

EL DERECHO PENAL SUBJETIVO Y SUS LÍMITES (II)

8.1. *Introducción*

Señalábamos en la lección anterior que el proceso de criminalización es complejo ya que no basta con la creación del delito, sino que es necesario que la norma que lo crea sea aplicada. Ello significa que en la medida que en un Estado democrático de derecho se trata de proteger a la persona del uso abusivo del poder, el ejercicio del *jus puniendi* está sujeto a límites democráticos que aparecen tanto en el momento de la creación de la norma (incriminación primaria) como en el momento de su aplicación (incriminación secundaria).

La aplicación de la norma debe hacerse bajo ciertas y determinadas condiciones normativas que se denominan *garantías de persecución, procesales o condiciones del debido proceso y de ejecución*. Ahora bien, dado los límites de estas lecciones sólo nos extendemos en nuestro análisis en las garantías procesales. Al respecto, debemos insistir en lo ya señalado en el sentido de que las *garantías penales y procesales* son *proposiciones prescriptivas* y que, por lo tanto, *no* describen lo que ocurre en el sistema penal, sino que prescriben lo que debiera ocurrir. Constituyen en su conjunto una garantía jurídica para la afirmación de la responsabilidad penal y para la consecuente aplicación de una pena (Ferrajoli, 1995, 92).

8.2. *Los límites al jus puniendi en la aplicación de la norma*

Estos límites pueden ser sistematizados en dos grandes grupos. El primero está conformado por el principio del proceso debido. El se-

gundo grupo está conformado por principios que no son estrictamente procesales. Se trata de los ya examinados límites al nivel de la creación de las normas o garantías penales que al vincular también al Juez tienen también manifestaciones en la aplicación de las normas.

Lo cierto es que ningún principio garantista tiene naturaleza estrictamente penal o procesal. Del mismo modo que los principios limitadores del *jus puniendi* que hemos sistematizado bajo el epígrafe de «Límites en la creación de la norma», como veremos más adelante, vinculan también al juez, los del debido proceso también vinculan al legislador. Por ejemplo, la prohibición de la indefensión impide al legislador crear procedimientos que no contemplen la posibilidad de defensa.

8.2.1. El principio del proceso debido

El proceso penal quizá sea el escenario en el que más claramente se manifiesta la antinomia individuo-Estado y, por lo mismo, el lugar más idóneo para observar el grado de profundización democrática de dicho Estado, pues en él están en juego sus derechos y libertades. Justamente por estar en juego derechos y libertades de la persona en un Estado social y democrático de derecho, el proceso debe realizarse bajo condiciones especiales de garantía. Estas condiciones especiales se formulan bajo el principio del proceso debido.

Por eso no debe extrañar que en el principio del proceso debido se precipiten todas las garantías, derechos fundamentales y libertades públicas de los que es titular la persona en un Estado social y democrático de derecho. Es, en consecuencia, un principio de naturaleza constitucional protegido con los recursos que brinda la propia constitución (Esparza, 1995, 243).

En la base misma del principio del proceso debido está el art. 1 CE que define a España como un Estado social y democrático de derecho «que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». Pero no sólo se infiere de este precepto, sino también de los arts. 14 (derecho de igualdad), 17 (libertad y seguridad), 24 (tutela judicial efectiva, principio acusatorio, etc.), 25 (principio de legalidad penal) y los arts. 117, 119 y 120, referidos a la organización del poder judicial y cuya vulneración suele remitirnos al citado art. 24 (Esparza, 1995, 236 ss.). La naturaleza de los preceptos constitucionales que pueden ser vulnerados pone a disposición del afectado, según el caso, los recursos de inconstitucionalidad, amparo judicial y amparo constitucional de los arts. 161.1.a-b y 53.2 de la misma Constitución (Esparza, 1995, 161 ss.).

Los derechos fundamentales y garantías constitucionales comprendidos dentro de este principio pueden ser reconducidos a cua-

tro axiomas que se pueden expresar en latín de la siguiente forma: *nulla culpa sine iudicio*, *nullum iudicium sine accusatione*, *nulla accusatio sine probatione* y *nulla probatio sine defensione* (Ferrajoli, 1995, 93).

Esta distinción sólo tiene un valor expositivo, pues los aludidos principios garantistas no constituyen estancos estrictamente separados sino que están interrelacionados. Por ejemplo, la *reformatio in peius* supone una infracción a la prohibición de la indefensión o del derecho de defensa (*nulla probatio sine defensione*) y también del principio acusatorio (*nullum iudicium sine accusatione*).

8.2.1.1. *Nulla culpa sine iudicio*

Dentro de este axioma se comprenden:

a) Derecho a un proceso sin las dilaciones indebidas. El fundamento de este principio radica en el hecho de que el objetivo de justicia sólo se logra dentro de plazos razonables. Está recogido en el art. 24.2 CE.

La STS de 14-12-1991 estimó como violatorio del art. 24 CE un proceso desarrollado con dilaciones indebidas. Estimó que las dilaciones eran fundamento suficiente para la consideración de una circunstancia atenuante.

A este respecto también debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 4.4 CP: «Si mediara petición de indulto y el juez o tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada».

b) Derecho a un proceso con todas las garantías. Uno de los contenidos de este derecho es el de imparcialidad objetiva del juzgador. En concreto significa que el juez instructor no puede intervenir posteriormente en el conocimiento y fallo de la causa. Desde otro punto de vista significa el derecho de las partes a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa. Está expresamente contemplado en el art. 24.2 CE. Como puede apreciarse, este derecho en particular está relacionado con el principio acusatorio y con el derecho de defensa.

c) Principio de publicidad en el proceso. El derecho a un proceso público es uno de las garantías más importantes. Excepcionalmente puede ser limitado por motivos previstos en la ley. En todo caso, la declaración de secreto afectará a terceros pero nunca a los procesados. Está contemplada esta garantía en los arts. 120.1 y 24.2 CE y en los tratados internacionales suscritos por España.

d) Derecho a la tutela judicial efectiva. El derecho a la tutela judicial efectiva encierra una constelación de otros derechos. En primer lugar, significa el derecho de acceso a la jurisdicción, el derecho a ser parte en un proceso y a obtener un pronunciamiento judicial fundado sobre lo solicitado. El derecho puede verse satisfecho incluso con la inadmisión de la solicitud siempre y cuando sea fundada: por eso acceso a la jurisdicción y pronunciamiento sobre lo solicitado son indisolubles.

En segundo lugar importa la obligación del juez de motivar las resoluciones judiciales. Este derecho, vinculado a la tutela judicial efectiva, está implícito en el art. 24.2 CE y está expresamente contemplado en el art. 120.3 de la misma. Significa la obligación del juez de argumentar racionalmente no sólo sus decisiones en aspectos estrictamente de derecho, sino también en relación a los hechos probados. La motivación posibilita el ejercicio del derecho de defensa toda vez que hace objetivo el proceso mental por el cual el juez llegó a la resolución judicial.

En tercer lugar, también incluye el derecho a interponer recursos ante el mismo juez o uno superior cuando el afectado estime estar perjudicado por la resolución judicial.

En cuarto y último término comprende el derecho a la ejecución de sentencias, esto es, a ejecutar lo juzgado, a obtener efectivamente lo decidido judicialmente.

8.2.1.2. *Nullum iudicium sine accusatione*

Este axioma recoge el principio acusatorio reconocido constitucionalmente en el art. 24. Este principio requiere la existencia de una acusación formal para que haya un juicio. El juez que ha de juzgar, que por lo demás ha de ser distinto del que dirigió la investigación, queda vinculado a la acusación. Esto significa que no puede condenar a persona distinta a la acusada ni por hechos distintos a los que fueron base de la acusación. Supone también la prohibición de la *reformatio in peius* y el derecho a un juez predeterminado por la ley.

8.2.1.3. *Nulla accusatio sine probatione*

Comprende el principio de presunción de inocencia. Está reconocido este derecho en el art. 24.2 CE y supone que la carga de la prueba de los hechos delictivos corresponde a la parte que sostiene la acusación. La presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum* que requiere para ser desvirtuada una mínima actividad pro-

batoria. Esta actividad probatoria ha de ser practicada en el juicio oral con las debidas garantías procesales de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad. El principio *in dubio pro reo* que obliga a absolver si no existe esa mínima actividad probatoria, está vinculado a la presunción de inocencia. El fundamento último es que es preferible la absolución del culpable a la condena del inocente. En todo caso, la actividad probatoria ha de realizarse en condiciones de legalidad. Esto significa que la prueba obtenida por medios ilegales constituye una prueba nula.

8.2.1.4. *Nulla probatio sine defensione*

Dentro de este axioma están recogidas las siguientes garantías:

a) La prohibición de la indefensión. Con esta prohibición se ampara el ejercicio del derecho a la defensa en el curso del procedimiento. Esta garantía se encuentra recogida en el art. 24.2 CE. La indefensión puede provenir de una infracción de la ley procedimental siempre y cuando la infracción haya supuesto un perjuicio efectivo de los intereses de la persona afectada (STC 4-4-1984).

b) El derecho a la defensa. Como contenido del proceso debido supone la efectividad del derecho de defensa del imputado en todas las fases del proceso con las limitaciones, en todo caso establecidas en la ley, que puedan preverse en la fase sumarial. Comprende el derecho a la asistencia letrada y a ser informado de la acusación, entre otros derechos. Está reconocido en los arts. 17.3, 24.1 y 24.2 CE.

c) Principio de igualdad de las partes. Significa que el debate procesal ha de desarrollarse en condiciones de igualdad entre la acusación y la defensa. A este respecto, los jueces deben promover las condiciones para que ello ocurra. El Tribunal Constitucional (STC 17-4-1989) ha desarrollado este principio a partir del art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Por su interés, vale la pena transcribir el citado art. 6: «1) Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación que se dirija contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el

Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2) Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3) Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren a su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia».

8.2.2. Otros modelos procesales

El modelo procesal a que se ha hecho referencia constituye un modelo garantista. Significa el cumplimiento de una serie de condiciones para determinar una responsabilidad penal en concreto. No obstante, históricamente es posible reconocer otros modelos de procesos penales donde algunas de estas garantías o todas están ausentes o debilitadas. Son sistemas procesales autoritarios.

Un modelo autoritario es el llamado *sistema de mera legalidad* donde la acusación es sostenida sin prueba y obstaculizado el derecho de defensa. La aplicación de la ley penal se hace sólo con argumentaciones a partir de una previsión legal formulada tan vagamente que hace innecesaria la prueba de los hechos y posibilita el subjetivismo judicial. La decisión judicial será pura arbitrariedad amparada por un manto de legalidad formal.

Tal sería el caso de una disposición que dijera que «todo comportamiento contrario a los intereses del pueblo o de la nación será castigada con una pena de diez años». La vaguedad de los términos del precepto deja en manos del órgano jurisdiccional determinar arbitrariamente si la conducta concreta es contraria o no a los intereses del pueblo o de la nación de acuerdo con lo que él entienda que es contrario a dichos intereses. Frente a previsiones legales de esta naturaleza se puede sostener una acusación apoyada en puro subjetivismo. Frente al subjetivismo poco puede hacer una defensa.

El proceso inquisitivo aparece toda vez que la investigación, acusación y el acto de juzgar son llevados a cabo por el mismo órgano jurisdiccional. La imparcialidad del juez está comprometida. Predomina el procedimiento escrito y el secreto de las actuaciones sobre la

publicidad y la oralidad del proceso. La ausencia de estas garantías contamina la presunción de inocencia y el principio de la carga de la prueba así como la posibilidad de la defensa. En definitiva el acto de juzgar en los procedimientos inquisitoriales se transforma en un acto de autoridad (Ferrajoli, 1995, 98-99).

La Ley de Enjuiciamiento Criminal española establece un sistema mixto que, a diferencia de un sistema acusatorio puro, deja entregada la investigación a un juez con lo cual se da la tendencia a distorsionar el juicio propiamente tal ya que en éste podría llegarse a otorgar eficacia probatoria a los antecedentes recogidos por el juez investigador. ¿Podríamos pedirle a un juez que ignorara totalmente lo realizado por otro juez? Con ello se confunde la función investigadora con la función jurisdiccional.

8.2.3. Las garantías penales y sus manifestaciones en el proceso debido

Los principios de necesidad de la pena, de protección de bienes jurídicos y de dignidad de la persona humana, como señalábamos anteriormente, tienen también virtualidad en el proceso.

Insistimos: no hay garantías estrictamente penales y procesales. En un sistema garantista todos y cada uno de los principios están estrictamente relacionados y la vulneración de uno de ellos significa si no la desaparición de los otros, por lo menos su debilitamiento.

8.2.3.1. El principio de necesidad de la pena

Las perspectivas de *extrema ratio* y subsidiariedad del derecho penal se realizan en el proceso penal cuando aparecen en el caso zonas confusas con otros controles formales (derecho administrativo, civil, económico). En estos casos, el juez debe rechazar por la vía interpretativa su competencia. La jurisdicción penal debe ceder ante otras jurisdicciones.

En segundo lugar, en consonancia con lo anterior, el principio de necesidad de la pena lleva consecuentemente al principio de oportunidad. Si hay otras vías para solucionar efectivamente el conflicto, lo que normalmente no logra el derecho penal, ha de evitarse la imposición de la pena y facilitar el camino para esas otras vías. Lo mismo ha de ocurrir cuando la lesión social es escasa.

En nuestro ordenamiento jurídico las posibilidades de manifestación del principio de oportunidad son pocas, toda vez que se entiende que este principio es irreconciliable con el principio de oficialidad que obliga al

Ministerio público a ejercer la acción penal y al juez a aplicar estrictamente la ley. Sin duda se trata de una interpretación rigurosa de la ley y a nuestro juicio una forma errónea de entender el principio de legalidad. No obstante, creemos que el juez tiene ámbitos de discrecionalidad donde puede tener lugar el principio de oportunidad, cumpliendo, eso sí, con su obligación de motivar su decisión conforme al art. 120.3 CE.

En tercer lugar, el principio de necesidad de la pena conlleva la idea de proporcionalidad. En el ámbito de la aplicación de la pena debe considerarse el grado de lesión del bien jurídico. Si la lesión es insignificante, la pena deja de tener sentido, esto es, no es necesaria.

8.2.3.2. El bien jurídico

El juez ha de considerar el delito desde el bien jurídico, esto es, desde la realidad social. Como el bien jurídico da cuenta de un conflicto de intereses, de personas que están en interrelación, el proceso no puede ser inquisitorio, pues ha de tomar en cuenta los intereses en conflicto y procurar su solución.

De lege ferenda lo deseable sería no un proceso acusatorio, sino uno entre partes que haga posible la mediación con la intervención de un juez de garantías para evitar los abusos.

En lo que se refiere a la interpretación de la ley penal, ésta tiene que hacerse desde el bien jurídico. Esto significa que no puede apreciarse la comisión de un delito, si el comportamiento no ha significado una lesión significativa del bien jurídico. El principio dominante en este sentido es el principio de lesividad que se expresa con la máxima latina *nullum crimen sine iniuria*.

8.2.3.3. El principio de dignidad de la persona

El reconocimiento de la persona humana condiciona la imposición de la pena. La responsabilidad penal significa exigencia de responsabilidad por parte del Estado a una persona por el hecho cometido. Esto significa capacidad de exigir, esto es, exigibilidad. El problema está, en consecuencia, en determinar si respecto de la persona concreta en el caso concreto el Estado puede exigir dicha responsabilidad.

Luego, en cada caso concreto, el juez, para ver si puede exigir esa responsabilidad, debe fijar su atención en las oportunidades y condiciones que el sistema social ha dado al inculcado para poder

exigirle una respuesta determinada frente al conflicto. El respeto a la condición de persona impide exigir responsabilidad a aquellas personas a quienes el propio sistema ha marginado.

Por otra parte, el reconocimiento de la autonomía ética de la persona vincula al juez en general con todas las garantías procesales, especialmente con la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*.

La dignidad de la persona implica también su indemnidad personal que puede verse afectada en el momento del proceso y de la ejecución de la pena. Por eso el proceso no puede despersonalizarse, lo que sucede si se pierde de vista que detrás del legajo que materializa el proceso hay una persona que mediatiza a la persona del inculpado. De ahí el carácter excepcional que debe tener la prisión provisional.

En el ordenamiento español, art. 503.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, da al juez facultades demasiado amplias para decretarla pudiendo imponerla para cualquier delito.

En el momento de la ejecución penal no puede significar una anulación de los derechos de la persona. Por eso no son admisibles penas inhumanas o degradantes.

Bibliografía

- Armenta, T. (1995): *Principio acusatorio y derecho penal*.
Esparza, I. (1995): *El principio del proceso debido*, Bosch, Barcelona.