	30
2.6.1. El principi <i>non bis in idem</i> en les relacions entre dret penal i dret administratiu sancionador .....	30
2.6.2. El principi <i>non bis in idem</i> en el si del dret penal. El conkurs de lleis .....	32
<b>3. La vigència de la llei penal</b> .....	35

3.1. La vigència temporal de la llei penal .....	35
3.1.1. Irretroactivitat de les lleis penals no favorables .....	35
3.1.2. Supòsits conflictius .....	36
3.1.3. El moment de la comissió del delictes .....	37
3.2. La vigència espacial de la llei penal .....	38
3.2.1. Principis rectors en la matèria .....	38
3.2.2. El lloc de comissió del delictes .....	42
3.3. La vigència personal de la llei penal .....	42
<b>Resum</b> .....	45
<b>Exercicis d'autoavaluació</b> .....	47
<b>Solucionari</b> .....	49
<b>Glossari</b> .....	50
<b>Bibliografia</b> .....	51

## **Introducció**

En el nostre entorn cultural, el dret penal és un instrument fonamental de control social, tot i que orientat a certes finalitats i perfectament delimitat per uns límits concrets. El dret penal propi d'un estat democràtic de dret no persegueix, en efecte, la mera subjecció dels ciutadans a l'autoritat estatal sense objectius ulteriors, sinó que, al contrari, busca aconseguir una meta clara: una convivència social com més pacífica millor en què els ciutadans ens abstinguem de lesionar els interessos més essencials dels altres. D'altra banda, no es pot pretendre assolir un objectiu tan legítim tant sí com no i sense subjecció a cap límit: la mateixa Constitució, en traçar les línies essencials de la nostra forma d'estat, fixa uns principis irrenunciables que restringeixen tant el poder legislatiu com el judicial a l'hora d'emetre i aplicar, respectivament, aquestes normes penals en què es descriuen els delictes i les conseqüències jurídiques que se'ls assignen.

Així, doncs, aquest primer mòdul té per objecte l'estudi del concepte de dret penal, els objectius que persegueix, les normes que el formen, els principis de l'origen constitucional als quals se subjecta i els límits a la seva vigència en els ordres espacial, temporal i personal. D'aquesta manera establirem certes bases conceptuals que seran fonamentals per als mòduls següents.

## Objectius

Aquest mòdul es planteja els objectius següents:

- 1.** Oferir un concepte introductor del dret penal com a branca del dret positiu, i també dels seus tres components fonamentals: el delictes, la pena i la mesura de seguretat.
- 2.** Exposar els diferents enteniments de la norma penal i les conseqüències de cada un amb vista a comprendre el concepte mateix i l'estructura del delictes.
- 3.** Presentar el dret penal i la pena com a instruments de tutela de béns jurídics i atorgar, per tant, a aquesta última una finalitat preventivogeneral –sense desconèixer per aquest motiu el joc, en plans diferenciats, dels aspectes retributius i de prevenció especial.
- 4.** Incardinar el dret penal en el conjunt de l'ordenament jurídic, i destacar-ne especialment l'íntima vinculació amb el text constitucional.
- 5.** Insistir en la visió de l'exercici de la potestat punitiva estatal com un instrument restrictiu de drets fonamentals dels ciutadans que, per aquest motiu, ha d'estar sotmès a una sèrie de límits infranquejables, cristal·litzats en un conjunt de principis entre els quals destaca especialment el de legalitat.
- 6.** Diferenciar la vigència de la llei penal en tres ordres: el temporal (marcat pel principi fonamental d'irretroactivitat de les normes penals desfavorables per al reu), l'espacial (regit pel principi de territorialitat, matisat i completat per altres) i el personal (que obliga a estudiar les anomenades *inviolabilitats* i *immunitats*).

# 1. Concepte de dret penal

Estudiem a continuació la definició de Dret penal i els seus diferents elements.

## 1.1. Introducció al concepte de dret penal

És fàcil estar d'acord en el fet que, si no hi hagués mecanismes de resposta davant les agressions de què es pot ser objecte en els diversos interessos (vida, integritat física, llibertat, propietat), les relacions entre les persones quedarien sotmeses a la llei del més fort. Naturalment, sempre hi ha hagut mitjans d'aquest tipus, que en temps passats tenien un caràcter purament privat (autodefensa, revenja); tanmateix, a poc a poc, i a mesura que els grups socials es van organitzant, aquestes formes de reacció davant l'agressió es deleguen en el cap del grup, i també comencen a adquirir el caràcter públic que les caracteritza en les societats actuals. D'altra banda, de seguida s'adverteix que el **procediment més efectiu** per a tutelar els interessos dels individus o de la mateixa col·lectivitat no consisteix a defensar-los davant de cada agressió concreta, sinó a **evitar que s'arribin a produir amb l'amenaça d'un mal**.

En la nostra societat és l'Estat, com a **titular legítim exclusiu de l'ús de la violència**, l'únic que pot exercir aquesta tasca de tutela dels béns jurídics per mitjà de l'amenaça. Doncs bé, el dret penal s'encarrega precisament d'això: selecciona determinades conductes lesives (les més greus) i commina amb una pena (o, si escau, una mesura de seguretat) qui les dugui a terme. En aquest punt ja podem oferir un **primer concepte de dret penal**:

El dret penal és la part de l'ordenament jurídic encarregada de regular el poder punitiu de l'Estat que, per a protegir valors i interessos (dotats, com veurem després, de rellevància constitucional), defineix com a delictes determinades conductes, a la verificació de les quals associa com a conseqüències jurídiques penes o mesures de seguretat.

Així, doncs, el dret penal és, abans que res, una part de l'ordenament, un conjunt de normes que preveuen delictes i els castiguen amb penes, un dret positiu públic de caràcter obligatori. Des d'aquest punt de vista, parlem de **dret penal en sentit objectiu**. D'altra banda, i com es dedueix d'això anterior, aquestes normes regulen el que denominem el *poder punitiu de l'Estat*, el *ius puniendi* estatal (que se sol anomenar **dret penal en sentit subjectiu** o potestat punitiva), i li atribueixen la tasca de tutelar els béns jurídics, però també la sotmeten a determinats límits fonamentals que el mateix Estat ha de respectar. Precisament perquè el dret penal se serveix de la coacció i de formes de resposta

### La llei del més fort

En èpoques anteriors a l'existència de l'Estat la reacció davant les conductes lesives se centrava en mecanismes privats, com la defensa i la revenja.

molt greus que comporten la privació de drets fonamentals, resulta essencial establir uns límits clars en la potestat punitiva, que seran objecte d'estudi independent en apartats posteriors.

## 1.2. La funció del dret penal i els instruments per a aconseguir satisfer-la (penes i mesures de seguretat)

Acabem d'esmentar que la finalitat del dret penal és tutelar valors o interessos determinats –els béns jurídics– per a assolir una convivència social pacífica. Aquests béns jurídics, com detallarem més endavant (vegeu l'apartat 2.5.1 del mòdul "El delictes. Antijuridicitat"), han d'estar dotats d'una rellevància constitucional implícita o explícita. Atès que, com acabem de veure, el dret penal comporta la restricció de drets fonamentals i especialment de la llibertat general d'actuar, consagrada com a valor fonamental del nostre ordenament per l'article 1.1 de la CE, la seva intervenció només es pot justificar en nom de la protecció de béns mereixedors de tutela tenint en compte el conjunt de valors determinats per la norma fonamental.

Com opera el dret penal per a complir aquesta funció? En primer lloc, per mitjà de la selecció dels valors o interessos que vol protegir (la vida, la llibertat, l'honor, la intimitat, la propietat, el medi ambient). En segon lloc, i una vegada s'ha fet aquesta selecció, el legislador **emet normes en què es descriuen les conductes atemptatòries contra aquests béns** i les conductes que es vol prohibir –tant perquè els destrueixen directament com perquè els posen en perill–, amb la qual cosa creen els delictes<sup>1</sup>.

I precisament per tal que la prohibició d'aquestes conductes tingui sentit veritable, el legislador associa una conseqüència desfavorable a la seva comissió (**la pena**), amb la qual cosa es transmet un missatge clar als ciutadans: **qui dugui a terme aquestes conductes** es veu, al seu torn, **privat de certs drets** (la llibertat en les penes privatives, la propietat en les de multa, altres drets en penes, com les d'inhabilitació, o treballs en benefici de la comunitat).

La pena és un mal, una privació de drets amb què s'amenaça els subjectes en cas que cometin un delictes<sup>2</sup>.

Al seu torn, el delictes es pot definir com la conducta humana descrita per la llei d'una manera explícita i jurídicament desvalorada en la mesura que resulta negativa per a la conservació dels valors positius reconeguts per l'ordenament, que és fruit de la infracció del deure d'abstenció imposat pel legislador penal i la verificació del qual comporta una sanció.

<sup>(1)</sup>El llibre II del Codi penal constitueix precisament el catàleg de totes aquestes conductes prohibides considerades delictes.

### Penes i mesures de seguretat

Per a aconseguir el seu objectiu de protegir béns jurídics, el dret penal es val de dos instruments: pena i mesures de seguretat.

<sup>(2)</sup>És, per tant, un mal que s'associa directament a la comissió del delictes com la seva conseqüència jurídica.

Ara bé, l'amenaça de **pena** només pot operar realment sobre els subjectes que estan en condicions d'entendre aquest missatge i de comportar-se d'acord amb aquesta comprensió<sup>3</sup>. Només als individus que han infringit lliurement el deure d'abstenció que els ha assignat el legislador té sentit imposar-los el càstig en què consisteix la pena. Si el subjecte –per diverses raons– no té prou grau de capacitat per a guiar el seu comportament, no funcionarà ni l'amenaça de la pena ni tindrà sentit imposar-la com a resposta a una conducta que no ha estat lliure de controlar. Tanmateix, tot això no impedeix que subjectes d'aquest tipus<sup>4</sup> puguin representar un perill en la mesura que es pugui preveure que cometran alguna de les conductes lesives que es descriuen com a delictes. En cas que hi hagi aquesta perillositat criminal, el que s'imposa no és una pena, sinó una **mesura de seguretat**, que també consisteix en una privació o restricció de drets (per exemple, un internament en una institució per al tractament de les malalties mentals).

<sup>(3)</sup>Els subjectes anomenats imputables, o si es vol dir d'una altra manera, lliures, capaços de guiar el seu comportament i de deixar-se inhibir per aquesta amenaça.

<sup>(4)</sup>Persones amb anomalies mentals, per exemple.

Així, doncs, a diferència de la pena, la mesura de seguretat no consisteix en l'amenaça d'un mal per al cas que es cometi un delicte, sinó que, conceptualment, és una forma de tractament, l'objectiu de la qual és aconseguir que el subjecte perillós no delinqueixi en el futur.

El concepte central de les mesures de seguretat és, per tant, el de **perillositat criminal**, que podem definir com el judici de pronòstic que afirma la probabilitat que un subjecte determinat cometi delictes en el futur. Ara bé, en el nostre sistema no n'hi ha prou amb aquesta mera probabilitat perquè entri en joc la figura que ens ocupa; només si el subjecte ja ha mostrat indicis de perillositat criminal amb la comissió prèvia d'un fet típic i antijurídic es pot procedir, si escau<sup>5</sup>, a la imposició d'una mesura de seguretat. Dit d'una altra manera, **el nostre dret només admet les mesures de seguretat anomenades postdelictuoses**. Tornarem a tractar d'aquests assumptes en el mòdul "Conseqüències jurídiques del delicte" d'aquesta assignatura.

<sup>(5)</sup>És a dir, si a més és probable que torni a delinquir.

### 1.3. Estructura i funció de la norma penal

Acabem de veure com, per tal de protegir béns jurídics, el legislador emet normes en què descriu unes determinades conductes valorades negativament com a delictes, i les associa a certes penes o (si escau, afegint el factor perillositat criminal) a mesures de seguretat concretes.

Abans de detenir-nos una mica més en l'estudi d'aquesta norma penal, és procedent, com a pas previ, establir una distinció entre aquesta norma i la llei penal.

#### Llei penal i norma penal

En realitat, llei penal és un terme polivalent, atès que el podem aplicar a tot el Codi penal com un bloc (que, de fet, s'aprova al Parlament com una sola llei orgànica; en el cas del Codi vigent, la LO 10/1995, de 23 de novembre), a les anomenades *lleis penals especials*

(com, per exemple, la LO 12/1995, de 12 de desembre, de repressió del contraban) o simplement a cada un dels fragments que conté el Codi com articles.

En qualsevol cas, el que ens importa deixar clar és que les **lleis penals** són les disposicions que contenen les **normes penals** (de manera que integren el "continent"), mentre que aquestes últimes són, d'altra banda, el missatge adreçat tant als ciutadans obligats a complir-les com als jutges que les han d'aplicar (és a dir, el "contingut" de la llei penal).

### 1.3.1. Estructura de la norma penal

Pel que fa a l'estructura formal, la **norma penal** continguda en la llei penal, com tota norma jurídica, es compon d'un supòsit de fet<sup>6</sup> i d'una conseqüència jurídica<sup>7</sup> que s'assigna en cas que es verifiqui el primer.

<sup>(6)</sup>La conducta descrita com a delicte o com a pressupòsit de la mesura de seguretat.

<sup>(7)</sup>La pena o la mesura de seguretat.

Si ens fixem en els articles de l'anomenada *part especial del Codi* (integrada pels llibres II i III), observem que, en principi, el que s'hi inclou és la idea que a un fet determinat li sigui assignada una pena determinada. La norma penal s'adreçaria, així, al jutge, que estaria obligat, si es compleix el supòsit de fet, a imposar la conseqüència jurídica corresponent. Aquest missatge se sol anomenar **norma secundària**. Tanmateix, a més d'aquest aspecte o mandat adreçat al jutge, les normes de la part especial del Codi també llancen implícitament un missatge al ciutadà, i li prohibeixen d'adoptar les conductes que porten associada una pena. Tot i que el Codi penal no estableixi expressament "queda prohibit l'homicidi" –sinó que l'article 138 tan sols diu que a qui mati una altra persona li serà imposada una pena de deu a quinze anys de presó, també conté la prohibició de la conducta de matar, el que coneixem com a **norma primària**.

#### Norma primària i norma secundària

Tot i que utilitzem aquesta terminologia que distingeix entre norma primària i norma secundària, la norma penal és només una, malgrat contenir aquests dos missatges diferenciats: l'un adreçat al jutge i l'altre, al ciutadà.

### 1.3.2. Funció de la norma penal

Si la **funció determinant** del dret penal és, com ja hem comentat, **protegir béns jurídics** amb rellevància constitucional, aquest fet comporta una sèrie de conseqüències amb vista a la comprensió de l'essència o funció de les normes penals (terme que farem servir, tret que s'especifiqui una altra cosa, per a referir-nos a les normes primàries adreçades als ciutadans). En la doctrina actual se sol admetre que la norma penal presenta un aspecte de **determinació de la conducta** (prohibició adreçada als ciutadans pel que fa a la comissió d'aquest delicte), i un aspecte de **valoració** que precedeix lògicament l'anterior, perquè només es pot prohibir el que es considera disvaluós (matar, robar, abusar sexualment d'una persona), o ordenar el que es considera desitjable (per exemple, auxiliar qui està en perill manifest –article 195 del CP). Quan ja s'ha admès la coexistència tots dos aspectes en la norma penal, les discrepàncies doctrinals

#### La norma penal

La norma penal expressa una valoració positiva dels béns jurídics que el legislador vol protegir i un mandat adreçat al ciutadà perquè s'abstingui de lesionar-los.

es manifesten sobre quin dels dos elements s'ha de considerar funció primordial o essencial de la norma penal, i també respecte a les conseqüències de cada un en la construcció teòrica o dogmàtica del delictes.

Una **concepció predominantment imperativa de la norma** és la que la considera abans que res un imperatiu, i posa èmfasi no en la valoració que es pugui desprendre de la norma, sinó en el fet que permet d'expressar un **mandat** o **prohibició**. La norma intenta determinar o motivar els ciutadans perquè no cometin delictes, tant prohibint-los una acció (matar) com manant-los una acció concreta (el que succeeix en els delictes d'omissió, com el que s'esmenta en l'article 195 del CP, que ordena socórrer qui estigui en perill), amb el qual es concebria, abans de res, com una norma de determinació. D'aquesta concepció se'n deriven una sèrie de conseqüències dogmàtiques que examinarem més endavant (mòdul 2). De moment n'hi ha prou d'esmentar la més rellevant de totes, que consisteix en el fet que l'essència del delictes s'identificarà amb el moment subjectiu de desobediència d'aquest mandat. Després d'haver adoptat una comprensió predominantment imperativa de la norma com a punt de partida, el que anomenem *antijuridicitat*, contingut d'injust o injust del fet previst com a delictes es determina essencialment en haver desobeït l'imperatiu contingut en la norma penal.

#### **Crítica de la concepció predominantment imperativa**

Aquesta comprensió de la norma penal resulta, tanmateix, criticable per diverses raons. Així, en fer residir l'injust del fet en el moment de desobediència o de rebel·lió davant el dret, correm el risc de derivar en una concepció autoritària de la norma, massa orientada a regir les intencions de l'individu en detriment de la importància dels resultats de la seva conducta. A més, i com estudiarem detalladament més endavant, aquesta concepció fonamentalment imperativa confon el que en realitat són dos elements diferenciats dins el delictes (les esferes de l'antijuridicitat i la culpabilitat), sense aconseguir explicar adequadament com poden infringir el mandat els incapaços de percebre'l (nens petits, persones totalment privades de capacitat de comprensió, etc.).

No obstant això, hi ha una altra possible comprensió de la norma penal<sup>8</sup> que atorgui rellevància primordial al seu **aspecte valoratiu** i que, sense negar la coexistència d'aquesta dimensió i la purament imperativa, les consideri per separat en dos moments diferents de la construcció teòrica del delictes (**teoria de la doble funció de la norma penal**).

<sup>(8)</sup>Com el que va defensar el penalista alemany Mezger en les primeres dècades del segle passat.

La norma és, en primer lloc, una valoració del legislador sobre determinades accions i els seus resultats: l'establiment d'unes prohibicions (robar) i mandats (denunciar els delictes de pròxima o actual comissió dels quals es tingui notícia) expressa la selecció i valoració positiva dels béns jurídics que se cerca protegir (el patrimoni, l'Administració de justícia, etc.).

Per això, en aquest primer sentit, es parla de la norma penal com a **norma objectiva de valoració**, és a dir, com una opció axiològica del legislador per la qual estableix un "haver de ser" ideal, un ordre de valors que vol preservar

(i del qual se'n deriva un deure o mandat general d'abstenir-se de lesionar aquests béns jurídics). Des d'aquest enteniment, l'**essència del delicte**, l'injust d'una conducta, la seva antijuridicitat, consisteix precisament en la **vulneració d'aquest haver de ser ideal** per mitjà de la lesió o de posar en perill el bé jurídic valorat d'una manera positiva pel legislador, cosa que ens condueix a una diferència important respecte a l'imperativisme: mentre que en aquest últim l'injust del fet consisteix en la desobediència del mandat (i, per tant, es posa l'accent en un aspecte subjectiu), des d'aquest altre punt de partida, l'injust d'un comportament està en la lesió o posada en perill del bé jurídic seleccionat i valorat pel legislador; és a dir, en la vulneració de l'ordre objectiu de valors establert per aquest legislador (una qüestió objectiva).

Tanmateix, per a aquesta teoria la norma penal també conté un **mandat concret** adreçat als ciutadans (a cada un), en què es prohibeix o s'ordena una conducta determinada. Per aquest motiu, considera que juntament amb l'aspecte objectiu-valoratiu ressaltat abans, la norma penal té simultàniament una segona dimensió com a **norma subjectiva de determinació**. La infracció d'aquest deure subjectiu, l'incompliment d'aquest mandat o prohibició adreçat a cada ciutadà concret és el que segons aquesta concepció correspon a un segon moment de la teoria del delicte: el de la culpabilitat.

Veiem així que adoptar una concepció predominantment imperativa o predominantment valorativa de la norma penal (aquesta segona concepció també anomenada *teoria de la doble funció de la norma penal*) comporta certes repercussions en la manera d'entendre el concepte del delicte i en l'estructuració del seu contingut, sobre les quals tornarem més extensament en el mòdul 2 (apartat 2.1.1).

#### **1.4. La qüestió de les finalitats de la pena**

S'estudien seguidament les teories i concepcions bàsiques sobre les finalitats de la pena.

##### **1.4.1. Les diferents teories sobre les finalitats de la pena**

Ja hem insistit que la funció del dret penal és la d'aconseguir la pau social per mitjà de la protecció dels béns jurídics més fonamentals. Això es pretén aconseguir no solament amb les mesures de seguretat, sinó també mitjançant l'amenaça de la imposició d'una pena si es duen a terme accions lesives de béns jurídics. Ara bé, com actua en concret el mecanisme de la pena? Com és efectiva la pena per a complir aquesta finalitat del dret penal? Ens trobem davant d'una qüestió de fons sobre la qual s'ha discutit enormement al llarg de la història. Aquest gran debat es pot explicar entorn de tres idees fonamentals, amb les quals la doctrina ha intentat respondre aquest interrogant: la idea

de la retribució, la de la prevenció general i la de la prevenció especial; no falten tampoc construccions mixtes o eclèctiques que combinen aspectes de les anteriors.

### 1) Teories de la retribució (també anomenades teories absolutes)

Aquesta manera d'entendre la pena parteix de la idea que la tasca del dret penal consisteix a retribuir i compensar el delictes comès mitjançant la pena. La funció de la pena és, doncs, respondre a un mal amb un altre mal –proporcionat a la gravetat del primer–; la pena no obeeix a raons d'utilitat social, sinó únicament a la idea de justícia. Es tracta, en definitiva, de castigar pel mal comès de manera proporcionada i incondicionada a altres tipus de consideracions (i per això se'n diuen *teories absolutes*, és a dir, no relatives a cap finalitat).

Aquesta idea s'ha fundat en raons religioses, ètiques i jurídiques. Deixant de banda el primer tipus de consideracions, es pot dir que els representants més importants del segon i del tercer punts de vista són, respectivament, Kant i Hegel.

- En **Kant**, la pena es concep com una necessitat ètica, un imperatiu categòric. La justícia imposa un mandat incondicionat d'assignar una pena a cada fet delictiu, sense atendre cap raó d'utilitat social.

L'exemple, molt expressiu, emprat per Kant és el següent: "Encara que tots els membres d'una comunitat acordessin per unanimitat dissoldre's (p. ex., si la població que habita una illa acordés que cada un anés per les seves i escampar-se pel món), abans que això es duqués a terme s'hauria d'executar l'últim assassí que fos a la presó, perquè tothom sabés el tracte que mereixen els seus fets..."

No es tracta, per tant, de castigar els delictes per raons d'utilitat –com ara desincentivar el ciutadà concret que ha delinquit o la resta de la ciutadania per tal que no torni a cometre crims. Encara que la pena resulti innecessària des del punt de vista de la societat, com en l'exemple de la comunitat que es dissol, s'ha de retribuir de manera justa el mal que s'ha causat independentment de qualsevol altra consideració. No obstant això, per a comprendre adequadament el seu veritable sentit, aquestes afirmacions –que inicialment poden semblar molt severes– s'han de situar en el context del seu temps i en el de la filosofia kantiana mateixa; en allunyar la pena de qualsevol finalitat d'utilitat social, Kant insisteix en la seva idea fonamental de concebre l'home com una finalitat en si mateixa i mai com un mitjà per a obtenir una utilitat determinada; per això aquesta concepció de la pena presenta també una cara clarament garantista per al reu, que se centra en l'exigència de proporcionalitat entre la pena i el crim comès: només en la mesura en què la pena és proporcionada, merescuda i adequada a allò que el delictes concret mereix, es tracta l'home com una finalitat i no com un mitjà.

- Les aportacions de **Hegel** en relació amb la finalitat de la pena s'insereixen també en el context general de la seva filosofia (la coneguda *teoria dialèctica*). Així, en la mesura en què el delictes representa la negació per la vo-

#### La pena com a retribució

La pena com a càstig proporcionat al mal causat i a la culpabilitat de l'autor.

luntat especial del delinqüent de la voluntat general expressada en l'ordre jurídic, la pena s'articula com la resposta del sistema que, negant el delicte, afirma la prevalença de l'ordenament (la doble negació es converteix en l'afirmació del dret). Per tant, més que en la idea del mereixement de pena, s'insisteix en la necessitat de restaurar amb la pena l'ordre jurídic violat pel delicte.

La idea de la retribució com a finalitat de la pena ha estat objecte de **crítiques**. 1) D'una banda, aquesta teoria es critica pel fet de basar-se excessivament en consideracions morals o ètiques; davant d'això s'argüeix que no és competència de l'Estat l'afirmació de valors inamovibles de justícia, sinó que aquest només ha de fer possible una convivència pacífica en la societat. 2) En segon lloc, des de determinades concepcions filosòfiques es critica que la idea de la retribució, pel fet de basar-se en la culpabilitat del delinqüent, parteix d'un *prius* filosòficament indemostrable, com és el lliure albir humà. Només si pressuposem en l'ésser humà la capacitat de triar lliurement se'l pot castigar pels fets que comet, i aquesta llibertat és precisament el que es discuteix (tornarem sobre aquesta argumentació extensament en el mòdul V, apartat 1.3, quan tractem de la culpabilitat). 3) En tercer lloc, aquesta teoria també es critica perquè, com que només pretén retribuir, s'ignoren consideracions fonamentals com les que atenen les necessitats de pau social o de resocialització del delinqüent; si el que s'exigeix és retribuir el fet comès, es legitimaria castigar fins i tot en casos en els quals no hi ha una punibilitat des del punt de vista de la pau social (que és en realitat la finalitat que atorga legitimitat al dret penal) o des del punt de vista de la perillositat del delinqüent.

Tanmateix, la teoria retributiva de la pena conté també **aspectes positius** que no es poden desconèixer. Pel fet d'insistir en la necessitat de castigar el delicte de manera proporcionada a la culpabilitat del delinqüent, estableix un límit fonamental a la pena que es pot imposar. No hi ha cap consideració, com podria ser la necessitat social d'intimidat la ciutadania per a prevenir delictes futurs o la d'evitar que aquest subjecte concret torni a delinquir, que pugui justificar que es castigui un subjecte de manera que se superi el límit de la seva culpabilitat. Aquesta constitueix avui una garantia essencial, acceptada per tota la doctrina penal, independentment que s'accepti o no la teoria retributiva en si mateixa.

## 2) Teories de la prevenció o relatives

A diferència de les teories retributives o absolutes, que, com hem vist, prescindien de qualsevol consideració d'utilitat, les teories preventives generals conceben la pena abans que res com un instrument útil a la societat que pretén evitar la comissió de delictes futurs (per això se sol dir que, mentre que les teories retributives miren al passat, les teories preventives miren al futur). Aquestes necessitats de prevenció són relatives i circumstancials, i és per això que aquestes teories reben el nom de relatives. Històricament s'han generat dues grans teories relatives o de prevenció: la preventiva general i la preventiva especial.

### a) La teoria de la prevenció general

En el cas de la prevenció general, defensada pel penalista alemany Feuerbach o el filòsof anglès utilitarista Bentham, la pena es concep com una amenaça dirigida a tota la ciutadania en general amb la finalitat d'intimidat-la perquè no cometi delictes en el futur. A la pena se li atribueix, per tant, una finalitat intimidatòria o dissuasiva, que s'aconsegueix en primer lloc amb les normes penals que la ciutadania coneix. Des d'aquest punt de vista, la pena persegueix motivar la col·lectivitat a comportar-se de manera adequada al dret, i aquesta

#### La pena com a prevenció general

La pena com a instrument d'intimidació de la col·lectivitat perquè la ciutadania s'abstingui de delinquir.

motivació actua fins i tot en un segon moment, quan el delicte ja s'ha realitzat i s'imposa la pena sobre l'individu concret. En aquest cas, el que interessa no és la incidència o els efectes de la pena sobre el subjecte que ha delinquit, sinó el fet que la imposició efectiva de la pena confirma a la generalitat la seriositat de l'amenaça que conté la norma penal.

Actualment es distingeixen dos sentits de la prevenció general; el **negatiu** és el que acabem de veure, el que atorga a la pena una funció intimidatòria; el **positiu** va més enllà i assigna a la pena la funció de reafirmar la confiança de la ciutadania en l'eficàcia i fermesa de l'ordre jurídic. El fet que hi hagi una pena per a determinades conductes lesives i que aquesta s'imposi genera en la ciutadania una confiança en el dret. Tot això comporta, a més a més, un efecte de pacificació, ja que la imposició de la pena tranquil·litza la consciència jurídica general, que percep que així se soluciona el conflicte generat amb la infracció de la norma. Un defensor important de la teoria de la prevenció general positiva de la pena en l'actualitat és el professor alemany Jakobs, que considera que la pena serveix per a reafirmar la confiança en les normes com a orientadores del comportament que podem esperar dels altres, i també per a exercitar la fidelitat (concepte per cert molt discutible) de la ciutadania davant del dret, en la mesura en què en observar les conseqüències desfavorables que un comportament delictiu porta a considerar-lo com una alternativa de comportament poc desitjable.

Encara que l'efecte dissuasiu de la pena constitueix una necessitat indubtable per a protegir béns jurídics (una cosa en què insistirem seguidament), s'han formulat **crítiques** importants a la teoria preventiva general (en el seu vessant negatiu clàssic). **1)** En primer lloc, tal com ja va fer Kant, s'atribueix a aquestes teories que només atén els efectes de la pena sobre la col·lectivitat i ignora el subjecte concret sobre el qual s'imposa, i per tant l'instrumentalització de manera contrària a la seva dignitat. **2)** Com a crítica més fonamental s'argüeix que, en si mateixa, la lògica de la prevenció general no reconeix el límit del principi de proporcionalitat entre la gravetat del delicte i la de la pena; sobretot si es parteix d'una concepció de prevenció general negativa o intimidatòria, considerar l'evitació del delicte com l'única finalitat de la pena pot conduir al terror penal, a una exacerbació contínua de la repressió penal.

## b) Prevenció especial

La tercera gran concepció sobre la finalitat de la pena criminal s'articula entorn de la idea de la prevenció especial. A diferència de la teoria de la prevenció general, centrada en la intimidació de la generalitat, la de la prevenció especial concep la pena com un mitjà amb el qual es tracta d'evitar que el subjecte en concret que ha delinquit ho torni a fer. El representant clàssic d'aquesta teoria és el penalista alemany del s. XIX Franz von Liszt (amb el seu famós programa de Marburg, en el qual proposava un tractament dels delinqüents fent diferències segons el tipus d'autor de què es tractés: innocuïtzació del delinqüent habitual no corregible, correcció del delinqüent corregible i intimidació del delinqüent ocasional), les idees del qual van trobar ressò en l'Escola Positiva Italiana, en l'anomenat Moviment de la Defensa Social propugnat per Grama-

### "Coacció psicològica"

Feuerbach deia (primera meitat del s. XIX) que la pena constitueix un mecanisme de "coacció psicològica" sobre la ciutadania perquè no delinqueixi.

### La pena com a prevenció especial

La pena com a instrument per a evitar la reincidència del subjecte infractor en concret.

tica a Itàlia i per Ancel a França, i en el correccionalisme espanyol (corrent de principi del segle XX protagonitzat per Concepción Arenal, Giner de los Ríos i Dorado Montero).

Tal com mostrava la construcció mateixa de Von Liszt, la prevenció especial es pot voler aconseguir de diverses maneres, entre les quals té una importància essencial la idea de la correcció o resocialització del delinqüent, que és la que s'ha constituït en el centre d'aquesta teoria de la pena. Des d'aquest punt de vista, les teories preventives especials van viure un gran apogeu a partir dels anys seixanta en diferents països, com ara els Estats Units, els països escandinaus o Alemanya, on es van posar en marxa institucions i formes d'execució de la pena clarament influïdes per la idea de la resocialització que actualment encara romanen en la majoria dels ordenaments (entre ells l'espanyol). Com a exemples d'aquestes traduccions pràctiques del pensament resocialitzador es pot esmentar la suspensió de la condemna –articles 80 i següents del CP– en casos de penes privatives de llibertat de curta durada, amb la qual cosa es pretén evitar l'efecte contraproduent que en aquests casos pot suposar l'ingrés a la presó; o la figura de la llibertat condicional –articles 90 i següents del CP–, amb la qual es permet al subjecte entrar ja en contacte amb la vida en societat quan s'ha complert una part important de la pena i existeix un pronòstic de bon comportament. Cal reconèixer, però, que la realitat de les institucions penitenciàries dóna unes conclusions poc o molt moderadament optimistes sobre l'efecte resocialitzador de la pena, cosa que constitueix un factor de crisi permanent del pensament preventiu especial.

Actualment s'admet de manera general que la resocialització del delinqüent constitueix una part important de la finalitat de la pena. Les **crítiques** que es formulen a la idea de prevenció especial s'oposen al fet que aquesta es constitueixi en la finalitat única i exclusiva de la pena. Aquesta oposició al seu caràcter exclusiu s'argumenta amb diverses crítiques: 1) Igual que les teories preventives generals, la idea de la prevenció especial no conté en si mateixa cap element limitador orientat a la proporcionalitat entre la pena i la gravetat del delict: així, si l'objectiu principal és resocialitzar i intimidar qui ha delinquit, la pena podria durar tant com fos necessari fins que s'aconseguís. 2) D'altra banda, s'assenyala que la resocialització no és sempre necessària ni tampoc sempre possible. Així, portada fins a l'extrem, la idea de la prevenció especial faria innecessària la pena en els casos de delinqüents perfectament adaptats socialment amb poques possibilitats de reincidir (els casos de delinqüència econòmica o de coll blanc, o alguns supòsits de delinqüència ocasional com la imprudent, per exemple en el trànsit rodat). Pel que fa a aquells subjectes que no són susceptibles de resocialització (delinqüents professionals, habituals, els que ho fan per convicció...), la teoria preventiva especial només podria actuar conduint-los a la seva innocuïtzació perpètua, que seria l'única forma d'evitar la reincidència. 3) Una tercera crítica a la prevenció especial, en referència concreta a la idea resocialitzadora o de correcció del delinqüent, posa l'atenció sobre la necessitat de limitar els mitjans d'aquest propòsit correctiu. En la mesura en què ens trobem en un estat laic i pluralista, s'afirma que la correcció del delinqüent no pot consistir mai a fer-lo assumir per la força uns valors que en principi rebutja o no comparteix.

### 3) Teories mixtes

Tal com hem pogut veure, cadascuna de les tres grans explicacions del sentit de la pena ofereix aspectes positius i negatius, i és per això que a partir de principis del segle XX sorgeixen teories, conegudes com a mixtes, que rebutgen atribuir a la pena una única finalitat i que pretenen conjugar els avantatges de

cadascuna de les teories anteriors. Des d'aquests punts de vista, la pena s'entén com un fenomen complex que conjuga els elements de retribució, intimidació de la col·lectivitat i intimidació i resocialització del delinqüent.

Dins de la gran diversitat de teories mixtes sobre la pena, es pot destacar la coneguda **teoria dialèctica de la unió** del professor alemany Roxin. Per a aquest autor, les tres finalitats de la pena són presents de manera diferent en cadascun dels moments de la "vida" de la pena. Així, 1) en la comminació d'una pena a través de les normes penals té prioritat la finalitat de prevenció general, ja que es tracta que la ciutadania en general conegui les prohibicions de fer malbé béns jurídics i es deixi intimidar per elles; 2) en un segon moment, el de la imposició i el mesurament de la pena al delinqüent concret, el que preval és la retribució de la seva culpabilitat, que serà sempre el límit màxim de la pena que es pugui imposar; també en aquest moment s'incideix en la prevenció general (ja que es confirma la seriositat de l'amenaça de pena), però sempre amb el límit de la culpabilitat; 3) en un tercer moment, el de l'execució de la pena, l'accent caurà en les consideracions de prevenció especial i de resocialització; per això són importants mesures com la suspensió de la condemna a prova o la llibertat provisional que es concedeix amb la finalitat de reinserir el delinqüent en la vida social normal tenint en compte la seva perillositat.

De vegades, la polèmica entre unes teories i les altres ha derivat en la tergiversació de les actituds contràries, quan el cert és que tots aquests elements (retribució, prevenció general i prevenció especial) tenen cabuda en el si d'una teoria adequada de la pena. Això pressuposa, tanmateix, establir una diferenciació necessària entre el concepte, la finalitat o funció, la fonamentació i els seus límits.

#### 1.4.2. Finalitat, fonament i límits de la pena

En oferir un concepte aproximat del que és la pena, en un apartat anterior ja hem fet referència al seu caràcter de "mal"; és a dir, al contingut privatiu o restrictiu de certs drets del condemnat que s'imposa com a resposta a la comissió d'un delicte per la seva banda. Ara bé, com ha assenyalat sovint la doctrina, amb això només s'aclareix el que la pena "és", però no "per a què s'imposa", és a dir, la seva finalitat essencial, cosa que exigeix connectar-la amb la missió atribuïda al dret penal.

En efecte, en pàgines anteriors també dèiem que la pena no és una altra cosa que un dels instruments (juntament amb les mesures de seguretat) de què se serveix el dret penal en la consecució dels seus objectius. Doncs bé, si això és així, i la finalitat bàsica del dret penal és la protecció de certs béns jurídics dels ciutadans o de la col·lectivitat, la **pena** no es pot orientar sinó cap a aquesta mateixa finalitat protectora d'evitar el delicte, cosa que representa atribuir-li fonamentalment una **finalitat o funció de prevenció general** i descartar-ne d'altres, com la inferida realització de la idea de justícia.

També hem assenyalat que la pena només es pot imposar als subjectes capaços de deixar-se motivar per ella, i no als qui, per una raó o una altra, no eren lliures en el moment de cometre el fet (persones inculpables). Per això podem dir que

<sup>(9)</sup>Infringint la norma objectiva de valoració.

la **culpabilitat** funciona com a **fonament** de la pena, que només s'imposa a qui ha lesionat o posat en perill béns jurídics<sup>9</sup> d'una manera lliure, és a dir, que es poden haver comportat d'una manera adequada al dret<sup>10</sup>. A més d'això, els principis rectors de la nostra forma d'Estat, consagrada en la Constitució, obliguen que no es pugui imposar una pena més important de l'adequada al mal causat amb el delictes i a la mida de la culpabilitat de l'autor. Per això, a més de fonament de la pena, la **retribució de la culpabilitat** (entesa en sentit ampli) també funciona com a **límit** infranquejable de la mesura de la pena.

(10) Amb vulneració de la norma subjectiva de determinació; és a dir, del deure personal d'abstenir-se de delinquir.

Això no comporta desconèixer el paper de la prevenció especial, que s'esmenta expressament en l'article 25.2 de la CE quan estableix que "les penes i mesures de seguretat s'orienten cap a la reeducació i reinserció social i no poden consistir en treballs forçats". Ara bé, com ha assenyalat el mateix Tribunal Constitucional<sup>11</sup> i comparteix la doctrina majoritària, la menció constitucional no obliga a atribuir a la prevenció especial el caràcter de fonament conceptualment necessari ni el de finalitat de la pena, sinó que és preferible interpretar-la en un altre sentit: el del criteri essencial que ha de **guiar l'administració penitenciària en l'execució** de les penes i mesures privatives de llibertat, que ha de tendir a l'èxit de la reinserció del delinqüent (STC 150/91, de 4 de juliol).

(11) Sentència 150/1991, de 29 de juliol.

#### Resocialització a la presó

Possibilitar l'accés del delinqüent a programes culturals i formatius que li permetin d'integrar-se en el món laboral quan hagi estat posat en llibertat.

L'art. 25.2 suposa, sens dubte, la prohibició constitucional de la pena de cadena perpètua, que per definició no resulta compatible amb l'obligació d'orientar l'execució de la pena cap a la resocialització. Per aquest motiu, la pena de presó permanent introduïda en la reforma recent del CP per la LO 1/2015 ha estat regulada com a "revisable", obrint la possibilitat d'una tornada a la llibertat per al penat. Una qüestió diferent és que –fins i tot salvada aquesta contradicció òbvia o frontal amb l'art. 25.2– persisteixin altres raons que permetin considerar aquesta pena dubtosament constitucional.

## 1.5. Posició del dret penal en l'ordenament jurídic

Interessa ara conèixer la ubicació del dret penal en el conjunt de l'ordenament jurídic i les implicacions que això comporta.

### 1.5.1. Dret penal i Constitució

De totes les branques de l'ordenament jurídic, el dret penal és la que presenta una vinculació més íntima amb la Constitució, constatable en un doble sentit (positiu i negatiu).

- **Positiu** perquè com ja hem dit la Constitució és la font dels béns jurídics mereixedors de protecció penal que, per a legitimar la intervenció penal restrictiva del principi general de llibertat, han d'estar dotats de rellevància constitucional.
- D'altra banda, la Constitució preveu (d'una manera més o menys directa) una sèrie de **límits negatius** a la potestat punitiva de l'Estat. Si la intervenció penal representa la ingerència més greu del poder públic en l'esfera de drets i llibertats del ciutadà, resulta del tot lògic que la norma fonamental la sotmeti a una sèrie de limitacions, condensades en una sèrie de prin-

#### Vegeu també

Sobre la relació entre Constitució i béns juridicopenals podeu veure l'apartat 2.2.3 del mòdul 2.

cipis que seran objecte d'estudi en l'apartat següent. En aquest moment només queda afegir que, a part d'aquests principis i com a mostra de la vinculació íntima a què abans fèiem referència, la Constitució conté diverses mencions específiques al dret penal, com la supressió de la pena de mort, en l'article 15; la prohibició que l'Administració pugui imposar penes privatives de llibertat, en l'article 25.3, o l'abolició que ja hem estudiat, en l'article 25.2, al caràcter resocialitzador de les penes i les mesures privatives de llibertat.

### 1.5.2. Relacions amb altres branques de l'ordenament. Dret penal i dret administratiu sancionador

Com a part d'un ordenament jurídic en definitiva unitari, el dret penal està estretament relacionat amb altres branques d'aquest ordenament.

- Així, per exemple, es pot destacar que la comissió d'un delictes genera una responsabilitat civil que obliga a rescabalar econòmicament la víctima pel perjudici produït, fet que representa un factor, entre d'altres, de connexió amb el **dret civil**.

#### Exemple

Alguns exemples de principis constitucionals en l'ordre processal són: la presumpció d'innocència, la interdicció de la indefensió, el dret a un judici just sense dilacions indegudes, el dret al jutge natural predeterminat per la llei i el dret a no declarar contra un mateix.

- Tampoc no podem deixar d'esmentar l'especial imbricació del dret penal amb el **dret processal penal**, concebut precisament com el seu instrument d'aplicació, i regit per una sèrie de principis constitucionals sense els quals no serviria de res envoltar de garanties el dret penal material.
- Amb tot, podem afirmar que el **dret administratiu** és la branca de l'ordenament més estretament vinculada amb el dret penal. I si ho afirmem és perquè l'Administració exerceix una potestat sancionadora molt ampla la naturalesa de la qual cal elucidar, a partir d'aquesta premissa, per a resoldre la controvertida qüestió referent a la possibilitat d'**acumular sancions penals i administratives** per un mateix comportament. La relació entre els dos ordres normatius ha esdevingut cada cop més estreta, ja que cada cop són més nombrosos els àmbits en què conflueixen totes dues regulacions, l'administrativa i la penal, cosa que suposa un risc permanent de vulneració del principi *non bis in idem* (urbanisme, medi ambient, seguretat en el treball, trànsit rodat, etc.). Tornarem a abordar aquest tema quan estudiem aquest principi en l'epígraf 2.6.

#### Non bis in idem

Prohibeix castigar dues vegades el mateix fet amb el mateix fonament, tal com estudiarem més endavant detalladament.

#### Acumulació de sancions penals i administratives

Pensem, per exemple, en un delictes comès per un funcionari i en la possibilitat d'acumular una sanció administrativa a la pena corresponent, o en un fet comès per un particular (conducció sota els efectes de l'alcohol, realització d'abocaments contami-

nants, impagament d'impostos) que pugui encaixar simultàniament en un delict i en una infracció administrativa.

## 2. Principis limitadors del poder punitiu estatal

Com hem assenyalat, les severes implicacions de l'exercici del poder punitiu estatal sobre els drets i llibertats dels ciutadans fan imprescindible la submissió d'aquesta potestat a una sèrie de límits infranquejables. Actualment, aquests principis limitadors formen part del nucli essencial de l'estat social i democràtic de dret consagrat per la nostra Constitució. Amb tot, l'èxit del seu reconeixement i positivització, fins a arribar al moment present, ha estat fruit d'una llarga i àrdua conquesta iniciada amb la Revolució Francesa i el pensament de la Il·lustració, una de les màximes preocupacions del qual residia, precisament, en el control del poder estatal com a garantia dels drets i llibertats dels ciutadans.

### Marquès de Beccaria

La Il·lustració va tenir en el marquès de Beccaria un dels màxims exponents en l'àmbit penal i processal. La seva obra fonamental *Dels delictes i les penes* constitueix una abrandada defensa de la imperiosa necessitat de limitar el poder punitiu de l'Estat, que en l'antic règim es caracteritzava per l'excés i l'arbitrarietat.

### 2.1. El principi de legalitat

#### 2.1.1. Sentit i origen del principi de legalitat

Estem davant el **principi limitador** probablement més fonamental de tots els que examinarem, en la mesura que la resta es poden considerar com a més o menys directament derivats (Vives Antón). La seva arrel més clara la veiem en l'exigència il·lustrada de la separació de poders i de la primacia del legislatiu sobre els altres dos (executiu i judicial). Si una llei, gestada en una assemblea de representants del poble, constitueix l'expressió de la voluntat general dels ciutadans, s'hi ha de reservar en exclusiva la regulació d'una qüestió tan transcendental per als seus drets i llibertats com les responsabilitats penals.

- En aquest sentit, se sol parlar de la **funció o dimensió política** del principi en què insistia, entre d'altres, l'esmentat Cesare Beccaria.
- S'hi uneix la denominada normalment **funció tècnica**, que en principi estava molt unida a la formulació de la pena per Feuerbach com a instrument de coacció psicològica adreçat a la prevenció general. Si la pena pretén intimidar la col·lectivitat perquè no es duguin a terme determinades conductes, resulta imprescindible que aquest missatge estigui expressat anteriorment i d'una manera clara i taxativa en una norma adreçada a la generalitat dels ciutadans, els quals només gràcies al coneixement previ del que està prohibit poden adaptar el seu comportament a les exigències del dret. Actualment, tant si es comparteix aquesta concepció de la pena com si no, resulta indiscutible que només la consagració precisa del que prohibeix la llei aconsegueix garantir la seguretat jurídica dels ciutadans.

## 2.1.2. Garanties i exigències derivades del principi de legalitat

El principi de legalitat comporta una sèrie de repercussions que podem classificar en dos grups: garanties per al ciutadà i exigències que ha de satisfer tota llei penal.

### Garanties per al ciutadà

1) El principi de legalitat es desdobra en una sèrie de garanties per al ciutadà. Són les següents:

- La **garantia criminal** (el delictes ha d'estar determinat en la llei), consagrada en l'article 1.1 del CP.
- La **garantia penal** (la pena també ha d'estar determinada en la llei), registrada en l'article 2.1 del CP i en l'article 1.2 respecte a les mesures de seguretat.
- La **garantia jurisdiccional** (la imputació d'un delictes a un subjecte i la imposició de la pena s'han de dur a terme amb una sentència judicial després d'haver seguit un procediment establert legalment), proclamada en l'article 3.1 del CP.
- La **garantia d'execució** (segons la qual l'execució de la pena també ha d'estar subjecta a la llei), que hi ha en l'article 3.2 del CP.

També és possible referir-se a aquestes garanties com a principis de legalitat criminal, penal, processal i en l'execució.

2) El principi de legalitat imposa que la llei que determina el delictes i la pena ha de satisfer determinats requisits, que se solen expressar amb l'aforisme *lex praevia, lex scripta, lex stricta*:

- L'exigència d'una **llei prèvia al delictes**, de la qual ens n'ocuparem més detalladament quan estudiem la vigència temporal de la llei penal, representa que els fets, en principi, s'han de jutjar d'acord amb les lleis vigents en el moment de la comissió (i, per tant, promulgades anteriorment), perquè només així es garanteix la seguretat jurídica del ciutadà, que abans de delinquir té la possibilitat de conèixer les conseqüències que aquest fet li pot comportar. Això equival a prohibir la retroactivitat de les normes penals, amb l'única excepció, com veurem en el seu moment, de les que siguin favorables per al reu.
- Pel que fa al **caràcter escrit** de la llei penal, implica la prohibició que la responsabilitat penal es pugui fonamentar o agreujar sobre la base de fonts no escrites, com el costum o els principis generals del dret (és més discutida l'operativitat d'aquestes fonts normatives a efectes atenuants i eximents).

#### Principi de legalitat

El principi també està constitucionalment reflectit, encara que de manera defectuosa, en l'article 25.1 CE.

#### Vegeu també

Podeu veure l'apartat 3.1 d'aquest mateix mòdul.

S'ha de tractar, per tant, d'una llei en sentit estricte, la qual, segons la doctrina majoritària, ha de tenir sempre el rang d'orgànica per imperatiu de l'article 81.1 de la CE, en restringir drets fonamentals del ciutadà. També hem de subratllar que aquesta exigència no es limita, com de vegades s'ha pretès, a les normes penals que preveuen penes privatives de llibertat, sinó que s'estén a **qualsevol norma penal**, perquè en la resta de casos també afecta diversos drets del rang constitucional més elevat.

- Finalment, la llei penal ha de ser *stricta*, és a dir, **estricta** o precisa, cosa que ens condueix directament a l'anomenat **principi de taxativitat** o mandat de certesa.

En nom de la seguretat jurídica dels ciutadans, les prohibicions s'han d'establir d'una manera clara i com més determinada millor, de manera que aquests ciutadans puguin conèixer amb exactitud el que està prohibit o no. Per tant, el legislador té vedat l'ús de termes excessivament amplis, vagues o confusos. D'altra banda, l'exigència també assoleix la fixació dels marcs penals assignats a cada delictes, que si són excessivament amplis no permetrien als destinataris de la norma conèixer les conseqüències de dur a terme aquest comportament prohibit. En el camp de la teoria del delictes, el principi es projecta en el requisit de la **tipicitat** –objecte d'estudi en el mòdul següent–; és a dir, en el fet que un comportament només es pot considerar delictiu si s'adequa amb exactitud a la descripció d'algun delictes continguda en algun dels tipus penals de la part especial del Codi.

### **2.1.3. Tècniques interpretatives i normatives problemàtiques tenint en compte el principi de legalitat**

Hi ha diversos recursos interpretatius (l'analogia) i pròpiament normatius o legislatius (els anomenats *termes normatius del tipus* i les lleis penals en blanc), l'ús dels quals per part del jutge i el legislador, respectivament, pot resultar incompatible (o, si no, de compatibilitat dubtosa) amb el principi de legalitat.

1) De l'exigència de taxativitat estudiada en últim terme se'n deriva la **prohibició del recurs a l'analogia** per a fonamentar o agreujar la responsabilitat penal; és a dir, l'anomenada *analogia contra reu* o *in malam partem*. Aquesta analogia prohibida es produeix sempre que el jutge aplica la norma penal a un supòsit que no es pot acollir al tenor literal dels terminis legals ni a cap dels sentits possibles, sobre la base que aquest supòsit presenta una similitud axiològica amb els que comprèn la llei en respondre a un mateix fonament.

Fins i tot si aquesta equivalència valorativa d'uns casos i dels altres és certa, el principi de legalitat veda la possibilitat d'aplicar la norma a tot el que no preveu estrictament, tal com estableix l'article 4.1 del CP, segons el qual "les lleis penals no s'han d'aplicar a casos diferents dels que aquestes comprenguin expressament".

És més discutible i discutida l'admissibilitat de l'**analogia in bonam partem** o **favorable al reu**, tant des d'una perspectiva de *lege lata* (s'ha de considerar prohibida per l'article 4.1. del CP?) com de *lege ferenda* (és desitjable concedir aquest ampli marge d'actuació a qui aplica el dret?). Sense desconèixer la solidesa dels arguments esgrimits en sentit contrari, sembla que podem afirmar que aquesta analogia està compresa en el sentit de l'article 4.1 del CP, cosa que significa que només és admissible d'una manera excepcional quan el legislador ho hagi previst expressament, tal com s'esdevé amb la circumstància atenuant analògica de l'article 21.7 del CP.

Així, doncs, es pot atenuar la responsabilitat d'un subjecte si concorre una circumstància de significació anàloga a la d'una circumstància atenuant de les regulades en l'article 21 CP. En canvi, en no estar expressament permesa l'analogia en el camp de les eximents, no es pot arribar a eximir de responsabilitat per complet si la situació no encaixa perfectament en el tenor literal d'una de les causes que es preveuen en l'article 20 CP.

Des d'una perspectiva de *lege ferenda*, això es pot valorar positivament: permetre als tribunals d'eximir de responsabilitat amb l'analogia significa, en definitiva, atorgar-los un camp de decisió que correspon exclusivament al poder legislatiu, el qual vulneraria el principi de legalitat, si no en el sentit de garantia per al reu (que en aquest cas certament no es veu afectat, en la mesura que es tracta d'afavorir-lo i no de fonamentar-ne o agreujar-ne la responsabilitat), sí en la dimensió relativa a la divisió de poders que també informa aquest principi.

2) Com a segona tècnica (normativa, en aquest cas) problemàtica considerant el principi de legalitat, hem de fer referència a les anomenades **lleis penals en blanc**<sup>12</sup>, figura que apareix quan el supòsit de fet que dóna lloc a la sanció no queda perfectament determinat en la llei penal, sinó que es remet a una altra disposició (com un reglament administratiu) per a completar-lo. S'utilitza en matèries excessivament casuístiques o molt canviants (medi ambient, aliments, regulació sanitària) per a no dotar el Codi d'una extensió excessiva, i també per a evitar-ne la modificació contínua.

La doctrina ha discutit des de sempre l'admissibilitat de les lleis penals en blanc –en especial quan remeten a reglaments– per possible vulneració del principi de legalitat, ja que aquest principi exigeix, com sabem, que les normes penals tinguin rang de llei (que, a més, ha de ser orgànica). D'altra banda, el Tribunal Constitucional n'ha admès la compatibilitat amb aquest principi constitucional sempre que se satisfacin uns requisits determinats:

<sup>(12)</sup>Sobre les lleis penals en blanc podeu veure, per exemple, la pionera STC 127/1990, de 5 de juliol.

#### Llei penal en blanc

Com a exemples de l'ús d'aquest tipus de remissions en el Codi penal de 1995 podeu veure els articles 316, 325, 333 i 334, 360 o 363.1.

- La remissió ha de resultar imprescindible per raó de la matèria de què es tracti.
- El nucli de la conducta prohibida s'ha de trobar en la llei penal, de manera que la disposició de rang inferior només es pot ocupar d'aspectes adjacents o secundaris de la conducta.
- La remissió ha de ser clara i la norma ha de resultar precisa, quan ja s'han integrat les dues disposicions.

Tot i que no sempre és fàcil avaluar si una llei en blanc satisfà els requisits exigits pel Tribunal Constitucional, sí que és possible identificar alguns supòsits clarament inconstitucionals: així succeeix amb l'article 360 del CP, ja que en la mesura que es tipifica la tramesa o subministrament de determinades substàncies "sense complir amb les formalitats que preveuen les lleis i els reglaments", sembla clar que el nucli de la prohibició, el que constitueix el delicte, és precisament el que es descriu en el reglament com a infracció administrativa.

En el seu moment es va suscitar certa polèmica entorn d'aquesta figura, que és la de si una norma penal en blanc es pot completar amb una norma que no és estatal sinó que emana d'una comunitat autònoma (cal tenir en compte que precisament moltes de les matèries en les quals abunda l'ús de les lleis penals en blanc estan transferides a les comunitats autònomes, que tenen sobre elles no solament competències executives, sinó també normatives). Pensem, per exemple, en un delicte contra el medi ambient en el qual es faci una remissió a la normativa administrativa sobre espècies protegides i que aquesta sigui autònoma (i, per tant, diferent en cada comunitat).

Aquesta possibilitat suscita dubtes de constitucionalitat en la doctrina, tant pel que fa a la possible vulneració de la competència exclusiva de l'Estat en matèria penal (garantida a l'article 149.1.6a de la CE) com per la conculcació del principi d'igualtat davant de la llei que, segons part de la doctrina, es produiria si una mateixa conducta pogués ser punible en una comunitat autònoma però no en una altra. Segons la nostra opinió, el cert és que la competència exclusiva de l'Estat en matèria penal no es veurà soscavada si la llei penal en blanc satisfà el requisit general que el nucli de la prohibició es trobi en la llei penal (que sempre és estatal), de manera que el complement per la normativa autònoma es reservi per a qüestions de detall. I el principi d'igualtat tampoc no resultarà vulnerat en la mesura en què la diferència davant la llei (que una conducta sigui punible en una comunitat i no en una altra) obeeixi a necessitats de protecció diferents (ja que el principi d'igualtat no prohibeix, sinó que fins i tot exigeix, atorgar un tracte diferent a allò que és desigual). El TC mateix ha sancionat com a constitucionalment vàlida aquesta possibilitat en la Sentència 120/1998, de 15 de juny.

Així, per exemple, les necessitats de protecció dels recursos hídrics poden no ser les mateixes a Galícia o Astúries que a Andalusia o Múrcia, cosa que justificaria que en aquestes dues últimes es poguessin sancionar com a delictes conductes que afectessin aquest recurs i que als altres territoris mencionats tinguessin un significat i una entitat lesiva diferents (de manera que allà, per exemple, només fossin una infracció administrativa).

3) Ens ocuparem dels elements normatius o valoratius del tipus, també problemàtics considerant el principi de taxativitat, en l'apartat 3.3 del mòdul següent.

## 2.2. Principi d'ofensivitat, lesivitat o protecció exclusiva de béns jurídics

Encara que hàgim de tornar a parlar d'aquest tema arran de l'estudi del bé jurídic en el mòdul següent (concretament en l'apartat 2.5), convé deixar clar en aquest moment, com un dels principis limitadors bàsics del dret penal, el fet que li concerneixen les **conductes humanes** tan sols en la mesura que siguin **socialment rellevants**; és a dir, en la mesura que lesionin o posin en perill un bé jurídic d'un altre ciutadà o de la col·lectivitat. Si les conductes queden únicament en l'esfera de la intimitat, sense haver arribat a tenir una transcendència lesiva o perillosa de cara a tercers, el dret penal no hi pot intervenir, ja que no és la seva comesa enjudiciar les conductes humanes des del punt de vista de la moral.

Tot i que hi ha certes coincidències (tots dos consisteixen en un ordre normatiu), no s'han de confondre les esferes del dret i la moral. Així, si bé resulta indubtable que les normes que componen el dret penal són la traducció d'uns determinats valors ètics fortament arrelats en la societat (matar o violar són conductes desaprovades i per això s'intenta d'evitar-ne la comissió), això no vol dir que tot el que la moral social dominant desaprovi pugui ser objecte del dret penal sense més ni més, perquè s'ha d'abstenir d'intervenir si es tracta de conductes no lesives per als interessos aliens.

### Exemple

Comportaments sexuals eventualment desvalorats per la moral social (bestialisme, incest) no poden ser criminalitzats si es duen a terme d'una manera lliure per les persones implicades, perquè no té lloc, en aquest cas, lesió de cap bé jurídic. El mateix es pot dir de conductes com el suïcidi, el consum de drogues o les autolesions, en què el bé jurídic afectat pertany al mateix subjecte que les duu a terme i no a un tercer.

## 2.3. El caràcter doblement fragmentari del dret penal. El principi d'intervenció mínima o d'*ultima ratio*

En relació amb aquesta missió de protecció exclusiva de béns jurídics a què acabem d'al·ludir, hem de posar èmfasi en el fet que el dret penal tingui el que se sol denominar un **caràcter doblement fragmentari**:

- El dret penal no s'utilitza per a preservar qualsevol tipus d'interès dels ciutadans o de la col·lectivitat, sinó que la seva actuació es reserva únicament a la **protecció dels béns jurídics fonamentals per a la convivència**.

- A això cal afegir-hi que, fins i tot si es tracta d'aquests béns jurídics més importants, el dret penal no actua davant de qualsevol tipus d'atac que els afecti, sinó tan sols respecte als **més greus o intolerables**.

Aquesta limitació de l'ús del poder punitiu estatal respon al fet que els recursos de què se serveix (penes i mesures de seguretat) són els més costosos de què disposa el conjunt de l'ordenament jurídic. I aquesta mateixa dada és el que obliga, en definitiva, a fer que la intervenció del dret penal només es legítimi quan la finalitat de protecció no es pugui obtenir per instruments menys restrictius dels drets del ciutadà, com són els que ofereixen altres branques del dret (multes administratives, indemnitzacions per via civil, etc.). Aquesta última idea, vinculada directament a la del caràcter fragmentari, es denomina **principi d'intervenció mínima o d'ultima ratio**.

El **principi d'intervenció mínima o d'ultima ratio** significa que el dret penal s'ha de concebre com un últim recurs la utilització del qual només està justificada davant la insuficiència d'altres branques de l'ordenament. Per això, en aquest sentit, es parla del caràcter subsidiari o secundari del dret penal.

Un vegada fetes les explicacions anteriors, no es pot deixar de cridar l'atenció sobre allò que constitueix una realitat innegable en l'actualitat, que és que el dret penal dels nostres dies s'ha anat allunyant progressivament d'aquest model del dret penal mínim. En els dos o tres últims lustres estem assistint, en efecte, a allò que la doctrina ha denominat un fenomen d'"expansió" del dret penal (Silva Sánchez), en el qual el legislador recorre amb freqüència a la branca punitiva de l'ordenament no com a últim recurs, sinó pràcticament com al primer (i així eludeix la utilització d'altres vies, que li poden resultar més incòmodes perquè són més oneroses, complexes o lentes). Es tracta d'un fenomen complex, que sens dubte obeeix a una multiplicitat de factors (ja que també hi incideix la tendència de la societat mateixa a reclamar cotes d'intervenció penal cada vegada més elevades), però que en tot cas està desembocant en la proliferació de tipus penals amb unes característiques (destacades, p. ex., per Hassemer) moltes vegades dubtosament compatibles amb els principis limitadors del *ius puniendi*:

- Increment dels elements normatius, les clàusules generals i els termes amplis, amb els perills que això suposa per al principi de legalitat.
- Aparició de béns jurídics (*vid.* epígraf 2.2 del mòdul II) o objectes de tutela nous de caràcter col·lectiu cada vegada més desdibuixats.

#### Els atacs més greus

El nostre dret només criminalitza els atacs més greus contra la propietat, mentre que n'hi ha molts més, com el simple impagament d'un deute, de la sanció del qual s'ocupa el dret civil.

#### Dret penal "mínim"

Un dret penal "mínim" implica que el poder punitiu s'utilitzi com menys millor per a aconseguir tutelar al màxim de béns jurídics (és a dir, perquè les llibertats dels ciutadans es vegin afectades pel mínim d'atacs possible).

- Recurs molt freqüent a la tècnica dels delictes de perill abstracte (*vid.* epígraf 3.4 del mòdul II), amb el consegüent avançament del moment de la intervenció penal.
- Increment dels delictes omissius, molt propis d'un model intervencionista, etc.

Davant d'aquesta tendència i dels riscos que representa, i fins i tot sense desconèixer que la complexitat de la nostra societat i els canvis vertiginosos a què es veu sotmesa s'han de reflectir en el dret penal, cal insistir en la necessitat que el legislador es prengui seriosament el principi d'intervenció mínima. Seria aconsellable posar límits a aquest procés d'hipertròfia al qual assistim i fer un esforç per a subordinar la intervenció penal a la tutela de les altres branques de l'ordenament.

#### 2.4. El principi de prohibició d'excés o de proporcionalitat en sentit ampli

Seguint Cobo del Rosal i Vives Antón, aquest principi es pot dividir, al seu torn, en tres manifestacions: el principi d'adequació, el de necessitat i el de proporcionalitat en sentit estricte.

- **El principi d'adequació** exigeix que el dret penal es presenti com a apte per a tutelar el bé jurídic de què es tracti, i que la mesura adoptada pel legislador aparegui com a adequada a la finalitat perseguida; atès que, com hem esmentat força vegades, el dret penal només es justifica en nom de la tutela de béns jurídics, no ho està si la pena no aconsegueix ser apta per a aquesta tasca de prevenció. I això també afecta la dimensió qualitativa de la pena (és a dir, la classe de pena imposada pel legislador).
- **El principi de necessitat** obliga el legislador a comminar els delictes amb el mínim de penes imprescindible per a aconseguir-ne la finalitat preventiva, i al jutge, en el moment de l'aplicació, a substituir la pena privativa de llibertat per d'altres de menys costoses on sigui possible perquè hi ha mecanismes legals a aquest efecte.

##### Exemple

El jutge té vedat deixar d'aplicar penes al seu lliure albir perquè al seu entendre resultin innecessàries o injustes. El mateix Codi penal, en l'article 4.3, disposa que en aquest cas ha d'acudir al Govern i exposar el que consideri convenient sobre la derogació o modificació del precepte o la concessió de l'indult.

##### Exemple

La pena de privació del permís de conducció pot ser apta per a evitar delictes comesos amb vehicles de motor, però no té sentit respecte a, per exemple, els delictes de maquinacions per a alterar el preu de les coses.

- **El principi de proporcionalitat en sentit estricte.** L'exigència de proporcionalitat en sentit estricte –que funciona com un límit essencial a eventuais tendències incrementadores de les penes adreçades a aconseguir més prevenció general– obliga que la sanció prevista legalment respongui a la gravetat del fet, per a la qual cosa s'ha de considerar sobretot quin és el bé jurídic atacat, i també el grau de lesió o de perill inherent a la conducta típica. Tot i que entén que es tracta d'una valoració que en principi correspon al legislador, el Tribunal Constitucional ha admès la possibilitat d'una declaració d'inconstitucionalitat d'un precepte en cas que s'hagin previst penes desorbitades. En qualsevol cas, del principi també se'n dedueix (en la seva connexió amb el principi d'igualtat) que el legislador té vedada l'assignació a una determinada conducta d'una pena igual o més greu que la que es preveu per a un comportament més disvaluós.

#### Exemple

Aquest vessant del principi es vulnerava clarament en l'article 409.2 CP 1973, que imposava a l'homicidi sol·licitat la mateixa pena que al comès contra la voluntat de la víctima, malgrat la lesivitat inferior de la primera conducta (que, tot i atemptar contra el bé jurídic vida, no en lesionava la voluntat o llibertat).

## 2.5. El principi de culpabilitat

Doncs bé, si el principi d'ofensivitat que hem esmentat inspira la configuració del delictes com a conducta desvalorada, el de culpabilitat es refereix a la **imputació subjectiva** (és a dir, al càstig d'aquesta conducta com a personalment atribuïble al seu autor). Expressat d'una manera breu, i ajornant per a un moment posterior l'estudi de la controvèrsia entorn del lliure albir humà com a base de la culpabilitat (mòdul 5, "La culpabilitat"), el principi prohibeix castigar el subjecte que va actuar sense infringir el deure personal de comportar-se d'acord amb la norma, tant perquè no s'hi donaven les condicions físiques que feien possible el respecte a la norma (inimputabilitat) com perquè, per diferents circumstàncies, no li era exigible.

#### Imputació subjectiva

Tot i que no és objecte d'esment explícit en la Constitució, el TC ha considerat que aquest principi es pot reconduir al principi de legalitat mateix de l'article 25, al qual la doctrina afegeix la noció de dignitat humana de l'article 10.

D'altra banda, aquesta infracció del deure només es produeix quan el subjecte actua d'una manera dolosa (és a dir, voluntària) o imprudent (i lesiona béns jurídics per causa de la seva desatenció de les normes de cura exigibles), però mai quan el ciutadà s'ha comportat amb l'atenció deguda o ignorant per complet –sense tenir obligació ni possibilitat d'evitar aquest error– les conseqüències dels seus actes. I per això el mateix Codi consagra en l'article 5 la màxima "**no hi ha pena sense dol o imprudència**", cosa que representa la proscripció dels rebutjables **delictes qualificats pel resultat**. El principi de culpabilitat impedeix incrementar la pena d'un delictes pel simple fet que la conducta acaba causant un resultat més greu si no és imputable a l'autor a títol de dol ni d'imprudència.

El CP anterior incloïa alguns exemples d'aquest tipus de delictes, basats en la màxima que qui inicia un comportament prohibit ha de respondre de tots els resultats que se'n deriven, fins i tot encara que fossin fortuits. Així, es castigava el que es coneixia com a *avortament qualificat per resultat de mort*, en el qual qui cometia un avortament il·legal veia agreujada la seva responsabilitat si l'embarassada moria fins i tot encara que la mort fos purament fortuïta.

## 2.6. El principi *non bis in idem*

En el seu vessant material (el processal prohibeix jutjar dues vegades pels mateixos fets), el principi *non bis in idem* implica que ningú no pot ser castigat dues vegades per la mateixa infracció. Encara que no es trobi constitucionalment previst de manera expressa, en diverses sentències (des de la pionera 2/1981, de 30 de gener, fins a la fonamental 2/2003, de 16 de gener) el Tribunal Constitucional ho ha considerat connatural al principi de legalitat i al de proporcionalitat, ja que la sanció doble significaria en definitiva derivar del fet unes conseqüències punitives desproporcionades i diferents de les previstes legalment (i per tant no previsibles per la ciutadania).

El camp d'operativitat del principi *non bis in idem* se circumscriu, segons la doctrina i la jurisprudència constitucional mateixa, als casos d'allò que es coneix com a triple identitat; allò que es troba constitucionalment proscriu és la imposició d'una sanció doble a un mateix **subjecte** per uns mateixos **fets** i amb un mateix **fonament**; se'n dedueix, per tant, que la dualitat sancionadora sí que és possible si la sanció obeeix a un fonament diferent.

El principi desplega la seva eficàcia en dos ordres diferents: en l'àmbit de les relacions entre dret penal i dret administratiu sancionador (esmentat *supra* 1.5.2), i en l'àmbit de les relacions internes entre les normes penals en si mateixes. Vegem-ho separatament.

### 2.6.1. El principi *non bis in idem* en les relacions entre dret penal i dret administratiu sancionador

És possible la sanció doble –cosa que exigeix un fonament diferent de les sancions– en els casos en què un mateix fet perfecciona una infracció penal i una administrativa? Per dir-ho d'una altra manera: és possible la sanció doble penal i administrativa per uns mateixos fets sense vulnerar el principi *non bis in idem*?

La resposta a aquest interrogant resulta enormement polèmica en la doctrina. Entre les moltes teories existents sobre això, ha adquirit una rellevància especial la que formula una distinció entre dos tipus de potestat sancionadora de l'Administració: la **disciplinària** (que recau sobre subjectes amb qui està unida amb una relació especial, com ara els funcionaris o els que es trobin temporalment vinculats a ella d'una manera específica, com ara els presos) i la **governativa** (que s'exerceix sobre la generalitat de la ciutadania com a tal). Segons aquesta idea, en l'àmbit de la potestat disciplinària, l'Administració és titular d'una sèrie d'interessos propis (p. ex., l'interès que el funcionari no trenqui la confiança que s'ha dipositat en ell per exercir funcions públiques) que podria autotutelar a través de l'exercici de la seva potestat sancionadora sense que

l'acumulació d'aquestes sancions a les penals suposés una lesió del principi *non bis in idem*. En canvi, en l'àmbit de la potestat governativa, si un mateix comportament constitueix alhora una infracció penal i una d'administrativa, normalment les dues infraccions obeeiran a un mateix fonament (amb les dues es vol protegir un mateix interès o bé jurídic), cosa que prohibeix la imposició de la sanció doble.

Segons aquesta visió, la comissió d'un delictes de suborn per part d'un funcionari podria donar lloc a la sanció penal prevista en els articles 419 i següents del CP i acumular-se a la sanció disciplinària imposada per l'Administració. En canvi, la conducció sota els efectes de determinades taxes d'alcohol, que simultàniament realitza el delictes de l'article 379.2 del CP i una infracció administrativa del Codi de la circulació, només podrà ser sancionada per la via penal en la mesura en què les dues infraccions es fonamenten en la protecció d'un mateix interès (la seguretat en el trànsit rodat).

Aquesta pretesa justificació majoritària de la sanció doble penal i administrativa no sembla, però, satisfactòria, i és així fonamentalment perquè no es pot dir que l'Administració tingui interessos propis més enllà dels generals als quals serveix d'acord amb allò que estableix l'article 103 CE. Una vegada dit això, el que passa és que en aquest àmbit s'ha de funcionar, senzillament, amb principis generals, com el que obliga a fer del dret penal l'últim recurs de l'ordenament. Així, el dret administratiu haurà d'assumir les lesions menys rellevants d'aquests interessos generals relacionats amb el bon funcionament de l'Administració, mentre que els atacs més importants (que donen lloc, per exemple, a delictes com la malversació, la prevaricació, el suborn...) es reservaran a la intervenció del dret penal més costós. Únicament (i amb això apliquem també les regles generals del principi *non bis in idem*) serà possible acumular-hi una sanció disciplinària sense infringir aquest principi si la sanció penal d'un d'aquests comportaments no aconsegueix incloure el seu desvalor complet (tota la lesió d'interessos jurídicament protegits), perquè llavors ens trobarem davant d'un fonament diferent de cadascuna de les sancions i no es podrà dir que s'està castigant "el mateix" dues vegades.

Així, per exemple, la causació de lesions d'un pres a un altre en una institució penitenciària podria ser sancionada simultàniament com a delictes de lesions (sanció penal) i com a infracció contra l'ordre de la presó que dóna lloc a sancions disciplinàries. Amb la sanció penal s'estaria tutelant la integritat física del subjecte agredit, mentre que la disciplinària es fonamentaria en el manteniment de l'ordre a l'establiment penitenciari.

Si deixem al marge aquesta qüestió discutida sobre la possibilitat de la sanció doble penal i disciplinària, i si ens centrem per tant en l'àmbit d'operativitat del principi que impedeix la duplicitat sancionadora, cal destacar una sèrie d'extremes sobre la coordinació entre els dos ordres:

- Cal partir de la preferència de la jurisdicció penal. Si l'Administració detecta indicis d'una infracció penal en uns fets que simultàniament poguessin realitzar un il·lícit administratiu, s'ha d'abstenir d'exercir la seva potestat sancionadora. En cas que el procés penal concloués amb una absolució per entendre's que els fets no arribaven a ser constitutius de delictes, es podrà reobrir l'expedient administratiu, si bé l'Administració es trobarà vin-

culada pels fets que s'hagin determinat com a provats en el procés penal (STC 77/1983, de 3 d'octubre).

- En cas que l'Administració (incorrectament) no procedeixi d'aquesta manera i s'arribi a obrir un procediment penal per uns fets que ja han donat lloc a una sanció administrativa, l'STC 2/2003, de 16 de gener, estableix – en una revisió expressa de la seva jurisprudència pròpia– que és possible portar a efecte el procés penal, si bé a l'hora d'imposar la pena (si s'escau) s'hauria de "descomptar" o abonar la sanció administrativa ja imposada, amb la qual cosa, des d'un punt de vista material, s'aconseguiria evitar la duplicitat de sancions.

### **2.6.2. El principi *non bis in idem* en el si del dret penal. El concurs de lleis**

Què passa quan una conducta sembla encaixar simultàniament en dos preceptes penals? Partint de nou que el principi prohibeix la sanció doble en els casos en els quals hi hagi identitat de subjecte, fet i fonament, el que no es pot fer és sancionar dues vegades un **mateix contingut d'injust**; si una de les normes que en principi semblen aplicables capta per complet el desvalor del comportament (tota la seva càrrega de lesivitat o perill per a béns jurídics), estem davant la figura anomenada **concurso de lleis**, i, en aquest cas, s'ha d'optar per una sola d'aquestes lleis (la que sembli més ajustada considerant les normes de resolució del conflicte, que conté l'article 8 del CP).

Per tant, la institució del concurs de lleis s'orienta precisament a evitar incórrer en un il·legítim *bis in idem*, i obliga a castigar només per un dels delictes aparentment aplicables. En canvi, òbviament, una única conducta sí que es pot sancionar més d'una vegada (es dona el fet que s'anomena **concurso de delictes**) si lesiona o posa en perill interessos diferents protegits per normes també diferents (és a dir, si dona lloc a més d'un delicte). D'aquesta manera, la clau per a decidir si estem davant un concurs de delictes (que possibilita la doble sanció) o un concurs de lleis (que obliga a optar per una sola qualificació) es troba en el contingut d'injust que serveix de fonament a la sanció (diferent en el concurs de delictes i idèntic en el de lleis).

D'aquesta manera, vulneraria el principi sancionar simultàniament la causació d'una sola mort com a homicidi i assassinat, perquè la lesió del bé jurídic (d'una vida humana) és una de sola. Es tracta, per tant, d'un concurs de lleis entre els articles 138 i el 139 que s'ha de resoldre optant per una sola qualificació. En canvi, és perfectament legítim castigar una mateixa conducta (colpejar brutalment una dona embarassada) com a dos delictes diferents (de lesions de l'article 147 i d'avortament de l'article 144 o 146 del CP) si s'ha produït

la vulneració de dos béns jurídics diferents (integritat física de la mare i vida prenatal), de manera que per a captar tot el contingut d'injust del fet no n'hi ha prou d'aplicar un sol precepte (concurus de delictes).

Com hem esmentat anteriorment, l'article 8 del CP ofereix una sèrie de **criteris de solució del concurs de lleis** que serveixen de guia a l'interpret en la seva ineludible elecció entre una qualificació o una altra. Són els següents:

- El **criteri o principi d'especialitat** (article 8.1.a) comporta que quan es doni una relació de gènere a espècie entre dues normes, s'ha d'optar per l'especial, que es defineix com a tal quan conté tots els elements presents en la general més algun altre. Si la norma general conté A+B, l'especial conté A+B+C.

L'assassinat és especial respecte a l'homicidi, perquè en preveu tots els elements (matar una altra persona) més la presència d'altres (traïdoria, acarnissament o preu).

- El **principi de subsidiarietat** regeix quan un dels preceptes penals en conflicte (el subsidiari) només pretén ser aplicat en cas que no entri en joc un altre precepte penal (el principal). Aquesta subordinació es pot trobar establerta expressament en el mateix precepte subsidiari (cas en què parlem de subsidiarietat expressa), o ser deduïble del sentit de tots dos preceptes en joc per mitjà de la interpretació (subsidiarietat tàcita).

### Exemples

L'article 556 CP es declara expressament subsidiari de l'article 550 CP en sancionar els qui "sin estar comprendidos en el art. 550, resistieren a la autoridad o sus agentes". Una relació de subsidiarietat tàcita és la que es pot deduir entre els articles 139 (subsidiari) i 143.3 i 4 (principal), en la mesura que podem interpretar que el legislador no vol castigar com a assassinsats els casos que es poden incloure en l'homicidi a petició de l'article 143 (de manera que l'assassinat de l'article 139 només seria aplicable si no estiguéssim davant un supòsit de l'article 143.3 ni 4).

- El **principi de consumpció** s'aplica quan una norma preveu el desvalor de la conducta d'una manera més completa que l'altra, o sigui que si no hi hagués la primera s'hauria de recórrer a més d'una norma per a captar tot el desvalor del comportament.

El subtipus agreujat de robatori en casa habitada de l'article 241.1 del CP absorbeix l'aplicació de la violació de domicili de l'article 202 del CP. En cas que no existís l'article 241.1, la conducta només es podria valorar adequadament aplicant conjuntament la violació de domicili i el robatori del tipus bàsic, però des del moment en què existeix l'article 241.1, ens trobem davant d'un concurs de normes amb l'article 202 i no davant d'un concurs de delictes. Aplicar simultàniament els dos preceptes suposaria incórrer en un *bis in idem* en la sanció de la violació, que d'una banda es valoraria per donar lloc al tipus agreujat de robatori a casa habitada i per una altra fonamentaria el càstig per violació de domicili. I per això, per evitar aquesta sanció doble, recorrem als criteris del concurs de lleis, dels quals el de consumpció és el que es pot aplicar més clarament al cas.

Algunes vegades resulta complex determinar si el desvalor d'una conducta es troba subsumit en un tipus penal més ampli (i es tracta, per tant, d'un concurs de lleis) o si s'ha de sancionar separatament com un delicte diferent (la qual cosa implica un concurs de delictes). La qüestió es planteja, per exemple, en tots els tipus penals que inclouen l'element "violència", que per si mateix im-

#### Principi d'especialitat

Article 8.1.a: "El precepte especial s'aplica amb preferència al general".

#### Principi de subsidiarietat

Article 8.2.a: "El precepte subsidiari s'aplica només a falta del principal, tant si es declara expressament la subsidiarietat, com si aquesta és tàcitament deduïble".

#### Principi de consumpció

Article 8.3.a: "El precepte penal més ampli o complex absorbeix els que castiguen les infraccions consumides en aquell".

plica en els supòsits més greus, un delictes de lesions dels articles 147 i següents del CP. Si prenem el cas del delictes de coaccions de l'article 172, el problema resideix a dilucidar fins a quin punt la sanció per aquest delictes (en el qual el legislador ja ha valorat la concurrència de violència) absorbeix o consumeix la de certa violència (que, per tant, no es castigaria separatament) i a partir de quin moment s'ha de sancionar la violència per si mateixa en concurs de delictes amb les coaccions.

- El **principi denominat usualment d'alternativitat** (si bé es tracta d'una terminologia discutible, ja que sembla suggerir una llibertat d'elecció entre dues alternatives, quan no és aquest el cas) s'aplica en els supòsits en què les dues normes en conflicte capten el desvalor del fet d'una manera igualment completa sense que els resultin aplicables cap dels criteris anteriors. En cas de ser així, el legislador ordena optar per la norma que imposi una pena més greu.

Cal insistir en el fet que el legislador configura aquesta regla com a subsidiària dels anteriors, per la qual cosa només s'aplicarà en els casos, molt infreqüents, en els quals no es pugui resoldre un concurs de normes d'acord amb cap dels tres primers criteris de l'article 8. Per tant, si qualsevol d'aquestes regles legals de solució del concurs de normes capta adequadament la relació entre els dos preceptes en joc, s'haurà d'aplicar amb independència que el que tingui preferència prevegi una pena més greu o més benigna que l'altre.

#### Principi d'alternativitat

Article 8.4.a: "A falta dels criteris anteriors, el precepte penal més greu exclou els que castiguen el fet amb una pena menor".

### 3. La vigència de la llei penal

En aquest apartat estudiarem els tres possibles tipus de límits a la vigència de la llei penal: temporals, espacials i personals.

#### 3.1. La vigència temporal de la llei penal

Com veurem, la llei penal no només es troba costrenyida en l'espai, sinó també en el temps, conforme a criteris que s'exposen a continuació.

##### 3.1.1. Irretroactivitat de les lleis penals no favorables

La màxima general que regeix en aquest àmbit és la que estableix que els fets s'enjudicien d'acord amb les lleis vigents en la data en què es cometen, encara que en el moment de l'enjudiciament ja estiguin derogades. És a dir, les normes penals no es poden aplicar retroactivament a comportaments assumits abans que entri en vigor. Es tracta d'una conseqüència lògica ineludible del principi de legalitat, en el qual troba el seu clar fonament. Si el principi de legalitat directament vinculat, al seu torn, a l'exigència de seguretat jurídica, requereix que ningú pugui ser sancionat sinó en virtut de normes que s'han pogut conèixer abans de la comissió dels fets, la prohibició de la retroactivitat resulta indefugible. Per això aquesta garantia es pot considerar integrada en l'article 25.1 de la CE<sup>13</sup>, a més de l'article 9.3 de la CE, que consagra "la irretroactivitat de les disposicions sancionadores no favorables o restrictives de drets individuals". D'altra banda, el Codi penal recull el principi en l'article 2.1, quan estableix que "No s'ha de castigar cap delictes amb una pena que no hagi previst una llei anterior a la seva perpetració. Igualment, manquen d'efecte retroactiu les lleis que estableixin mesures de seguretat". Això no obstant, trobem una **excepció fonamental** a aquesta exigència general d'irretroactivitat de les lleis penals: les **lleis posteriors més favorables** per al reu.

<sup>(13)</sup> Article ja estudiat quan ens hem referit al principi de legalitat.

D'aquesta manera, si en el moment de l'enjudiciament d'un fet hi ha en vigor una norma més beneficiosa per a l'autor que la vigent en el moment de la comissió, aquesta norma més benigna no solament pot, sinó que s'ha d'aplicar d'una manera retroactiva. El mateix article 2 del CP ho ordena en el seu apartat 2: "No obstant això, tenen efecte retroactiu les lleis penals que afavoreixin el reu [...]". Al marge de quin sigui el **fonament** d'aquesta excepció –la lesió de la justícia que comportaria que un fet fos sancionat amb més rigor quan la seva valoració s'ha vist modificada a favor seu, l'absència de punibilitat a efectes preventius generals i especials, etc.–, el cert és que el legislador espanyol no solament l'ha consagrat clarament, sinó que a més ha optat per atorgar-li un **abast molt ampli**: del mateix article 2.2 es desprèn que no solament afecta

els fets pendents de sentència, sinó també els ja enjudiciats, cas en què la condemna recaiguda (que encara no s'ha complert o es troba en fase d'execució) s'ha de revisar per a adequar-la a la nova normativa més benigna.

En qualsevol cas, convé cridar l'atenció sobre les dificultats que de vegades pot implicar la determinació de quina de les dues lleis en joc resulta més favorable per al reu. En principi, l'elecció és clara quan la llei posterior despenalitzava un comportament castigat anteriorment o quan li assigna menys extensió d'una pena de la mateixa naturalesa (el delictes abans castigat amb una pena de 6 a 8 anys de presó passa a estar-ho amb una pena de 3 a 5 anys). En canvi, quan la llei posterior imposa una pena de diferent naturalesa a la prevista anteriorment, la qüestió pot resultar molt més complexa. Sobre això, **l'article 2.2 del CP estableix que en cas de dubte sobre la llei més favorable s'escolti el reu** (a l'opinió del qual no es concedeix, tanmateix, efectes vinculants).

Per efecte d'una modificació legal, una conducta que estava sancionada amb una pena de presó d'1 a 2 anys es passa a castigar amb una pena d'inhabilitació professional de 6 a 8 anys. En principi podria semblar clarament més favorable la segona norma, en la mesura en què les penes de presó es perceben sempre com a més aflictives que qualsevol altra. Tanmateix, pot no ser realment així, ja que si el reu reuneix els requisits perquè se suspengués la seva pena de presó (la qual cosa estudiarem en el mòdul VI), finalment li resultaria més desfavorable una condemna llarga d'inhabilitació professional.

### 3.1.2. Supòsits conflictius

A continuació ens referirem a alguns supòsits en què la vigència temporal de la llei pot resultar especialment conflictiva.

- El cas de les **lleis temporals**. Aquest tipus de lleis se sol dictar per a afrontar situacions excepcionals de gravetat especial, de manera que el més freqüent és que determinin més responsabilitat penal que les precedents, i també que les que les succeeixen, ja que una vegada s'ha superat la situació excepcional les normes posteriors solen tornar a una regulació més benigna. La qüestió essencial que es planteja –molt discutida sota l'anterior Codi penal, que no regulava expressament aquests supòsits– passa per determinar la llei aplicable al delictes comès durant la vigència de la llei temporal si l'enjudiciament té lloc quan ja ha desaparegut aquesta situació excepcional i regeix una norma més favorable per al reu. En l'actualitat, el problema està resolt explícitament per l'article 2.2 CP, que opta per fer en aquests casos **una excepció a la retroactivitat obligada de les normes més favorables**, i ordena que els fets comesos durant la vigència d'una llei temporal es jutgin d'acord amb aquesta llei, "llevat que es disposi expressament el contrari". Amb això, el legislador ha acollit els raonaments doctrinals segons els quals l'aplicació retroactiva de les normes més favorables posteriors a lleis temporals representaria la pràctica inaplicació d'aquestes últimes, en la mesura que, atesa la normalment breu vigència de la llei temporal, seran molt nombrosos els casos que s'hauran de jutjar quan ja regeixin disposicions posteriors més benignes.

### Exemple

Un exemple de situació excepcional de gravetat especial podria ser un seriós desproveïment de productes de primera necessitat a causa d'una catàstrofe natural. En aquest cas, s'emetria una norma que agreugés les penes assignades al pillatge mentre perdurés el desproveïment.

- El cas de les **lleis penals intermèdies**. Es tracta de normes que han entrat en vigor després del moment de comissió d'un delictes, però que han deixat d'estar-hi en la data de l'enjudiciament. En cas que siguin més benignes per al reu que les vigents en ser comès i ser enjudiciat (imaginem-nos que en el tercer moment s'ha tornat a endurir la valoració), i davant el silenci legal en aquest sentit, la doctrina majoritària entén que el jutge ha de resoldre d'acord amb la llei penal intermèdia més favorable. Certament, a favor d'aquesta actitud es poden al·legar consideracions tant teleològiques com de justícia material.

### Exemple

S'ha argumentat que permetent l'aplicació de la llei intermèdia s'evita la injustícia comparativa que representaria que la lentitud superior del procés determinés l'aplicació de la tercera llei més costosa, davant els processos més ràpids en què encara es trobés vigent la norma intermèdia més benigna.

### 3.1.3. El moment de la comissió del delictes

La vigència temporal de la llei penal no s'ha de confondre amb la qüestió del moment en què s'entén que s'ha comès el delictes. Aquests dos aspectes estan molt relacionats en la mesura en què cal aclarir prèviament en quin moment s'entén que s'ha comès per a saber quina és la llei vigent en el moment de la comissió del delictes (que serà l'aplicable en el seu enjudiciament, tret que hagi sobrevingut una llei més favorable). En la immensa majoria dels casos, la determinació del moment de comissió d'un delictes (decisiva per a identificar la norma que en principi serà d'aplicació) no presenta gran problemes. No obstant això, sí que pot comportar dificultats en els supòsits de separació temporal entre la realització de l'acció i la manifestació del resultat.

### Exemple

S'envia per correu una carta injuriosa que no arriba al destinatari fins a cert temps després, o s'envia un paquet bomba que no explota fins que l'obren, després d'haver transcorregut un lapse de temps.

Davant de les diverses possibilitats existents sobre això, el legislador de 1995 ha estat clar i s'ha pronunciat expressament sobre aquesta qüestió en l'article 7 del CP:

Article 7 del CP: "A l'efecte de determinar la llei penal aplicable en el temps, els delictes es consideren comesos en el moment en què el subjecte executa l'acció o omet l'acte que estava obligat a realitzar".

Així, doncs, la qüestió es troba clarament resolta en el codi. En els supòsits (escassos) en què entre l'acció i el resultat hi hagi un lapse de temps (més o menys prolongat), es considerarà que el delictes s'ha comès en el moment en

què es realitzi l'acció. Això significa que si entre la data de realització de l'acció i la de producció del resultat sobrevé un canvi de regulació d'aquesta conducta, la llei aplicable serà en principi la que estava vigent en la data en la qual es va dur a terme l'acció (que és el moment en què es considera legalment que s'ha comès el delictes). A menys que, evidentment, la llei nova resulti més favorable, ja que en aquest cas s'aplicarà aquesta llei nova seguint la regla general de la retroactivitat de la norma més beneficiosa.

### 3.2. La vigència espacial de la llei penal

La llei penal és, així mateix, limitada en l'espai, d'acord amb els principis, i les seves excepcions, regulats en l'art. 23 LOPJ.

#### 3.2.1. Principis rectors en la matèria

L'eficàcia de la llei penal en l'espai es regeix pel **principi de territorialitat**, cosa que significa que els delictes seran jutjats al país on han estat comesos i aplicant les seves pròpies lleis penals. En aquest sentit, com que el *ius puniendi* és emanació de la sobirania de l'Estat, resulta lògic que s'exerceixi respecte a tots els delictes comesos en el seu territori, amb independència de la nacionalitat de l'autor. A més de l'article 8 del Codi civil, també ho disposa per al nostre ordenament l'article 23.1 de la LOPJ, quan declara que correspon a la jurisdicció espanyola el coneixement dels delictes comesos en territori espanyol, sens perjudici dels tractats internacionals dels quals Espanya formi part.

#### Aplicació del principi de territorialitat

L'aplicació d'aquest principi de territorialitat requereix, en primer lloc, determinar amb exactitud quin és el territori espanyol, constituït per la terra corresponent a la península Ibèrica i els arxipèlags balear i canari, Ceuta i Melilla, el mar territorial amb extensió de dotze milles, l'espai aeri i els vaixells i aeronaus amb pavelló espanyol. S'hi afegeixen, per costum juridicointernacional, els edificis de les ambaixades i consolats espanyols en altres països.

El principi bàsic en aquesta matèria, el de territorialitat, es veu complementat excepcionalment per tres principis més (els de personalitat, protecció d'interessos i justícia universal), que determinen el que anomenem *l'aplicació extraterritorial de la llei penal*, encaminada a evitar les llacunes de punibilitat a què podia conduir l'aplicació exclusiva d'aquest principi.

- **El principi de personalitat.** L'article 23.2 de la LOPJ atorga competència a la jurisdicció espanyola per a conèixer fets comesos a l'estranger per un ciutadà espanyol (o estranger nacionalitzat posteriorment a la comissió del delictes) sempre que se satisfacin determinats requisits que examinarem a continuació. Gràcies a aquesta excepció al principi de territorialitat, s'aconsegueix evitar la impunitat a la qual es donaria lloc en un altre cas, en virtut de la màxima de no lliurament de nacionals vigent en matèria d'extradició. Com que l'article 3.1 de la Llei 4/1985 d'extradició passiva

estableix que "no es concedirà" l'extradició d'espanyols, si no hi hagués el principi de personalitat que permet a Espanya de jutjar el nacional (encara que el delictes no s'hagués comès en el seu territori), el fet quedaria impune sempre que l'autor fugís i fos detingut en territori espanyol.

### **Principi de personalitat**

El principi de personalitat es relaciona amb la nacionalitat de l'autor del delictes i no amb la del subjecte passiu, que a aquests efectes és indiferent.

Imaginem que un ciutadà espanyol cometés un delictes al Marroc i fugís a Espanya. En cas que no s'hagués previst el principi de personalitat i que s'apliqués únicament el de territorialitat, el fet quedaria impune: el Marroc no podria jutjar-lo perquè Espanya no li concediria l'extradició d'un espanyol, i Espanya tampoc no podria fer-ho perquè el fet s'hauria comès fora de les seves fronteres.

Caldria precisar, en tot cas, que en l'actualitat el principi de personalitat ha perdut la seva virtualitat en els supòsits en els quals el delictes s'hagués comès en un Estat pertanyent a la Unió Europea; en aquests casos, tal com disposa la Llei 3/2003, relativa a l'**Ordre europea de detenció i lliurament**, Espanya està jurídicament obligada a lliurar l'autor, també quan fos espanyol, per a ser jutjat al país on s'haguessin comès els fets.

En el nostre dret, aquest principi opera sotmès a una sèrie de requisits que estableix l'article 23.2 de la LOPJ.

1) En primer lloc –exigència denominada de la **dobla incriminació**– el fet ha de ser delictes tant a Espanya com al país on va ser comès, "salvo que en virtut de un Tratado internacional o de un acto normativo de una organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito".

### **Exemple**

La jurisdicció espanyola no podria entendre d'un supòsit d'eutanàsia sol·licitada (delictes a Espanya segons l'art. 143.4 CP) duta a terme per un espanyol a l'estranger, si la conducta s'hagués realitzat en algun dels països on es troba expressament permesa (Holanda, Bèlgica, Luxemburg).

2) En segon lloc, s'ha d'haver interposat una querella per l'agregat o el ministeri fiscal davant els tribunals espanyols.

3) Finalment, el subjecte no ha d'haver estat absolt o indultat al país de comissió, o condemnat amb la condemna completament complerta. Si només s'ha executat parcialment, es tindrà en compte la part ja complerta per a rebaixar d'una manera proporcional la pena que li podria correspondre després de ser jutjat a Espanya.

- **El principi real o de protecció d'interessos.** L'article 23.2 de la LOPJ atorga competència a la jurisdicció espanyola per entendre de determinats delictes tot i que s'hagin comès fora del territori espanyol, tant per espanyols com per estrangers, quan afecten directament els interessos estatals més rellevants. En concret, el precepte permet aquesta possibilitat –condicionada, com en el principi de personalitat, al fet que el subjecte no hagués estat indultat o absolt al país estranger, i amb previsions idèntiques pel que

fa al compliment parcial de la condemna –respecte als fets susceptibles de tipificar-se de la manera següent:

- de traïció i contra la pau o la independència de l'Estat;
  - contra el titular de la Corona, el seu consort, el seu successor o el regent;
  - rebel·lió i sedició;
  - falsificació de la signatura o estampilla reials, del segell de l'Estat, de les signatures dels ministres i dels segells públics o oficials;
  - falsificació de moneda espanyola i la seva expedició;
  - qualsevol altra falsificació que perjudiqui directament el crèdit o els interessos de l'Estat, i introducció o expedició del que s'ha falsificat;
  - atemptat contra autoritats o funcionaris públics espanyols;
  - els perpetrats en l'exercici de les seves funcions per funcionaris públics espanyols residents a l'estranger i els delictes contra l'Administració pública espanyola;
  - els relatius al control de canvis.
- **El principi de justícia universal.** Aquest principi té com a finalitat impedir la impunitat de certs delictes especialment greus que atempten contra els interessos de la comunitat internacional, raó per la qual se'n permet la persecució als tribunals d'un estat, amb independència de la nacionalitat de l'autor i del lloc de comissió.

Fins fa pocs anys, l'operativitat d'aquest principi en el cas espanyol no es trobava sotmesa a més limitacions que tractar-se d'algun dels delictes inclosos en el catàleg recollit en l'art. 23.4 LOPJ (genocidi, delictes de lesa humanitat, crims de guerra, terrorisme, etc., o altres que segons els tractats o convenis internacionals haguessin de ser perseguits pels estats signants, com el de tortures) i que no s'incorregués en *bis in idem* (23.5 LOPJ).

Aquest és l'abast que va conferir al principi el Tribunal Constitucional (STC 237/2005, de 26 de setembre, sobre el cas Guatemala) –després d'uns anys de discrepàncies entre l'Audiència Nacional i el Tribunal Suprem quant al seu àmbit d'aplicació, derivades de la interpretació restrictiva propugnada pel segon– i que va servir de cobertura per a la pràctica persecutòria efectiva, que s'havia iniciat ja a partir dels últims anys del segle passat, de tota una sèrie de casos de gran ressonància pública (cas Pinochet, cas Argentina –que es tradueix en la primera sentència condemnatòria en aplicació d'aquest principi a l'oficial de l'Armada Scilingo, per delictes de lesa humanitat–, Guatemala, Tibet, Iraq-Couso, El Salvador, Israel-Gaza, Xina-Falung Gong, Ruanda, etc.).

El debat sobre l'amplitud, excessiva per a alguns, de la competència que en virtut d'aquest principi s'atribuïa a la jurisdicció penal espanyola ha culminat en una modificació de l'art. 23.4 LOPJ (LO 1/2014, de 13 de març), que el deixa gairebé irrecognoscible i pràcticament buit de contingut. Una reforma que ha anat precedida d'un primer intent –no del tot reeixit– de limitació a través

de la LO 1/2009, de 3 de novembre, que exigia l'existència d'un punt de connexió amb interessos espanyols a través de la concurrència d'algun d'aquests requisits: que els responsables es trobessin a Espanya, que hi hagués víctimes de nacionalitat espanyola, o que es constatés algun altre vincle de connexió rellevant amb Espanya; i que introduïa un règim de subsidiarietat respecte de les actuacions iniciades en un altre país competent o per part d'un tribunal internacional.

De la reforma operada per la LO 1/2014 en resulta una regulació que desvirtua per complet el principi: s'hi introdueixen una barreja de criteris de naturalesa contrària a l'esperit de la justícia universal (com l'exigència que les víctimes siguin espanyoles, la qual cosa suposa una mena de reintroducció del principi de personalitat passiva en el nostre ordenament), que distorsiona el camp de joc dels diferents supòsits d'aplicació extraterritorial de la llei penal espanyola (com que els autors siguin espanyols, amb un solapament evident amb el principi de personalitat activa), o, en fi, que eleven simples condicions de procedibilitat a regles d'atribució de competència (per exemple, condicionant la persecució al fet que l'imputat es trobi en territori espanyol, negligint els mecanismes d'entreamunt judicial internacional, com l'extradició).

Aquests criteris i alguns altres, sencers o una part, apareixen recollits de manera disjuntiva o cumulativa en funció del delicte o classe de delictes de què es tracti, sense que s'evidenciïn les raons d'aquest tractament dispar en una tècnica legislativa senzillament deplorable.

Els delictes que poden ser coneguts per la jurisdicció penal espanyola són:

- Genocidi, lesa humanitat i delictes contra persones i béns en cas de conflicte armat.
- Tortures i contra la integritat moral.
- Delictes de desaparició forçada inclosos en la Convenció de Nova York de 20-12-2006.
- Delictes de pirateria, terrorisme, tràfic il·legal de drogues tòxiques, estupefaents o substàncies psicotròpiques, tracta d'éssers humans, contra els drets dels ciutadans estrangers i delictes contra la seguretat de la navegació marítima.
- Terrorisme.
- Delictes d'apoderament il·lícit d'aeronaus continguts al Conveni de la Haia de 16-12-1970.
- Actes il·lícits contra la seguretat de l'aviació civil continguts al Conveni de Montreal de 23-9-1961.
- Delictes continguts al Conveni sobre la protecció física de materials nuclears de Viena i Nova York, de 3-3-1980.
- Tràfic il·legal de drogues tòxiques, estupefaents i substàncies psicotròpiques.
- Delictes de constitució, finançament o integració en grup o organització criminal, o delictes comesos en el seu si, sempre que actuïn amb la intenció de cometre a Espanya un delicte castigat amb una pena màxima igual o superior a tres anys de presó.
- Delictes contra la llibertat i indemnitat sexual sobre víctimes menors d'edat.

- Delictes regulats al Conveni del Consell d'Europa de 11-5-2011 sobre prevenció i lluita contra la violència contra les dones i la violència domèstica.
- Tracta d'éssers humans.
- Delictes de corrupció entre particulars o en les transaccions econòmiques internacionals.
- Delictes regulats en el Conveni del Consell d'Europa de 28-10-2011, sobre falsificació de productes mèdics, i delictes que suposin una amenaça per a la salut pública.
- Qualsevol altre delicte, la persecució del qual sigui obligatòria d'acord amb un tractat o acte normatiu d'una organització internacional.

D'altra banda, es consagra la idea de subsidiarietat, de manera que l'Audiència Nacional no podrà conèixer dels fets si s'ha iniciat un procediment per a la seva investigació, enjudiciament per part d'un tribunal internacional o per part de l'estat en què els fets s'hagin comès o d'on siguin nacionals els autors, i la persecució d'aquests delictes queda condicionada a la presentació de querella per part de la persona agreujada o del Ministeri Fiscal, la qual cosa suposa una limitació a l'exercici de l'acció popular per part dels ciutadans (art. 125 CE), que havia estat determinant en l'impuls de la majoria de causes substanciades fins a l'entrada en vigor de la reforma.

### 3.2.2. El lloc de comissió del delicte

A diferència del que passa respecte al temps en què s'entén comès el delicte, la llei espanyola no es pronuncia sobre el lloc de comissió del fet. D'entre les diferents propostes sobre el tema (la de l'activitat, la del resultat i l'anomenada de la **ubiquïtat**), la doctrina espanyola opta d'una manera cada vegada més clara per aquest últim criteri, que significa que la jurisdicció espanyola seria competent per a conèixer del delicte (perquè "s'entén comès a Espanya") tant si és l'acció el que es fa en territori espanyol (encara que el resultat es produeixi fora) com si ho és el resultat (encara que l'acció tingués lloc a l'estranger). Es tracta, certament, de la interpretació més correcta en la mesura que és l'única que aconsegeix evitar llacunes de punibilitat intolerables.

Imaginem el cas de l'espanyol que envia un paquet bomba des d'Espanya, provoca una mort al Marroc i es queda en territori espanyol. Si s'opta per la teoria del resultat i s'entén que el delicte va ser comès al Marroc, en principi Espanya no seria competent, perquè el delicte no es va cometre en el seu territori; i el Marroc tampoc no el pot jutjar, perquè si per aquest motiu sol·licita l'extradició, el principi de no lliurament dels nacionals que regeix en aquesta matèria en motiva la denegació per part d'Espanya. Trobaríem els mateixos problemes si l'autor fos marroquí i es refugiés al Marroc.

### 3.3. La vigència personal de la llei penal

Encara que el principi bàsic en aquesta matèria atribueix a la llei penal una vigència general que obliga de la mateixa manera tots els ciutadans, la mateixa Constitució li reconeix una sèrie de limitacions respecte a determinades persones a causa del càrrec que tenen, i cal distingir entre les anomenades inviolabilitats i les immunitats.

1) Les **inviolabilitats** impliquen una veritable **absència de responsabilitat criminal**<sup>14</sup> respecte a determinats comportaments; és a dir, la impossibilitat total de perseguir-los. En el nostre dret es reconeixen els **supòsits** següents:

(14) Aquestes limitacions no responen a la identitat concreta de les persones, sinó que es preveuen a causa de la funció o el càrrec que ocupen, per la qual cosa només afecten fets comesos en l'exercici d'aquesta funció.

- El més ampli es troba en l'article 56.3 de la CE, segons el qual "La persona del Rei és inviolable i no està subjecta a responsabilitat". Segons la doctrina majoritària, la com a mínim aparent amplitud del tenor literal del precepte sembla eximir de responsabilitat el cap de l'Estat per qualsevol tipus de comportament, si bé se sol entendre que en cas de cometre un delictes, el Rei quedaria inhabilitat en els termes previstos en l'article 59.2 de la CE. No obstant això, segons la nostra opinió sembla adequat proposar una interpretació restrictiva que limiti aquest privilegi només als actes realitzats en l'exercici del seu càrrec, és a dir, a aquells que, segons la pròpia Constitució, han de ser ratificats pel president del Govern i els ministres competents (articles 56.3 i 64 de la CE).
- En virtut de l'article 71.1 de la CE, "Els diputats i els senadors gaudiran d'inviolabilitat per les opinions manifestades en l'exercici de les seves funcions", cosa que suposa –amb la finalitat de garantir la plena llibertat en l'exercici de la funció parlamentària– la impossibilitat de perseguir-los pels delictes (fonamentalment injúries o calúmnies) en els que poguessin haver incorregut per expressions emeses en reunions parlamentàries. La Constitució mateixa deixa clar (article 67.3) que no es gaudirà d'aquests privilegis quan es tracti d'opinions manifestades en reunions de parlamentaris fetes sense convocatòria reglamentària, i el mateix s'ha de dir, òbviament, de les expressades fora del Parlament (en mítings, rodes de premsa, etc.). Una vegada satisfets aquests requisits, la inviolabilitat persisteix encara que en el moment en què s'iniciés un procediment el subjecte ja hauria perdut la seva condició de parlamentari. Els estatuts d'autonomia, per la seva banda, recullen disposicions idèntiques o molt similars respecte dels membres dels parlaments autonòmics.
- També gaudeixen d'inviolabilitat els magistrats del Tribunal Constitucional (article 22 de la Llei orgànica del Tribunal Constitucional) i el Defensor del Poble i els seus adjunts (articles 6.2 i 6.4 de la Llei orgànica del Defensor del Poble).

2) Les **immunitats**, a diferència de les inviolabilitats, no són res més que simples **obstacles processals a la detenció**, el processament o la imputació de determinades persones.

Així, l'article 71.2 de la CE estableix que "Durant el període del seu mandat, els diputats i els senadors gaudiran també d'immunitat, i només podran ser detinguts en cas de delictes flagrants. No podran ser inculcats ni processats sense l'autorització prèvia de la cambra respectiva". Aquesta última precisió obliga, per tant, que per inculpar o processar diputats i senadors s'hagi de sol·licitar o obtenir l'anomenat *suplicatori*, el qual, per no convertir la immunitat en un

mer privilegi personal lesiu del principi d'igualtat, només pot ser denegat (i sempre d'una manera motivada) quan sigui necessari per a una tutela adequada de la funció parlamentària.

Altres immunitats que es preveuen en el nostre ordenament (si bé limitades a la prohibició de la detenció excepte en cas de delicte flagrant) són les del Defensor del Poble i els seus adjunts (article 6 de la Llei orgànica del Defensor del Poble) i els jutges i magistrats (article 398 de la Llei orgànica del poder judicial).

## Resum

El dret penal constitueix la branca de l'ordenament jurídic que pretén protegir els béns jurídics fonamentals per a la convivència amb penes i mesures de seguretat. Com a dret positiu que és, es compon de normes adreçades als ciutadans, de les quals se'n desprèn una doble dimensió: la valoració d'una sèrie de béns i interessos que es volen protegir i el mandat concret adreçat a cada individu (condicionat a les seves circumstàncies particulars), que determina que s'abstingui de lesionar-los.

En l'exercici d'aquesta potestat punitiva orientada a la protecció de béns jurídics (cosa que representa conferir a la pena una finalitat preventiva general, és a dir, orientada a aconseguir que la col·lectivitat es comporti d'una manera adequada al dret), el dret penal se serveix dels mitjans més costosos de tots els que disposa l'ordenament jurídic. Atesa la restricció de drets fonamentals (per començar, del mateix principi general de llibertat) que comporta tota intervenció penal, resulta imprescindible que l'exercici d'aquesta potestat punitiva sigui limitat per una sèrie d'exigències infranquejables, que actualment es poden considerar consubstancials a la nostra forma d'Estat: principis com els de legalitat, *ultima ratio*, ofensivitat, culpabilitat o *non bis in idem* formen unes garanties per als ciutadans davant el poder estatal sense les quals no podríem parlar d'un vertader estat social i democràtic de dret.

Finalment, hem estudiat els límits a què pot estar sotmesa la vigència de la llei penal en tres ordres diferents: el temporal, l'espacial i el personal.



## Exercicis d'autoavaluació

### 1. Els diputats i senadors...

- a) són inviolables per qualsevol fet comès en l'exercici de les seves funcions.
- b) només poden ser processats amb la concessió prèvia del suplicatori per part de la cambra corresponent.
- c) gaudeixen d'immunitat per les opinions manifestades en l'exercici de les seves funcions en actes parlamentaris.
- d) Totes les respostes anteriors són correctes.

### 2. El principi de personalitat...

- a) implica que els tribunals espanyols són competents per jutjar delictes comesos a l'estranger per espanyols o estrangers si atempten contra interessos espanyols especialment rellevants.
- b) impedeix concedir l'extradició d'un nacional espanyol a un altre estat.
- c) permet de jutjar a Espanya els delictes comesos a l'estranger contra ciutadans espanyols.
- d) Totes les respostes anteriors són falses.

### 3. Si un subjecte comet un delicte el 1998 i és jutjat el 2002, quan hi ha vigent una nova llei penal...

- a) mai no se li pot aplicar la nova llei.
- b) pot ser jutjat d'acord amb la nova llei si li resulta més favorable.
- c) se li ha d'aplicar la nova llei si li resulta més favorable.
- d) ha de ser jutjat d'acord amb la llei de 1998 encara que li sigui més desfavorable.

### 4. Les mesures de seguretat...

- a) s'imposen a subjectes totalment o parcialment inculpables, però criminalment perillosos, i només si ja han comès un delicte.
- b) s'imposen a subjectes inimputables perillosos, tot i que encara no hagin comès cap delicte.
- c) s'imposen a subjectes plenament culpables pel fet de ser perillosos.
- d) Totes les respostes anteriors són falses.

### 5. En relació amb el principi de legalitat...

- a) el principi de legalitat està estretament relacionat amb la necessitat de seguretat jurídica.
- b) en el nostre dret penal es permet la utilització de l'analogia, encara que sigui perjudicial per al reu.
- c) és possible establir una pena privativa de llibertat en una llei ordinària.
- d) Totes les respostes anteriors són falses.

### 6. El concurs de lleis...

- a) és una figura prevista per a evitar la lesió del principi *non bis in idem*.
- b) es diferencia del concurs de delictes en el fet que en aquest últim el subjecte comet dues o més infraccions el càstig de les quals obeeix a diferents fonaments.
- c) obliga l'intendent a optar per una sola de les normes aparentment aplicables, ja que totes dues tenen un mateix fonament.
- d) Totes les respostes anteriors són correctes.

### 7. Les lleis penals en blanc...

- a) són disposicions incompletes en què la conseqüència jurídica no apareix del tot determinada pel legislador.
- b) representen una remissió del legislador penal a una altra disposició per a completar el supòsit de fet.
- c) constitueixen una tècnica interpretativa que permet al jutge de completar el supòsit de fet de la norma acudint a l'analogia.
- d) impliquen l'ús d'una tècnica normativa declarada inconstitucional pel TC.

8. La teoria de la doble funció de la norma penal...

- a) entén l'injust primordialment com a lesió o posada en perill objectives de béns jurídics.
- b) descarta que la norma penal impliqui un imperatiu adreçat als ciutadans.
- c) concep l'injust com la infracció d'un deure personal d'abstenir-se de delinquir.
- d) concep la culpabilitat com a lesió o posada en perill de béns jurídics.

9. D'acord amb el text, la pena...

- a) té com a finalitat la protecció de béns jurídics amb l'evitació de delictes per part de la col·lectivitat, és a dir, la prevenció general.
- b) no es pot concebre com una restricció de drets, sinó com una forma de tractament del delinqüent perquè no reincideixi.
- c) té com a finalitat fer justícia per mitjà de la retribució de la culpabilitat del delinqüent.
- d) ha de ser executada per l'administració penitenciària i orientada a la prevenció general.

10. El principi de prohibició d'excés...

- a) no pot fonamentar, en cap cas, la declaració d'inconstitucionalitat d'una llei penal, perquè la quantia de la pena és una decisió reservada exclusivament a l'arbitri del legislador.
- b) impedeix, entre d'altres, sancionar de la mateixa manera conductes que impliquen un grau de lesivitat diferent.
- c) consisteix fonamentalment en la prohibició de sancionar dues o més vegades el mateix fet amb el mateix fonament.
- d) Totes les respostes anteriors són falses.

## **Solucionari**

### **Exercicis d'autoavaluació**

1. b

2. d

3. c

4. a

5. a

6. d

7. b

8. a

9. a

10. b

## Glossari

**analogia** *f* Aplicació d'una norma a un supòsit que no es preveu expressament en el seu tenor literal o comprès en els seus sentits possibles, però que manté una identitat de raó o fonament amb els que sí que ho estan.

**bé jurídic** *m* Interès individual o col·lectiu (constitucionalment rellevant) valorat positivament pel legislador i la lesió o posada en perill del qual fonamenta la prohibició d'un fet.

**delicte** *m* Comportament, previst prèviament com a tal per una llei, que lesiona o posa en perill béns protegits pel legislador.

**dret penal** *m* Conjunt de normes positives que preveuen delictes i els assignen penes i mesures de seguretat.

**concur de delictes** *m* Comissió de dues o més infraccions per un mateix subjecte que lesiona béns jurídics diferents entre si protegits per dos o més tipus penals (tots aplicables).

**concur de lleis** *m* Aplicabilitat aparent de dues normes a un mateix supòsit de fet que s'ha de resoldre optant per una de sola per tal de no lesionar el principi *non bis in idem*.

**immunitat** *f* Obstacles per al processament de determinats subjectes a causa de la funció o el càrrec que ocupen.

**inviolabilitat** *f* Exempció de responsabilitat criminal respecte a determinats actes a causa de la funció o càrrec exercit pel subjecte.

**ius puniendi** *m* Potestat punitiva reservada en exclusiva a l'Estat i condicionada al respecte d'una sèrie de principis limitadors de caràcter constitucional.

**lleí penal** *f* Disposició que conté una norma penal.

**lleí penal en blanc** *f* Llei penal incompleta que es remet a altres disposicions per a la determinació total del supòsit de fet.

**mesura de seguretat** *f* Conseqüència jurídica de la comissió d'un fet típic i antijurídic per un subjecte inimputable o semiimputable, sempre condicionada a la concurrència de perillositat criminal en el subjecte.

**perillositat criminal** *f* Judici de pronòstic pel qual es pot afirmar la probabilitat que un subjecte determinat cometrà delictes en el futur.

**pena** *f* Privació de drets d'un subjecte com a conseqüència jurídica de la comissió d'una infracció penal.

**prevenció especial** *f* Funció de la pena que consisteix a evitar futurs delictes per part del subjecte que ja ha delinquit.

**prevenció general** *f* Funció de la pena que consisteix a evitar futurs delictes del conjunt dels ciutadans als quals s'adreça l'amenaça penal.

**principi de legalitat** *m* Limitació de l'*ius puniendi* estatal de la qual se'n deriva la reserva de llei en matèria penal, la taxativitat de les normes penals i el fet que només es puguin sancionar fets previstos prèviament com a delictes en una llei anterior a la seva comissió.

**retroactivitat** *f* Aplicabilitat d'una disposició a fets comesos abans que entri en vigor.

**retribució** *f* Funció de la pena que consisteix a compensar el mal comès pel delinqüent i de la seva culpabilitat.

## Bibliografia

**Carbonell Mateu, J. C.** (1999). *Derecho penal: concepto y principios constitucionales* (3a. edición). València: Tirant lo Blanch.

**García-Pablos de Molina, A.** (2000). *Derecho penal. Introducción* (2a. edición). Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

**Hassemer, W.; Muñoz Conde, F.** (1989). *Introducción a la criminología y al Derecho penal*. València: Tirant lo Blanch.

**Mir Puig, S.** (1994). *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel.

**Mir Puig, S.** (2011). *Derecho penal. Parte general* (9a. edición). Barcelona: Reppertor.

**Quintero Olivares, G.** (2010). *Parte general del Derecho penal* (4a. edición). Cizur menor: Aranzadi.

**Silva Sánchez, J. M.** (1992). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch (ed.).

