

DERECHOS HUMANOS Y LIMITES DEL DERECHO PENAL

Santiago MIR PUIG

Catedrático de Derecho Penal de la  
Universidad de Barcelona.



El carácter radicalmente problemático del Derecho Penal procede seguramente del significado ambivalente que le es propio. Por una parte, sirve de instrumento de defensa de determinados intereses frente a ataques que se consideran indeseables. En este primer aspecto el Derecho penal se presenta como medio de prevención de delitos, y está llamado a intervenir para evitar o al menos contener, agresiones a derechos humanos como la vida, la integridad física, la libertad o la propiedad. Mas, por otra parte, la intervención del Derecho penal supone, a su vez, la ingerencia en derechos fundamentales de los que delinquen. Así el Derecho penal puede determinar la privación de la vida -con la pena de muerte-, de la libertad -con las penas privativas de libertad-, o de una parte del patrimonio -con las penas pecuniarias-. La gran paradoja del Derecho penal, la que, como decíamos, lo hace radicalmente problemático, es que constituye un intento de proteger derechos humanos mediante la lesión de otros derechos humanos. Dicho de otra forma: el Derecho penal supone un conflicto entre los derechos atacados por el delito y los derechos del delincuente. Aunque este conflicto se resuelva a favor de los primeros, no puede dejar de suponer una cierta consideración de los segundos. El mismo reconocimiento de la existencia del conflicto ha de conducir a la búsqueda de una fórmula de compromiso entre los derechos contrapuestos, que garantice un mínimo equilibrio entre ellos. La legitimación del Derecho penal ha de partir de estas ideas de conflicto, compromiso y equilibrio entre derechos humanos enfrentados.

Los dos términos del conflicto apuntado han de ser, pues, objeto de análisis desde el prisma de los derechos humanos. Por una parte, importa decidir qué derechos humanos ha de proteger el derecho penal. Nadie pone en duda que la vida, la integridad física, la libertad y el honor han de protegerse plenamente,

pues todos admiten que el homicidio, las lesiones corporales, las detenciones ilegales o las injurias deben ser considerados delictivos y castigados. Pero en otros puntos se experimenta una evolución que suscitara mayores dudas. Así, por ejemplo, la propiedad es cuestionada dentro de ciertos límites, tanto en cuanto al alcance que ha de tener, como por lo que se refiere a la importancia que debe concedérsele. Del mismo modo, las legislaciones actuales admiten una serie de supuestos de impunidad para la interrupción del embarazo. En contrapartida, van aumentando su consideración los llamados "derechos sociales", como el medio ambiente, o la salud pública.

Pero no sólo es preciso determinar los derechos humanos cuyo ataque reclama la intervención del Derecho penal, sino también qué límites imponen a la actuación del Derecho penal los derechos humanos de los posibles afectados por el mismo. Un Derecho penal al servicio de los derechos del hombre no puede intentar proteger éstos de cualquier modo y sin ningún límite. No puede, por ejemplo, defender el derecho a la vida castigando a los homicidas con penas corporales que supongan mutilaciones o torturas. Per éste es un ejemplo demasiado evidente. Existen muchos otros límites que el Derecho penal actual no debe traspasar si quiere mostrarse respetuoso para con los derechos humanos. A ellos dedicaremos nuestra atención.

## II

Los límites del derecho a castigar se derivan, por una parte, de la propia exigencia de mantener un cierto equilibrio entre los derechos a proteger y los afectados por la pena, y, por otra parte, del contenido de estos mismo derechos. El primer aspecto no requiere entrar en la decisión de qué derechos debe respetar la interención punitiva, sino sólo el reconocimiento del principio formal de solución equilibrada de un conflicto de intereses. Por esta vía aparecen ya los límites de necesidad

y proporcionalidad. Para que el Derecho penal deba intervenir, con sus graves consecuencias, ello ha de resultar absolutamente necesario -principio de necesidad-, puesto que de otro modo la pena constituiría una lesión inútil de derechos fundamentales. Por otra parte, además de necesaria, la gravedad de la pena ha de ser proporcionada de algún modo a la importancia del delito correspondiente, pues hay que evitar que el Derecho penal cause a los derechos del hombre más daños que el que trata de evitar - además del principio de necesidad de la pena debe aceptarse, pues, el principio de proporcionalidad-. Sin embargo, estos principios pueden recibir contenidos muy distintos. El principio de necesidad de la pena tiene un sentido muy diferente si se refiere a una necesidad ética de la pena como exigencia de Justicia, que si se entiende en función de la necesidad utilitaria de la pena como medio de evitar delitos. En el primer caso, la intervención punitiva podría considerarse necesaria para la retribución del delito aunque resultase innecesaria o ineficaz para la prevención de delitos. En cuanto al principio de proporcionalidad, ya se entiende que la determinación de la medida de la proporcionalidad depende por completo de la valoración que se efectúe de los derechos en conflicto.

Se sigue de todo esto que la determinación de los límites del Derecho penal ha de combinar dos puntos de vista: por una parte, el reconocimiento de un conflicto entre derechos a proteger y derechos a lesionar por el Derecho penal; por otra parte, el contenido de los derechos en conflicto. Este segundo aspecto es el que plantea mayores dificultades y posibilidades de discusión. No vamos a entrar aquí en la problemática fundamental del origen de los derechos humanos. Prescindiremos de si proceden o no de un Derecho natural. Nos limitaremos a partir del hecho de que en nuestro momento histórico la conciencia colectiva suele coincidir en el reconocimiento de ciertos derechos del hombre frente al

Estado. Ello ha determinado la generalización, en nuestro ámbito de cultura, de la necesidad de un modelo de Estado que vea limitado su poder por la consideración del individuo y de sus derechos. La evolución histórica experimentada desde la Revolución Francesa ha ido concretando esta idea de limitación del poder político hasta llegar a la fórmula del actual Estado social y democrático de Derecho. Es la imagen de Estado que acoge el art. 1,1 de la Constitución española, pero que no es producto de ella, sino un desideratum generalmente perseguido en Occidente.

Las tres notas que caracterizan este modelo de Estado expresan diferentes limitaciones del poder político que han de manifestarse en otros tantos límites del Ius puniendi. El principio de Estado de Derecho refleja la necesidad de sometimiento del poder al Derecho, y en Derecho penal significa que el Estado sólo puede ejercer su potestad punitiva con arreglo a lo dispuesto en la ley, es decir, con observancia del principio de legalidad penal. El carácter social del Estado obliga a dirigir su acción en beneficio de la Sociedad, lo que condiciona la legitimidad de la pena estatal a su utilidad y necesidad sociales. Ello da lugar a una concepción del Derecho penal como instrumento de protección social a través de la prevención de las conductas más dañosas para la sociedad. Por último, la idea de Estado democrático, directamente vinculada a la necesidad de limitar el Estado en base a la imagen del hombre como fin en sí mismo, conduce en lo penal a varios límites derivados de la dignidad humana, de la igualdad y de la participación del ciudadano. Pero no sólo el principio democrático, sino también los de Estado de Derecho y de Estado social guardan una estrecha relación con los derechos del individuo. Así, el principio de legalidad penal es exigido en parte por el Derecho a la seguridad jurídica que todo ciudadano posee y que requiere que pueda saber de antemano qué acciones puede realizar sin temor a ser castigado.

### III

Empecemos considerando en particular ese principio de legalidad penal. Nullum crimen, nulla poena sine lege: ningún delito ni ninguna pena sin una ley. He aquí el aforismo procedente de FEUERBACH, que vino a expresar una de las conquistas centrales de la Revolución francesa, consagrada en el art. 8 de aquella primera Declaración de Derechos del Hombre de 26 de Agosto de 1789 y en la Constitución francesa de 3 de Septiembre de 1791. Un primer fundamento del principio de legalidad ya ha sido mencionado: el derecho a la seguridad jurídica que supone la posibilidad de conocer a tiempo qué conductas constituyen delito y qué penas pueden acarrear. Pero el principio de legalidad encierra también otro significado de garantía política para el ciudadano, de que no podrá verse sometido por parte del Estado a penas que no admite el pueblo. En efecto, el origen actual principio de legalidad se halla en la teoría de la Ilustración del contrato social. El ciudadano, según esta concepción sólo admite el paso del Estado de naturaleza al Estado civil en virtud de un pacto -el contrato social- en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del Poder Legislativo, que representa al pueblo. Sólo él puede establecer los delitos y las penas. De ahí que el Derecho penal sólo pueda proceder de una ley, emanada del poder que representa al pueblo.

Varios son los límites que el principio de legalidad impone al Ius puniendi. Por de pronto, supone una garantía criminal, una garantía penal, una garantía jurisdiccional o judicial, y una garantía de ejecución. La garantía criminal exige que el delito (es decir, el crimen) se halle determinado por la ley. Es el nullum crimen sine lege. La garantía penal requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho. Es el nulla poena

sine lege. Pero ello no basta. Es precisa, además, la garantía jurisdiccional o judicial, que supone la necesidad de una sentencia judicial y un procedimiento legalmente establecido, como única vía de declarar la existencia de un delito y de imponer una pena. Y, finalmente, también la ejecución de la pena ha de sujetarse a una ley que la regule. Esto último es especialmente importante en la ejecución de las penas privativas de libertad, puesto que su gravedad puede depender en gran medida de la concreta forma en que se cumplan. Importa subrayar que todas estas garantías también deben exigirse respecto a las medidas de seguridad y sus presupuestos. Urge limitar los peligros que estas medidas encierran para el principio de legalidad.

Por otra parte, la norma jurídica que debe ofrecer las garantías mencionadas ha de reunir ciertos requisitos. Ha de tratarse, en primer lugar, de una norma previa. Con ello quiere expresarse la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevas delitos o agravan su punición. Vulneraría la seguridad jurídica del ciudadano que una norma jurídica pudiera declarar delictivos hechos anteriores que no lo eran en el momento de su realización, o que pudiera elevar la pena con posterioridad. No está prohibida, en cambio, la retroactividad de las leyes penales más favorables, puesto que no afecta a los derechos del ciudadano que deje de considerarse delictiva una conducta que ya efectuó, o que se disminuya su castigo.

El principio de irretroactividad de la ley penal más desfavorable se halla recogido por el art. 25 de la actual Constitución española: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento". Adviértase que esta declaración extiende la prohibición de retroactividad no sólo a las leyes penales en

sentido estricto, sino también a las que imponen sanciones administrativas, cuya gravedad es a veces mucho mayor que la de algunas penas leves. El art. 23 CP confirma el principio de irretroactividad penal, y el art. 24 consagra la excepción de dicho principio al establecer que "las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, aunque al publicarse aquéllas hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo la condena". Según la Disposición adicional 2ª de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, todas estas reglas son extensivas a las medidas de seguridad.

Mas no basta una norma previa al hecho para crear delitos y penas, sino que dicha norma ha de reunir otros requisitos fundamentales. El primero de ellos es que sea una norma escrita, no consuetudinaria, que posea rango de ley, emanada de un Poder legislativo que represente al pueblo. Si el principio de irretroactividad ampara la seguridad jurídica, esta otra exigencia garantiza el significado político de participación popular en la ley penal. Ello exige un sistema político democrático con división de poderes. Las normas emanadas del Poder ejecutivo -como Decretos, Ordenes Ministeriales, etc.- no han de poder generar Derecho penal.

El art. 1 y el art. 23 del CP, siguiendo la constante tradición de los Códigos españoles desde el siglo pasado, declaran la necesidad de una "ley" para la existencia de delitos y penas. Tradicionalmente, también, la doctrina ha venido interpretando esta exigencia de "ley" como exclusión de la costumbre y de las normas del Poder ejecutivo de rango reglamentario. Se consideraba necesaria una "ley formal" en sentido estricto o, al menos, un Decreto/Ley o Decreto Legislativo, de rango asimilado al de la ley. La Constitución de 1978 ha venido a aumentar los requisitos que ha de reunir la ley penal.

En efecto. El art. 81 de la Constitución exige no sólo

una ley en sentido estricto, sino una "ley orgánica" para el "desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas...". Como es sabido, las leyes orgánicas requieren, tanto para su aprobación como para su modificación o derogación, una mayoría no sólo simple, sino absoluta del Congreso. Los "derechos fundamentales y libertades públicas cuyo desarrollo exige una ley orgánica son los previstos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, como indica la rúbrica literalmente coincidente de dicha Sección. Pues bien, el Derecho penal afecta casi siempre a tales derechos y libertades en forma directa. Ello es evidente cuando se trata de penas o medidas de seguridad privativas de libertad (que afectan al derecho a la libertad previsto en el art. 17 de la Constitución). También la multa afecta a aquellos derechos fundamentales, pues aunque la propiedad no cuenta entre los mismo, el impago de la multa lleva aparejado un arresto sustitutorio privativo de libertad. La mayoría de las demás penas limitan otros derechos de la misma Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución. Así, las penas de confinamiento y destierro afectan al derecho a la libre elección de residencia y circulación dentro del territorio nacional previsto en el art. 19,1, de la Constitución; la pena de extrañamiento priva del derecho a entrar libremente en España, proclamado en el art. 19, 2 de la Constitución; la pena de caución también afecta a la libertad de residencia y circulación porque puede ser sustituida por la pena de destierro, según el art.44 CP; las penas de inhabilitación especial para derecho de sufragio activo y pasivo, así como la de inhabilitación absoluta, que implica aquélla, y la de suspensión del derecho de sufragio, afectan al derecho a participar en la vida pública consagrado en el art. 23, 1, de la Constitución; finalmente, puede entenderse que las penas de inhabilitación y suspensión para cargo público limitan el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art.23,2 de la Constitución).

Todo ello pone de manifiesto hasta qué punto las sanciones de que dispone el Derecho penal afectan a derechos fundamentales del ciudadano, y también que ésta es la razón por la que es preciso limitar estrictamente el poder punitivo del Estado mediante principios como el ahora examinado de legalidad. Junto a él existen otros que hoy deben reconocerse en un Estado no sólo de Derecho, sino también social y democrático.

#### IV

1. El Derecho penal de un Estado social sólo se halla legitimado en cuanto instrumento de protección de la Sociedad. No se trata del Derecho penal de un Estado teocrático que pretendiera realizar la justicia absoluta sobre la tierra. De ahí que no baste para justificar la intervención del Derecho penal una posible necesidad de retribución del mal representado por el delito, si ello no resulta necesario para proteger a la Sociedad, si ello no es preciso para la prevención de delitos. Pero la necesidad de prevención presupone, ante todo, que la pena pueda resultar eficaz. Un Derecho penal destinado a proteger a la Sociedad perderá su legitimación si su intervención se demuestra inútil para evitar delitos. El principio de necesidad de prevención conduce, pues, a la exigencia de utilidad social.

Se suscita en este punto la cuestión, últimamente debatida, de si el Derecho penal sirve para evitar delitos. En contra de la eficacia de la pena podrían alegarse los elevados porcentajes de reincidencia pese al cumplimiento de una pena anterior. Puede aducirse, además, que en los delitos pasionales, o de terrorismo, a menudo los más graves, el contraestímulo de la pena juega un papel de muy dudosa relevancia. Sin embargo, la eficacia de la pena no debe medirse sobre la base de los que ya han delinquido. Precisamente en estos sujetos el hecho de haber delinquido demuestra

inevitablemente que para ellos la pena ha resultado ineficaz. La eficacia de la pena no puede valorarse por esos fracasos, sino por sus posibles éxitos, y éstos han de buscarse entre los que no han delinquido y acaso lo hubieran hecho de no concurrir la amenaza de la pena. Existen ciertas experiencias históricas y presentes que ponen de manifiesto un aumento de la delincuencia cuando disminuye de forma sensible la intervención del Derecho penal: momentos de caos político, en que el Estado pierde el control del orden público, guerras, revoluciones, situaciones en que el Estado garantiza la impunidad de ciertos delitos -como sucedió en la Alemania nacional-socialista y como sucede en las "policías paralelas".

Sin embargo, cuando se demuestre que una determinada reacción penal es inútil para cumplir su objetivo protector, deberá desaparecer, aunque sea para dejar lugar a otra reacción penal más leve. Así, por ejemplo, estudios importantes han demostrado que la supresión de la pena de muerte no ha determinado un aumento de la delincuencia en los delitos a que se señalaba: ello confirma que debe bastar una pena inferior.

2. Esto último enlaza con el llamado principio de subsidiariedad. Según el mismo, el Derecho penal ha de ser la última ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros medios menos lesivos para los derechos individuales: el Derecho penal ha de ser subsidiario respecto a otros medios de evitación de delitos. Por otra parte, cuando sea preciso el Derecho penal deberá sujetarse al principio de intervención mínima necesaria. Respecto al principio de subsidiariedad, importa destacar que el Estado social debe preferir siempre una Política social que tienda a remover las condiciones que favorecen la delincuencia, antes que una fácil "huida al Derecho penal". Se trata de fomentar los derechos sociales antes de tener que actuar represivamente sobre derechos fundamenta-

les del hombre.

3. Otro principio capital vinculado a la necesidad de utilidad social del Derecho penal de un Estado social es el de "exclusiva protección de bienes jurídicos". El Derecho penal sólo debe proteger "bienes jurídicos". Ello significa, básicamente, que el Derecho penal no debe intervenir para proteger intereses exclusivamente morales o demasiado poco importantes. Los bienes jurídicos que el Derecho penal ha de limitarse a proteger se distinguen de los valores puramente morales y de intereses no fundamentales para la vida social del hombre.

Esta problemática se ha manifestado, por ejemplo, en los últimos años en el retroceso del Derecho penal ante la evolución de las costumbres sexuales. Hoy suele admitirse que el Derecho penal no puede castigar actos meramente deshonestos, en cuanto no afecten a la libertad de los demás: no basta la inmoralidad interna de un acto sexual, sino que es preciso que suponga un daño social. Sólo entonces resulta afectado un "bien jurídico" -como, por ejemplo, el de la libertad-.

Si el Estado de Derecho exige el sometimiento de la potestad punitiva al principio de legalidad y en el Estado social dicha potestad sólo se legitima si sirve de eficaz y necesaria protección de la sociedad, un Estado que además pretenda ser democrático tiene que llenar el Derecho penal de un contenido respetuoso de una imagen del ciudadano como dotado de una serie de derechos derivados de su dignidad humana, de la igualdad (real) de los hombres y de su facultad de participación en la vida social. Pueden así fundamentarse ciertos principios político-criminales generalmente aceptados en el presente, pero que pueden y deben aún profundizarse si se quiere ahondar en el camino de un Derecho penal realmente democrático -no sólo de garantías formales, sin

duda imprescindibles, sino también al servicio afectivo de cada uno de los ciudadanos-. Veamos, bajo esta luz, los principios de humanidad, de culpabilidad, de proporcionalidad y de resocialización.

1. El principio de humanidad de las penas tal vez sea el que en mayor medida caracteriza el origen y la evolución del sistema penal contemporáneo. Nació éste de la mano de la reivindicación de una humanización de las penas previstas en el Derecho penal del Antiguo Régimen. Fué un punto central del programa de la Ilustración del s. XVIII, a partir del cual se fue pasando de unos sistemas penales que giraban en torno a la pena de muerte y a las penas corporales, a otros cuya espina dorsal han sido las penas privativas de libertad. Las penas corporales desaparecieron primero de las legislaciones. La pena de muerte va siendo abolida en los últimos tiempos en muchos países civilizados - como lo ha sido en España, salvo si la prevén en tiempo de guerra las leyes militares (art.15 de la Constitución). Más no ha de detenerse aquí la evolución. En nuestros días se aprecia una importante y progresiva sustitución de penas privativas de libertad por otras penas menos lesivas como la multa, y hasta por otras medidas consistentes simplemente en la suspensión del cumplimiento de la pena o de su propia imposición, o incluso en la renuncia a toda pena. En esta línea se inscribe la tendencia internacional a la despenalización de ciertas conductas antes punibles. También se atenúa paulatinamente la gravedad de las penas señaladas a los delitos. Hoy se pide que la pena privativa de libertad tenga un límite máximo de quince años, aunque se trate de una aspiración no realizada en la mayoría de países. Especial importancia tiene la progresiva humanización que se reclama por la doctrina y se exige por algunos textos legales para el régimen penitenciario, cuya realidad dista aún de este objetivo.

Todo este programa de humanización del Derecho penal perdería sentido desde el prisma de un Estado concebido como fin en sí mismo y no al servicio de los individuos. Es la dignidad del hombre, como límite material primero a respetar por un Estado democrático, lo que va fijando topes a la dureza de las penas y acrecentando la sensibilidad por el daño que causan a quienes las sufren.

2. El principio de culpabilidad impone una serie de límites que ha de respetar también un Estado atento a la dignidad humana. Presupuesto de la pena ha de ser que pueda "culpase" a quien la sufre del hecho que la motiva. Para ello es preciso, en primer lugar, que no se haga responsable al sujeto por delitos ajenos: es el principio de personalidad de las penas. En segundo lugar, no pueden castigarse formas de ser, personalidades, puesto que la responsabilidad de su configuración por parte del sujeto es difícil de determinar, sino sólo conductas, hechos: es el principio de responsabilidad por el hecho, contrario a un "derecho penal de autor". Mas no basta requerir que el hecho sea materialmente causado por el sujeto para que pueda hacérsele responsable de él; es preciso además que el hecho haya sido querido (doloso) o haya podido preverse y evitarse (que pueda existir culpa o imprudencia): es el principio de dolo o culpa, que se opone a la llamada "responsabilidad objetiva" o "responsabilidad por el resultado". Por último, para que pueda considerarse culpable del hecho doloso o culposo a su autor, ha de poder atribuírsele normalmente a éste, como producto de una motivación racional normal: es el principio de atribuibilidad o de culpabilidad en sentido estricto, que impide, p.ej., castigar al enfermo mental o al menor de edad penal.

Todos los principios derivados de la idea general de culpabilidad se fundan en buena parte en la dignidad humana,

tal como debe entenderse en un Estado democrático respetuoso del individuo. Este Estado tiene que admitir que la dignidad humana exige ofrecer al individuo la posibilidad de evitar la pena comportándose según el Derecho. Ello guarda también relación con una cierta seguridad jurídica: el ciudadano ha de poder confiar en que dirigiendo su actuación en el sentido de las normas jurídicas no va a ser castigado. Se opondría a estas ideas poder castigar a alguien inocente, por un hecho de otro o por un hecho imprevisible o inevitable. La exigencia de igualdad real de todos los ciudadanos, que también afecta a lo anterior, sirve de base a la prohibición de castigar a un sujeto que no alcanza el nivel de motivabilidad normal previsto por la ley. Nuestro Derecho positivo, como el de la mayoría de países de nuestro ámbito de cultura acoge estos principios.

3. Otro principio fundamental en un Estado democrático es el de proporcionalidad. No sólo es preciso que "pueda culparse" al autor de aquello que motiva la pena, sino también que la gravedad de ésta resulte proporcionada a la del hecho cometido. Este principio, que constituye el criterio básico de graduación de las penalidades en nuestro Derecho, no se formuló originariamente, sin embargo, para las penas, sino para las medidas de seguridad. Al no encontrar éstas el límite del principio de culpabilidad, se hizo evidente la necesidad de acudir a la idea de proporcionalidad, para evitar que las medidas pudiesen resultar un medio desproporcionadamente grave en comparación con su utilidad preventiva -así, cuando para evitar que el pequeño ratero siguiera delinquiendo fuese necesario encerrarle durante toda su vida-. La doctrina suele emplear el principio de proporcionalidad, para las medidas, como contrapartida del principio de culpabilidad que limita las penas. Sin embargo, la idea de proporcionalidad no sólo es necesaria para limitar las medidas, sino también para graduar las penas, por lo que ha de erigirse en principio general de todo el Derecho penal.

El principio de culpabilidad no basta, en efecto, si es entendido en sus justos términos, para asegurar la necesaria proporcionalidad entre delito y pena. Aquel principio sólo exige que "pueda culparse" al sujeto de la lesión por la que se le castiga, lo cual requiere sólo ciertas condiciones que permitan imputarle la lesión (como suya, como dolosa o imprudente, y como producto de una motivación normal). Nada dice esto sobre la gravedad de la lesión, ni, por tanto, de que deba ajustarse a ésta la cuantía de la pena.

Dos aspectos o exigencias hay que distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas. Por una parte, la necesidad misma de que la pena sea proporcionada al delito. Por otra parte, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (a su "nocividad social"). La necesidad misma de la proporción se funda ya en la conveniencia de una prevención general no sólo intimidatoria, sino capaz de afirmar positivamente la vigencia de las normas en la conciencia colectiva (la llamada prevención general positiva). Esta afirmación de las normas aconseja apoyar con mayor pena las más importantes que las que lo son menos, con objeto de evitar que las primeras se devalúen. Pero un Estado democrático debe exigir, además, que la importancia de las normas apoyadas por penas proporcionadas no se determine a espaldas de la trascendencia social efectiva de dichas normas. Conminar en la actualidad con la pena de muerte el "tercer hurto" como se hizo en otras épocas históricas, contradiría abiertamente la actual significación social del hurto.

También las valoraciones sociales deben orientar la proporcionalidad de las medidas de seguridad. Hay que añadir que éstas deben guardar proporción no sólo con los beneficios sociales que pueden reportar, sino más en concreto con el grado de la peligrosidad criminal del sujeto y con la gravedad del hecho

cometido y de los que sea probable que pueda cometer. Sería conveniente, además, que sólo se admitiesen medidas de internamiento cuando concurriera peligro de comisión de delitos considerablemente graves.

4. El último principio de un Derecho penal democrático que consideraremos, es el de resocialización. La exigencia democrática de que sea posible la participación de todos los ciudadanos en la vida social -derecho político fundamental- conduce a reclamar que el Derecho penal evite la marginación indebida del condenado a una pena o del sometido a una medida de seguridad. Ello hace preferibles, en cuanto sea posible, las penas y medidas que no entrañen separación de la sociedad. Pero, cuando la privación de libertad sea inevitable, habrá que configurar su ejecución de forma tal que evite en lo posible sus efectos desocializadores, fomente cierta comunicación con el exterior y facilite una adecuada reincorporación del recluso a la vida en libertad. Así debe entenderse el principio de resocialización en un Estado democrático, no como sustitución coactiva de los valores del sujeto, ni como manipulación de su personalidad, sino como un intento de ampliar las posibilidades de participación en la vida social, una oferta de alternativas al comportamiento criminal. Ello ha de suponer la libre aceptación por parte del recluso, que no ha de ser tratado como el mero objeto de la acción resocializadora de un Estado intervencionista, sino como un sujeto no privado de su dignidad con el cual se dialoga.

## VI

Ni el principio de resocialización, ni los demás principios limitadores del Derecho penal que hemos examinado, se hallan suficientemente realizados en la práctica. Se trata de principios que se dirigen en primer lugar al legislador penal, para que

configure las normas penales con arreglo a los límites señalados. El propio legislador desatiende estas exigencias no sólo en países no respetuosos de los derechos del hombre, sino también, en grado menor, cuando no lleva a sus últimas consecuencias el Estado social y democrático de Derecho y, así, crea normas penales de redacción poco precisa -como las que en España prevén medidas de seguridad predelictuales-, o cae en la tentación de ampliar continuamente el ámbito del Derecho penal, hipertrofiando el alcance de lo punible. Pero el peligro de vulneración de los límites que los derechos humanos imponen al Derecho penal acecha también en otro sentido. Con frecuencia no es el legislador el que infringe los límites del Derecho penal, sino su aplicación práctica. Piénsese en el principio de resocialización: el art.25,2, de la Constitución acoge expresamente este principio, que igualmente proclaman la Ley y el Reglamento Penitenciarios; sin embargo, la realidad de las cárceles distan en la mayoría de los casos del objetivo resocializador, llegando en algunos casos a contradecir lo abiertamente. Las exigencias derivadas de los derechos humanos no sólo requieren una legalidad penal formalmente ajustada a ciertos límites como los que han ocupado nuestra atención en esta conferencia, sino también, y muy especialmente, un esfuerzo serio por hacer que dicha legalidad sea estrictamente respetada y aplicada.

