

Hacia un Derecho Penal más humano

María José Falcón y Tella

Profesora titular de Filosofía del Derecho

Directora del Instituto de Derechos Humanos

Facultad de Derecho

Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. DE LA FALTA DE TIPIFICACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL.— III. DE LA FINALIDAD RETRIBUTIVA DE LAS PENAS A LA FINALIDAD PREVENTIVA DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.— IV. LA HUMANIZACIÓN DE LAS PENAS: DE LA PENA CAPITAL A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD. SUPRESIÓN DE LAS PENAS INHUMANAS EN LOS DERECHOS PENALES MODERNOS.— V. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PENAS.— VI. DE LA ANALOGÍA JURÍDICA A LA ANALOGÍA ANTROPOLÓGICA. DEL DELITO AL DELINCUENTE. LA ATENUANTE POR ANALOGÍA.— VII. EQUIDAD Y ESTADO DE NECESIDAD. EL HURTO FAMILÍCO.— VIII. EL PERDÓN —EL INDULTO Y LA AMNISTÍA— Y EL DERECHO DE GRACIA.— IX. LA “*BENIGNA INTERPRETATIO*”, EL PRINCIPIO “*IN DUBIO PRO REO*” Y EL PRINCIPIO “*ODIOSA RESTRINGENDA FAVORABILIA AMPLIANDA*”.— X. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, LOS LÍMITES DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA Y LAS MEDIDAS REPARATORIAS DE LOS ERRORES JUDICIALES.— XI. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS DISPOSICIONES SANCIONADORAS NO FAVORABLES O RESTRICTIVAS DE DERECHOS.— XII. LA COMPENSACIÓN DE RESPONSABILIDADES Y LA COMPENSACIÓN DE DELITOS.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho penal es una de las ramas jurídicas en las que más se ha hecho sentir la influencia del principio de equidad, entendida en el sentido de humanidad y benignidad, así como en el de individualización de las sanciones penales para que se adapten al sujeto concreto que las sufre,

experimentándose una evolución desde un Derecho penal draconiano, de extrema dureza en sus manifestaciones, a un Derecho penal más acorde con las circunstancias específicas que rodean al delincuente y que hacen trasladable a este campo el dicho según el cual: “no hay enfermedades, sino enfermos”, “no hay delitos, sino delincuentes”. Esta evolución se ha plasmado en una serie de figuras: el tránsito de la falta de tipificación al principio de legalidad penal; de la finalidad retributiva, propia de las penas, como tipo tradicional de sanción, a la finalidad preventiva, más acorde con el moderno concepto de medidas de seguridad; de la pena capital, que era la pena estelar hasta el movimiento abolicionista, a la pena privativa de libertad, su sustituto actual, en una tendencia hacia la humanización y la individualización del tratamiento penal; de la analogía jurídica, que tiene en cuenta los aspectos objetivos del delito, a la analogía antropológica, que considera que se trata siempre de sujetos distintos, prestando mayor atención a los aspectos subjetivos, al delincuente; una evolución en la que el estado de necesidad juega un papel clave a la hora de definir figuras tales como el hurto famélico; en la que el indulto y la amnistía, como modalidades de perdón, así como el derecho de gracia, actúan a favor del penado; un Derecho penal presidido, en suma, por una interpretación benigna, movida por principios como el “*in dubio pro reo*” o el principio “*favorabilia amplianda, odiosa restringenda*”, al lado del tan decisivo *dictum* de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos; un Derecho penal en el que la presunción de inocencia, la limitación de la detención preventiva o las medidas reparatorias y compensatorias en los casos de error judicial, tienen algo que decir. Todas estas son manifestaciones de humanidad en un Derecho que a partir del siglo XVIII supone el tránsito de la dureza y del rigor extremos hacia la humanidad y la modernidad en el tratamiento penal¹.

¹ Sobre el tema de la equidad en el Derecho penal, se puede ver, entre otros, ALÍPIO SILVEIRA: “Funções e limites de equidade no direito penal”, en *Revista de Direito Penal*, año VI, 1, pp. 39 y ss.

¿Cabe decir que el Derecho penal ha sido equitativo en todo tiempo y lugar? La historia nos enseña que no, que muchas veces se ha guiado más por el instinto de venganza de las víctimas y de la opinión pública, que a todo trance trataban de asegurar la seguridad de las personas y de sus posesiones, a través de severas penas, en un sistema inquisitorial propio de Estados absolutos. La idea de humanización e individualización en el Derecho penal es una idea reciente. Es a partir del siglo XVIII cuando empiezan a ganar terreno una serie de instituciones modernas que tienden a impedir los abusos y a consagrar la equidad. A continuación analizaremos algunas de ellas.

II. DE LA FALTA DE TIPIFICACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

Una de las instituciones clave en materia penal, instrumento esencial al servicio de la equidad, es el principio de legalidad penal. Ya enunciado en el siglo XVIII por BECCARIA en su obra *De los delitos y de las penas*, se sintetiza en el clásico aforismo: “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenale*” —ningún crimen, ninguna pena sin previa ley penal—, según el cual nadie puede ser condenado por algo que en el momento de cometerse no estuviese tipificado penalmente. Dicho principio se encuentra en relación con el principio conexo de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables. Las leyes penales no pueden aplicarse con efectos hacia el pasado. Esto supone un tanto a favor de la seguridad jurídica, del saber a que atenerse de antemano, exigencia del Derecho en general y del Derecho penal en particular, dado que se trata de una parcela jurídica que impone restricciones a la libertad, sanciones jurídicas.

Podría parecer que el principio de legalidad penal no permite al juez tener en cuenta la equidad, en la medida en que habría que observar la ley estricta, aun contra las exigencias de humanidad y benignidad. Sin embargo, en la medida en que supone un sistema de garantías frente a

la arbitrariedad, la equidad puede expresarse a través de dicho principio.

III. DE LA FINALIDAD RETRIBUTIVA DE LAS PENAS A LA FINALIDAD PREVENTIVA DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Existen dos grandes tipos de sanciones, la pena y la medida de seguridad. La primera responde a una consideración estática del Derecho, que tiene en cuenta primordialmente los aspectos lógicos; la segunda obedece a una perspectiva dinámica, que toma en consideración más bien los aspectos teleológicos o finalistas. La pena sería reflejo de la justicia abstracta, la medida de seguridad una plasmación de la equidad.

El fundamento y la justificación en la pena son el libre albedrío y la culpabilidad, como juicio de valor: puesto que el hombre es libre es susceptible de ser culpable. Es la idea de imputabilidad moral: a una persona libre cabe imputarle la responsabilidad derivada de sus actos. Por el contrario, la medida de seguridad se basa en el determinismo y la necesidad social. Se concibe el delito aquí como algo necesario y no libre. A la idea de culpabilidad como fundamento de la sanción le sustituye la noción de peligrosidad. Ésta ya no es un juicio de valor sino un juicio de probabilidad. Por su parte, en vez de hablarse de imputabilidad moral se hablaría de responsabilidad social. Aunque al hombre, como ser predeterminado y no libre, no cabe imputarle penalmente sus actos, sin embargo, de cualquier manera, la existencia en sociedad exige que alguien responda de los mismos.

La idea que justifica la pena es la justicia, el dar a cada uno lo suyo. La noción que fundamenta la medida de seguridad es la utilidad, el impedir que se vuelva a delinquir. La pena se basa más en el aspecto objetivo, en el delito, considerado, a su vez, en su dimensión jurídica, como infracción de una norma jurídica. Por el contrario, la medida de seguridad acentúa la vertiente subjetiva. Atiende más al delincuente y, dentro del delito, más bien a su aspecto

social, es decir al delito considerado como infracción del orden social.

En cuanto a la función, la pena mira más al sentido, al porqué de la sanción, mientras que la medida de seguridad atiende a la finalidad, al para qué de la misma. Se dice que la función de aquélla es fundamentalmente retributiva, mientras que la de ésta es preventiva. La pena es en teoría represiva, se presta a la expiación, a la venganza. Es la ley del talión, la idea de remediar un mal con otro mal, de que el que vive por la espada muera por la espada, como expresa gráficamente el axioma “ojo por ojo, diente por diente”. Por el contrario, la medida de seguridad se fija más, como su nombre indica, en la idea de seguridad.

La pena mira en principio al pasado, la medida al futuro. En la primera se castiga porque se ha delinquido (“*punitur quia peccatum est*”), en la segunda para que no se vuelva a delinquir (“*punitur ut ne peccetur*”). Pero si pasamos de estas concepciones abstractas de la pena y la medida de seguridad y nos fijamos en el Derecho positivo español, vemos que en el artículo 25 de la Constitución de 1978 se establece que “*las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social*”, con lo que se acentúa el carácter o mirada hacia el futuro incluso de las penas.

Existen una serie de teorías que sirven de soporte a las penas y a las medidas de seguridad. Las doctrinas que fundamentan las primeras son las teorías absolutas, así denominadas porque en ellas la sanción es un fin en sí misma. Por el contrario, las tesis que sustentan las medidas de seguridad son las llamadas teorías relativas, en las que el castigo es un medio para alcanzar un fin.

Las principales doctrinas absolutas son las de KANT y HEGEL. Para KANT la pena es una necesidad ética. Es un imperativo categórico: aunque la sociedad se extinguiera, antes debería castigar al último delincuente, so pena de convertirse en cómplice del delito. En HEGEL, la pena es una necesidad ya no ética, sino lógica. Es una consecuencia del método dialéctico por él consagrado. Existiría una

primera fase o tesis (el Derecho), su antítesis (el delito) y, como síntesis, la pena. La misma constituiría la negación de la negación del Derecho. Estas teorías absolutas van generalmente unidas a concepciones religiosas de la vida.

Las doctrinas relativas atienden a la prevención y se subdividen, a su vez, en teorías de la prevención general y teorías de la prevención especial. Las tesis de la prevención general, como su nombre indica, se dirigen a la generalidad de personas, a la sociedad en su conjunto y pretenden la intimidación, la coacción psicológica. Por el contrario, las tesis de la prevención especial van dirigidas directamente al sujeto activo del delito, al delincuente. Estas doctrinas se subdividen, por su parte, en teorías religiosas y teorías laicas. Las primeras persiguen la corrección o enmienda moral del delincuente. Así ocurre en la "*Besserungs Theorie*" de KRAUSE o en la Escuela correccionalista española de LUIS SILVELA, CONCEPCIÓN ARENAL y PEDRO DORADO MONTERO.

Por lo que se refiere a la vertiente laica, en ella hay que distinguir, a su vez, según el tipo de delincuente, tres finalidades. Si se trata de un infractor ocasional, el fin perseguido sería la intimidación individual, es decir, persuadirle de que no vuelva a delinquir. Si se trata de un delincuente de estado ("*Zustandverbrecher*") lo que se pretendería sería su reeducación, resocialización y reincorporación social. Finalmente, si estuviésemos ante un delincuente habitual, incorregible, lo que se intentaría es su inocuización, es decir, evitar que volviese a realizar daño a la sociedad. Éste sería el supuesto en caso de hallarnos ante lo que LOMBROSO llamó el delincuente nato, "*l'uomo delinquente*". Pero no faltan quienes, como CONCEPCIÓN ARENAL, antes citada, consideran que no existen los llamados delincuentes natos, que el hombre es un ser susceptible siempre de mejora, que una cosa es no haber sido todavía corregido y otra, muy distinta, ser incorregible.

Existirían, junto a las tesis absolutas y relativas, un tercer tipo de teorías eclécticas, mixtas o de la unión. Éstas consideran que no existe una solución en un único sentido y distinguen varios estadios en los que la pena actúa,

más en concreto tres: en primer lugar estaría el momento de la conminación o amenaza legal, por parte del legislador; en segundo término, el estadio de la aplicación de la sanción o realización de la justicia, por parte del juez; en último lugar, la fase de la ejecución de la sanción, a cargo de la administración penitenciaria. A cada uno de estos estadios correspondería una función y finalidad predominante de la pena. Así, a la primera fase sería inherente la prevención general, a la segunda la retribución y a la tercera la prevención especial. Se ve así como aparecen las distintas funciones de la pena según la fase en que estemos. A veces surgen, incluso, conflictos entre la primera y la tercera de dichas finalidades, entre lo que es útil para la colectividad en general y lo que lo es para el delincuente concreto.

Vistas ya las principales teorías soportes de las concepciones de la pena y de las medidas de seguridad, conviene señalar cómo las mismas han dado lugar a la pugna de escuelas. Así, la llamada Escuela Clásica ha sido la defensora tradicional de la pena y la Escuela Positiva la moderna partidaria de la medida de seguridad².

² A su vez, a cada una de las doctrinas vistas corresponde una concepción del Estado. A las tesis absolutas va unida una noción teocrática del Estado, como Estado absoluto. En él el poder viene de arriba a abajo, de la divinidad a la persona del monarca y de éste a sus representantes, que son designados o nombrados unilateralmente, no elegidos democráticamente. A la teoría relativa de la prevención general corresponde una configuración del Estado como Estado liberal de Derecho, de carácter no intervencionista. Es el tipo de Estado surgido tras la Revolución Francesa. En él existiría una libertad negativa, según la cual estaría permitido todo menos lo expresamente prohibido. Finalmente, de la teoría relativa de la prevención especial sería expresión una elaboración del Estado como Estado social y democrático de Derecho, consecuencia del concepto de libertad positiva. No basta con no inmiscuirse. No existe “mano invisible” alguna que autorregule el funcionamiento de las instituciones del Estado. Hay que intervenir garantizando la reinserción del delincuente. En el Estado Absoluto existiría un límite a la intervención punitiva del poder, que fijaría un mínimo (sólo se puede castigar si hay delito) y un máximo (el castigo debe ser proporcional a la gravedad del delito). Por el contrario, en el Estado Liberal se daría una ilimitación del Estado. En el Estado Social habría una ilimitación del médico, que aplicaría medidas de seguridad como sustitutivos de las penas. Tal es el caso del uso de penas de menor gravedad, la suspensión del fallo, la libertad condicional o el internamiento en un centro psiquiátrico o de rehabilitación especial.

Si descendemos del campo de la teoría, en el que hasta ahora nos hemos movido, al de la realidad, en él la situación es la siguiente. Como desviaciones de lo ideal en cada tipo de doctrinas vemos que las teorías absolutas podrían originar una concepción puramente vindicativa y automática de la aplicación del Derecho, que podría llegar a ser impuesto "*more geométrico*", de una manera casi matemática y muy poco equitativa. La prevención general podría dar lugar al terror penal, a través de la imposición de penas draconianas, en la línea del Despotismo Ilustrado ("todo para el pueblo pero sin el pueblo"). Por lo que concierne a la prevención especial, la desviación típica en la misma sería el llegar a tratar al delincuente como a una especie de conejillo de indias, caldo de cultivo idóneo para hacer todo tipo de experimentos.

También en el plano de las realidades, se puede hacer una crítica a las distintas construcciones expuestas. Así, por ejemplo, las teorías absolutas no tendrían sentido respecto a los delitos ocasionales. Además, no frenarían la delincuencia. Por otro lado, supondrían creer en el mito de la existencia de un orden absoluto, metafísico en el que el hombre está hecho para el sábado más que el sábado para el hombre. Por otra parte no es racional que la pena sólo consista en un mal. Distinto es que lo lleve aparejado.

La crítica que cabe hacer a las doctrinas de la prevención general es que pueden llegar a intimidar a los que no lo necesitan. Tal es el caso de la pena capital o pena de muerte, que produce con su ejecución un efecto desmoralizante sobre la población, aunque pueda lograr el fin de intimidación general.

En cuanto a la prevención especial, cabría objetar que en ella se atenta contra el principio de seguridad jurídica, tan importante en un Estado de Derecho. En efecto, ¿dónde nos legitimamos para castigar?, ¿para qué y a qué sociedad nos dirigimos?, ¿no estaremos incurriendo en el totalitarismo de la mayoría? Además, la prevención especial exige disponer de grandes recursos. Supone, por otra parte, considerar como inútiles métodos tradicionales como la

prisión, que a menudo no es sino escuela de delincuentes. En este sentido, para evitar estos inconvenientes, debería procurarse respetar en ella, en la medida de lo posible, los derechos fundamentales de los presos, por ejemplo a través de regímenes de visitas, estableciendo sistemas abiertos de cumplimiento de la pena, teniendo en cuenta aspectos como la realidad sexual del preso, etc.

Además, aunque estas teorías de la prevención especial son humanistas, en cuanto se dirigen al hombre concreto, no a un ser abstracto, sin embargo, no transforman su mismidad, su vida única. Por otro lado, acentúan la ideología de la diferenciación, la distinción tajante blanco o negro, bueno o malo, olvidando que generalmente lo que predominan de hecho son los términos medios y la gama de los grises, que las cosas no son buenas o malas en sí, sino dependiendo del color del cristal con que se miren. A ello cabe añadir que a la hora de reeducar al delincuente no se debe atentar contra el principio de libertad ideológica reconocido en el artículo 16 de la Constitución española de 1978, que impide que se imponga como dominante un sistema o credo religioso o ideológico de cualquier tipo que sea. Por muy convencidos que estemos de que nuestras ideas son las correctas, no podemos, no debemos, obligar por la fuerza a nadie a que las comparta. En el fuero interno el hombre debe ser libre y autónomo.

Por otra parte, no siempre es necesario resocializar al delincuente. Tal es el caso del delincuente ocasional, del pasional, de sujetos que tienen una socialización perfecta como ocurre en los delitos económicos con los llamados delincuentes de cuello blanco, es decir, aquellas personas que, habiendo tenido una educación y socialización normal, infringen, sin embargo, algunas reglas y cometen, por ejemplo, delitos fiscales, evasión de capital, etc. Es más, aunque necesarias, la reeducación y la reinserción sociales no siempre son alcanzables. Presuponen para ser eficaces la voluntad e intención del delincuente de vivir conforme a la ley de la sociedad y no a la suya propia. Hay veces en que los sujetos no cooperan y es imposible obtener con ellos buenos resultados.

IV. LA HUMANIZACIÓN DE LAS PENAS: DE LA PENA CAPITAL A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD. SUPRESIÓN DE LAS PENAS INHUMANAS EN LOS DERECHOS PENALES MODERNOS

La pena capital —como se venía llamando la pena de muerte— era la pena aplicada por excelencia con anterioridad al movimiento abolicionista, que propuso su sustitución por la pena privativa de libertad, a partir del siglo XVIII. Es curioso comprobar cómo hasta entonces la mayoría de las mentes preclaras, incluso desde dentro de la propia Iglesia, eran partidarias de la pena capital. El origen de esta pena se pierde en la noche de los tiempos, existiendo manifestaciones pictóricas de ejecuciones capitales en pinturas prehistóricas. En Roma, desde la crucifixión, a arrojar a los cristianos a las bestias del circo, era una pena a la orden del día, a la que incluso se acompañaba de una dureza y crueldad adicionales a la hora de la ejecución, como puede observarse en los Fueros y en los pueblos bárbaros. La propia Inquisición empleó este tipo de sanción, unida a la tortura, como medio de prueba de presuntos delitos. Hay que esperar a las grandes utopías para que, en el siglo XVIII, se alcen voces críticas contra esta institución inhumana y contraria a la equidad.

Algunos de los principales argumentos esgrimidos a favor y en contra de la pena capital son los siguientes:

1. El argumento histórico, utilizado a favor de dicha pena, dado su gran arraigo en el tiempo, o en contra, en base a que la justicia de una institución no es una cuestión de cantidad, de mera reiteración, sino de cualidad, y de hecho la historia de las penas es en muchos casos tan deshonrosa como la de los crímenes.
2. El argumento retributivo —a tenor del que quien la hace la paga; ojo por ojo, diente por diente—, pero esto choca con la objeción de que la retribución no siempre es posible: no en el delito de violación o de rebelión, por ejemplo.
3. El argumento preventivo —la pena de muerte juega un papel disuasorio de nuevos delitos capitales—,

pero está científicamente probado que esto no funciona en los dos principales grupos de sujetos a los que es aplicable la pena de muerte —los autores de delitos de sangre, pues la mayoría de ellos son delincuentes pasionales, que matan en el fragor de una disputa y no tienen tiempo de racionalizar que se les puede castigar, luego no se sienten disuadidos; otros son psicópatas, como JACK EL DESTRIPIADOR, que no sienten la presión psicológica de la pena, pues están enfermos; y el resto son delincuentes profesionales, tipo “CHACAL”, que asumen la muerte como un gaje del oficio; o bien los autores de delitos políticos, como el terrorismo, respecto a los cuales la pena de muerte ejerce un efecto glorificador, que pasa a convertirlos en mártires inmolados por una patria mejor. Pensemos en los Comuneros, en JUANA DE ARCO o en las últimas ejecuciones capitales del Franquismo, que lejos de disuadir, produjeron una ola posterior de atentados terroristas—.

4. El argumento utilitario, cuando lo cierto es que la pena de muerte no presenta utilidad alguna, pues no corrige a nadie, sino que acaba con el delincuente, que muy a menudo, más que incorregible lo que ocurre es que aún no ha sido corregido; a la población en general lo único que le proporciona es una mezcla de emociones malsanas y morbosas al contemplar la ejecución, y, en el mejor de los casos, y para quienes no necesitan la intimidación, un efecto desmoralizador; en el verdugo, figura amoral que se “acostumbra” de oficio a algo para luchar contra lo cual él mismo es utilizado: la acción de matar.
5. El argumento humanitario, de raigambre en la cultura cristiana occidental, de que la vida es un bien sagrado del que no cabe disponer al hombre, ni siquiera cuando se trata de la propia vida —suicidio—.

Todas estas consideraciones hacen de la pena capital una figura obsoleta, abolida —bien “*de iure*”, bien “*de fac-*

to", en su ejecución— en la mayor parte de los países occidentales modernos —aunque no en algunos Estados de Estados Unidos—, entre ellos en España, en cuyo ordenamiento jurídico —artículo 15 de la Constitución de 1978— se defiende el derecho a la vida y se prohíbe la pena capital. Aunque el inciso final del artículo 15 se refiere como excepción a la prohibición de la pena de muerte a lo que puedan disponer las leyes militares para tiempos de guerra, lo cierto es que actualmente éstas no contemplan, ni siquiera en tiempos de guerra, esta sanción, con lo cual su abolición es total.

Existen otras penas muy duras, como la esterilización forzosa de deficientes mentales, que se impuso con las medidas eugenésicas en la Alemania nacionalsocialista; la lobotomía, operación quirúrgica en virtud de la cual, operando sobre el cerebro, se priva de la agresividad, pero dejando en un estado casi vegetativo, al delincuente; o la castración, por ejemplo, en el caso de los violadores. Todas ellas son manifestaciones de un Derecho penal altamente represivo y contrario a la idea de humanidad que ha de presidir el espíritu de equidad.

V. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PENAS

La idea de equidad, superada la fase inicial de las legislaciones antiguas, en las que la pena se basaba en la venganza, la represión y un sistema de sanciones atroces, se inspira hoy en día en la idea de individualización penal a través de dos categorías de carácter científico: la noción de daño y la noción de peligrosidad. Se juntan así en la sanción penal la ciencia y la equidad, a través de la rehabilitación del delincuente, que es a la vez médica y ética. En la dialéctica que une la equidad con la ciencia, la primera juega un papel de inspiración y fuerza que acelera la individualización científica y modera dicha individualización.

Como inspiradora y aceleradora de la individualización, la equidad señala los objetivos —reforma, resociali-

zación, intimidación, ...— y los métodos —por ejemplo la abolición de la pena de muerte, la libertad condicional, la suspensión condicional de la sentencia...— de la sanción al servicio de la rehabilitación y la reinserción social del delincuente. La tendencia general en este sentido va en la línea de la sustitución de las clásicas penas que privan de libertad por medidas que se limitan a restringir dicha libertad.

La equidad funciona también como un límite de la ciencia clínica, porque muchas veces ciencia y equidad llegan a conclusiones contradictorias, en cuyo caso se suele dar prevalencia a la equidad sobre la ciencia. La equidad pone límites a la ciencia a través de una doble vía. A veces levanta un obstáculo a ciertos procedimientos y tratamientos. A veces mantiene instituciones que han sido condenadas por la ciencia. El primero es el caso de la castración o la esterilización, a las que la equidad se resiste, en cuanto implican un atentado a la dignidad y a la libertad individual³.

En la aplicación de la ley penal es preciso llevar a cabo lo que hoy llamamos “individualización de la pena”, analizando las principales circunstancias de la culpa y del culpable, circunstancias que pueden agravar, atenuar y aun suprimir por completo la culpa —en el caso de las circunstancias agravantes, atenuantes y eximentes—.

El margen judicial para la fijación de las penas tiene carácter total en lo correspondiente a las faltas, dentro de los límites legales, y relativo en relación a las penas establecidas para los delitos⁴. De donde debe excluirse toda llamada a la equidad en el Derecho penal es en la calificación jurídica de los hechos, pues lo contrario supondría una ampliación del arbitrio y la discrecionalidad judicial,

³ RAYMOND GASSIN: “Equity in Criminal Procedure”, en RALPH A. NEWMAN: *Equity in the World's Legal Systems. A Comparative Study*. Actas del Congreso promovido por el Hastings College of Law de la Universidad de California en Bellagio, en agosto de 1972. Dedicado a RENÉ CASSIN. Brussels. Établissements Émile Bruylant. 1973, pp. 573-580.

⁴ CARLOS M^a ENTRENA KLETT: *La equidad y el arte de juzgar*. 2^a ed. Pamplona. Aranzadi. 1979. 2^a ed. corregida y revisada. 1990, pp. 68-69.

más allá de lo que las circunstancias aconsejan⁵. En este sentido son excluibles las llamadas ficciones judiciales.

La ficción judicial es distinta de la ficción legal, de carácter generalmente inofensivo. Se trata de la ficción empleada como medio de fundamentación de la sentencia de un tribunal. En este contexto la ficción significa que un elemento del supuesto de hecho, del que el juez deriva una consecuencia jurídica, es fingido, es decir es declarado por él como presente pese a saber que de hecho no es así. De este modo la ficción encubre la verdad y, por tanto, es reprobable, salvo que se justifique por razones de equidad e, incluso en estos casos, con suma cautela. La ficción judicial ha sido muy utilizada en los fallos judiciales, por ejemplo, cuando el juez quería llegar a una exclusión de responsabilidad.

VI. DE LA ANALOGÍA JURÍDICA A LA ANALOGÍA ANTROPOLÓGICA. DEL DELITO AL DELINCUENTE. LA ATENUANTE POR ANALOGÍA

Por otra parte, en el Derecho penal se ha evolucionado en materia de equidad en lo que respecta a la configuración de la analogía, pasándose de dar prevalencia a la analogía en sentido jurídico, la normalmente descrita, a destacar la llamada “analogía antropológica”. Para entender en que consiste este último tipo de analogía, hay que traer a colación la distinción, que en su momento apuntamos, entre las penas y las medidas de seguridad, como tipos de sanciones. La analogía antropológica se ubica en las medidas de seguridad. En ellas, a través de los conceptos de “peligrosidad”, “defensa social” y “oportunidad”, el juez puede penar por analogía un hecho no previsto como delito en la ley, en base a la peligrosidad del sujeto que lo ha cometido —función constitutiva de la analogía— o puede omitir de penar por un hecho previsto como

⁵ RENATO VECCHIONE: Voz “Equità (giudizio di)”, en *Novissimo Digesto Italiano*, VI, Torino, 1960, p. 630.

delito si falta dicha peligrosidad —función extintiva de la analogía—.

Se puede observar así cómo en esa evolución en materia de analogía en el Derecho penal se ha pasado de primar lo objetivo —el delito—, a dar prioridad a lo subjetivo —el delincuente—. Se pasa de la pena, como un mecanismo sancionador ciego, que conmina sanciones iguales para delitos iguales, prescindiendo de que se trata siempre de individuos necesariamente diversos, a una rigurosa individualización del tratamiento penal, a través de las medidas de seguridad. No se trataría de ver qué infracción penal se ha cometido y asignarle la pena correspondiente de manera automática, sino de valorar analógicamente, en base a criterios de peligrosidad social, al sujeto criminal, a fin de imponerle una medida de seguridad. La analogía no es entre factores objetivos —delitos—, sino entre factores subjetivos —personalidades criminales—.

El análisis debe ser garantizado, no por mecanismos jurídicos —“*eadem ratio*”—, sino por procedimientos médicos —“igual personalidad criminal”, “idénticos factores de peligrosidad”—. Es la denominada “analogía antropológica”, como contrapuesta a la “analogía jurídica”, o analogía a secas. La analogía antropológica es especialmente necesaria respecto de aquellos delincuentes que no son capaces de sentir la coacción psicológica derivada de la pena, al modo en que lo hacen las personas normales. En cualquier caso se debe evitar el arbitrio en las decisiones y criterios médicos a seguir por el antropólogo al servicio de la ulterior decisión del juez.

Otro problema que presenta la analogía en el Derecho penal es el derivado del hecho de que su exclusión no es absoluta, no comprende todas las normas penales. La misma tiene carácter general, no universal. Así, se admite lo que se ha venido denominando analogía “*in bonam partem*”, o analogía favorable al reo. Un ejemplo de esta analogía favorable o beneficiosa sería en el Derecho español la llamada “*atenuante por analogía*”, recogida en el Código penal español, cuando, después de hacer una enumeración ejemplificativa de las causas que atenúan la

responsabilidad criminal, se refiere a “*cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores*”. Otros tipos de normas susceptibles de analogía “*in bonam partem*” son las que contemplan causas de justificación. Usamos esta denominación genérica para englobar las causas de exclusión del delito, por defecto de algún elemento —hecho, antijuridicidad, culpabilidad—, las causas de exclusión de la imputabilidad y las causas de exclusión de la pena.

Tanto la analogía antropológica, como contrapuesta a la analogía jurídica, como la atenuante por analogía, son manifestaciones de analogía que puede beneficiar al reo, de analogía “*in bonam partem*”, ejemplos de equidad en el doble sentido: griego —de tratamiento penal individualizado, de justicia del caso concreto— y romano-canónico —de humanidad y benignidad, para evitar un excesivo rigor del Derecho—.

VII. EQUIDAD Y ESTADO DE NECESIDAD. EL HURTO FAMÉLICO

Existen algunas figuras concretas en las que estas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal son especialmente claras y en las que la equidad se refleja de un modo muy patente. Es el caso de la equidad en relación con el llamado estado de necesidad y, más en concreto, con la figura del “hurto famélico”.

Se suele admitir que robar es, además de un acto ilícito, castigado con penas de mayor o menor gravedad por las distintas legislaciones, un acto ilegítimo, contrario a la idea de justicia. Pero, ¿qué puede decirse de aquellos casos en los cuales el hurto está amparado por una circunstancia especial de necesidad que parece hacerlo, no sólo excusable —jurídicamente—, sino incluso justificable —moralmente—? ¿Qué ocurre si robamos para el sustento propio o el de la familia, si robamos para dar de comer a un hambriento, para satisfacer una necesidad básica como es la propia subsistencia? En estos casos la cuestión cae directamente dentro del ámbito de la equi-

dad. Puede que en abstracto robar sea malo —se dice—, pero ¿qué hay de estos casos concretos en los que el móvil ético plantea, como mínimo, una situación de conflicto de deberes?

VIII. EL PERDÓN —EL INDULTO Y LA AMNISTÍA— Y EL DERECHO DE GRACIA

La institución del perdón llega por dos caminos distintos: el de la “graciosa indulgencia”, que se refleja en el “indulto”, o por oportunos motivos de pública convivencia, con un matiz político, a través del perdón gubernativo, que es la “amnistía”. En uno y otro caso late el espíritu de la equidad, aunque para algunos el indulto no tiene afinidad con la equidad, sino que se asemeja más bien a la caridad o a la prudencia política. En cualquier caso, equidad, caridad y prudencia son virtudes claramente relacionadas.

Dentro del perdón como institución, aunque como figura distinta de él, encontramos el “derecho de gracia”, manifiesto básicamente en tres situaciones distintas, dos de carácter público, y una tercera de índole privada:

1. Mediante la función legislativa, conociéndose como ley de amnistía.
2. Mediante una función decisoria de un órgano público de condonación de multas, obligaciones o prestaciones.
3. Como una renuncia de un particular a un derecho legítimo, por ejemplo a través de la condonación de una deuda.

De estas tres manifestaciones, la única relevante a efectos penales es la primera. La segunda tiene más bien un cariz administrativo y la tercera es de la naturaleza privada, esencialmente obligacional. En la primera de estas figuras, la causa que alienta es la rectificación del Derecho vigente, para evitar una aplicación excesivamente rigurosa del mismo que podría ser contraria a la equidad, por ejem-

plo, porque han cambiado las circunstancias en las que las normas se basaban. En cualquier caso estamos ante un “derecho” de gracia, es decir, ante una facultad graciosa, y no ante una obligación, por parte de quien lo otorga. La Constitución española de 1978 vincula el derecho de gracia a la figura del rey⁶.

Según CONCEPCIÓN ARENAL no hay que confundir la equidad ni la justicia con el perdón. La justicia “no se perdona, no se concede; se aplica cumpliendo un deber”. Yerran, añade, quienes fundan el derecho de gracia en la equidad de templar el rigor de leyes crueles. “Las leyes crueles deben abolirse, no paliarse con la facultad de aplicarlas o suspenderlas”.

GANIVET abomina de la justicia abstracta, intelectualizada, y pone en el perdón el fin de la justicia verdadera. El castigo desde este punto de vista sería una respuesta al deseo de venganza y de expiación de la culpa, de rápido reflejo a la ofensa recibida, el golpe de la cólera humana, a lo sumo de la cólera de Dios —si es que Dios se encolera— o de la cólera de la naturaleza; pero la última y definitiva justicia es el perdón —tanto el humano como el divino—. El castigo que no va seguido del perdón —pensemos en la corrección paterno-filial— no es castigo propiamente dicho, sino odioso ensañamiento. Pero, si se va a perdonar, ¿para qué castigar?, ¿para que el perdón no sea gratuito y pierda todo su mérito?, ¿para que gane valor costando adquirirlo, teniendo que comprarlo con sufrimiento y sudor? No, no nos engañemos: el castigo satisface al ofensor, no al ofendido⁷.

⁶ NARCISO ANDRADA HERRERO: *La equidad como elemento catalizador entre la norma jurídica y la justicia*. Tesis doctoral dirigida por JOSÉ ITURMENDI MORALES. Madrid. Editorial de la Universidad Complutense de Madrid. 1988, pp. 208-216.

⁷ JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *La idea de equidad en las letras españolas: discurso leído el día 23 de mayo de 1949 en su recepción pública por J. Castán Tobeñas y contestación de José Gascón y Marín*. Madrid. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. 1949, pp. 65-69, 115-116 y 134.

IX. LA “*BENIGNA INTERPRETATIO*”: EL PRINCIPIO “*IN DUBIO PRO REO*” Y EL PRINCIPIO “*ODIOSA RESTRINGENDA, FAVORABILIA AMPLIANDA*”

Una exigencia de la equidad es la “*benigna interpretatio*” de la norma, especialmente si ésta es una norma penal —“*in poenis benigniorem esse interpretationem facientem*”—. Pero, ¿qué es lo benigno? Ya los romanos decían que, en la duda, debía admitirse el significado más benigno. El problema radica en saber cuál es el significado más benigno, pues a menudo lo que beneficia a uno daña a otro. En relación con lo anterior se encuentran las nociones, igualmente vagas y generales, de “odioso” y “favorable”, conjugadas en aquella regla a tenor de la cual lo odioso ha de restringirse, lo favorable ampliarse —“*odiosa restringenda, favorabilia amplianda*”—. Otra manifestación de esta misma idea de benignidad aplicada al Derecho penal es la contenida en el adagio “*in dubio pro reo*”: en la duda, a favor del acusado⁸.

X. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, LOS LÍMITES DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA Y LAS MEDIDAS REPARATORIAS DE LOS ERRORES JUDICIALES

La presunción de inocencia se resume en la idea de que toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario. Se trata de una presunción relativa o “*iuris tantum*” —frente a las presunciones absolutas o “*iuris et de iure*”, que no admiten la prueba en contrario—, que fue establecida por primera vez con gran claridad en el tratado *De los delitos y de las penas* de BECCARIA. Esta presunción se concreta en una serie de garantías para el acusado: el carácter en principio público y abierto del juicio, el carácter no prolongado en el tiempo de la detención preventiva, el no tener que responder a cuestión alguna el acusado, pudiendo permanecer en silencio, el derecho a la asisten-

⁸ JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *La idea de equidad...*, op. cit., pp. 47-49.

cia de un abogado. La presunción de inocencia constituye un principio casi universal, también presente en la Constitución española de 1978 —en su artículo 24—, pero no siempre fue así. En las legislaciones primitivas, dominadas por una mentalidad mística —pensemos en el Tribunal de la Inquisición en España—, el acusado se presumía culpable y era a él al que correspondía demostrar su inocencia. Se trataba de un sistema acusatorio inquisitorial, basado en la idea de venganza, que estuvo presente en los Derechos antiguos —Grecia, Roma, el Derecho feudal—, en los que la carga de la prueba correspondía al acusado, que debía demostrar su inocencia. Solamente a partir del siglo XVIII, tras la Revolución Francesa y como crítica al *Ancien Régime*, la situación cambió.

Algo similar ocurre con la prisión preventiva. La privación de libertad durante el tiempo que dura el juicio es sin duda útil. Impide que el acusado huya o que intente destruir las pruebas de su culpabilidad, y asimismo impide que reitere el acto delictivo, en el caso de tratarse de un delincuente habitual. En este último caso la detención preventiva es una medida de seguridad. Pero no menores son los inconvenientes de tal figura: es contraria a la presunción de inocencia; impone al detenido una sanción pese a que aún no se sabe si realmente es culpable; crea una cierta opinión pública estigmatizante hacia él; y, en cualquier caso, constituye una medida de presión para obtener del acusado una declaración de culpabilidad o confesión del delito. Todas estas son manifestaciones negadoras de la equidad de esta medida. En los sistemas inquisitoriales primitivos el arresto y la detención eran la regla y la libertad la excepción; la idea de equidad era ajena a ellos. Las cosas cambiaron profundamente a partir del siglo XVIII. Aunque no se abolieron por completo las detenciones preventivas, por lo menos se limitaron a lo estrictamente necesario. Hoy en día la mayor parte de los países occidentales consideran el carácter excepcional de estas medidas. Muchos países emplean técnicas y procedimientos variados, tales como el confinamiento en determinadas áreas, la liberación al final de un cierto tiempo, o la necesidad de

presentarse periódicamente, con el fin de adaptar en la medida de lo posible la detención preventiva a la equidad.

Pese a las muchas precauciones y garantías que se puedan tomar para evitar condenar o encarcelar a personas inocentes, a veces esas medidas se muestran ineficaces. En esos casos es preciso reparar el mal causado. Durante mucho tiempo tales reparaciones únicamente eran posibles en el supuesto de condenas injustas. Recientemente algunos ordenamientos han permitido progresar a la luz de la equidad y han garantizado reparaciones de la injusticia incluso en el caso de las detenciones preventivas contra personas inocentes. En la mayoría de las legislaciones antiguas los errores judiciales se solucionaban a través del ejercicio del derecho de gracia del soberano que a veces castigaba al mismo tiempo a los jueces que habían dictado la sentencia injusta. Además de la revisión del fallo, institución muy antigua, como figura reciente en materia de equidad se encuentra aquella otra consistente en la “*indemnización*” a la víctima inocente. La primera manifestación de esta medida cabe rastrearla a finales del siglo XVIII, pero es realmente sólo a partir de la última mitad del siglo XIX cuando el problema atrae seriamente la atención de los legisladores⁹.

XI. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS DISPOSICIONES SANCIONADORAS NO FAVORABLES O RESTRICTIVAS DE DERECHOS

El ordenamiento jurídico español regula el tema básicamente en el artículo 2.3. del Título preliminar del Código civil —cuyo contenido no se vio afectado por la reforma de dicho Título de 31 de mayo de 1974— y en el artículo 9.3 de la Constitución española de 1978.

El artículo 2.3 del Código civil positiviza como principio general el de irretroactividad de las nuevas disposiciones, cuando establece que “*las leyes no tendrán efecto retroacti-*

⁹ RAYMOND GASSIN: “Equity in Criminal Procedure”, *cit.*, pp. 552-573.

vo si no dispusiesen lo contrario". La doctrina ha venido considerando este artículo como una norma de interpretación dirigida a los jueces y magistrados. Se trataría, pues, de una materia posible de la equidad judicial. El artículo 2.3 admite excepciones: opera si el legislador no establece lo contrario.

Por su parte, el artículo 9.3 de la Constitución española de 1978 establece que se garantiza "*la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*". La mayoría de los tratadistas entienden que, en contraste con lo que sucede en el artículo 2.3 del Código civil, la norma constitucional va dirigida especialmente al legislador. Se trataría de un posible caso de equidad legislativa. En dichos ámbitos materiales el legislador carece de libertad: las normas sobre esas materias son, bajo pena de inconstitucionalidad, necesariamente irretroactivas.

La naturaleza del principio de irretroactividad es, por tanto, doble: como norma de rango legal —Código civil— no vincula al propio legislador; pero, como norma constitucional posee un contenido que no puede ser violado ni siquiera por el legislador.

Interpretando el artículo 9.3 de la Constitución española de 1978 obtenemos las siguientes conclusiones:

- Por "*disposiciones sancionadoras no favorables*" se entienden las normas penales en sentido estricto, pero también el Derecho administrativo sancionador. Esto se desprende del texto del artículo 25.1 de nuestra Constitución: "*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*". Se trata de fijar la irretroactividad desfavorable o "*in peius*", admitiéndose, "*a sensu contrario*", la retroactividad favorable o "*in bonus*" —por ejemplo toda la materia de atenuantes, eximentes o el artículo 15 de la Constitución por el que queda abolida la pena de muerte—.

- Se discute qué debe entenderse por “*disposiciones restrictivas de derechos individuales*”. En primer lugar, surge el interrogante de si la palabra “*disposiciones*” se refiere sólo a las normas legales o si abarca también las normas de rango reglamentario. En segundo término, de la doctrina del Tribunal Constitucional parece desprenderse que por “*derechos individuales*” se entienden sólo los enunciados en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución española de 1978, es decir los “*derechos fundamentales y las libertades públicas*”.

El fundamento de la irretroactividad se encuentra vinculado, entre otros: al principio de seguridad jurídica—tratando de asegurar la previsibilidad de las consecuencias a aplicar a las conductas futuras, un saber a que atenerse de antemano—; al principio de legalidad, especialmente como principio de legalidad penal; al respeto de los derechos adquiridos; al respeto de la dignidad de la persona; al principio de equidad; al principio de culpabilidad; y al principio de igualdad, que veda las desigualdades discriminatorias.

XII. LA COMPENSACIÓN DE RESPONSABILIDADES Y LA COMPENSACIÓN DE DELITOS

La compensación, tanto de responsabilidades como de delitos, son dos instituciones clave en materia de equidad. Los problemas de compensación en el Derecho penal afectan a la fijación de una u otra pena o, en algunos casos extremos, a la inexistencia de delito. Es el caso de la compensación de culpas en las conductas imprudentes entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del delito. La compensación está presente en la ley del talión, pero no en el Derecho romano. Ante la existencia de ocasiones en que hay penas que los tribunales estiman excesivas, y para flexibilizar el sistema, se intentó rebajar dichas penas. Esto fue especialmente aplicable en el caso de los accidentes de tráfico. Se compara la incidencia causal de la conducta de una y

otra parte —la del agente y la de la víctima o incluso un tercero— para así definir cuál ha sido el alcance de cada una de ellas en la producción del resultado. El agente no debe responder tan severamente si su conducta por sí sola no ha producido un resultado sino que ha sido contrarrestada por la conducta del otro sujeto. En este sentido se manifiestan las sentencias del Tribunal Constitucional 1/1994, de 27 de noviembre de 1993 y 51/1994, de 25 de octubre de 1993. Como consecuencia de esta elaboración jurisprudencial en ocasiones se ha hecho un uso abusivo de tal figura, especialmente en los tribunales de instancia, no existiendo directrices claras del Tribunal Constitucional sobre el desarrollo de esta figura. Eso entraña el riesgo de que la imprudencia se convierta en un mundo abierto a la impunidad y a la inseguridad jurídica. Ante esta situación el Tribunal Supremo en recursos de casación ha intentado dar una solución¹⁰.

El tema de la compensación de delitos no presenta menos problemas. Estamos ante dos delitos de la misma o semejante naturaleza, cometidos por autores diferentes y de forma generalmente recíproca. La doctrina se manifiesta contraria a que a través de esta figura se pueda librar a ambos ofensores del castigo, aunque sí la reconoce como causa de atenuación para el que responde a la agresión, e incluso de exclusión de la pena. Al no existir “*animus injuriandi*” la valoración de la conducta del agente puede ser diferente.

¹⁰ ISABEL RUIZ-GALLARDÓN: *Una aproximación a la equidad desde la Teoría y la Dogmática jurídicas*. Prólogo de LUIS DíEZ PICAZO. Madrid. Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. 2002, pp. 212 y ss., esp. p. 217: “Otro problema surge cuando, en algunas ocasiones aisladas, se amplía el efecto de la concurrencia de culpas a situaciones que en principio parecen diferentes. Se trata de aquellos casos en los que no existe ninguna dificultad ni duda en el proceso causal, de modo que la culpa de la víctima puede influir en la conducta del culpable, pero en los que la relación de causalidad es sólo imputable desde una perspectiva objetiva al agente; así ocurre en la STS 23 julio 1987 cuando un agente de la autoridad disparó a un vehículo que no había obedecido la orden de detenerse, falleciendo un bebe que viajaba en la parte de atrás: la causa del resultado fue sólo el disparo; pero si el conductor no hubiera continuado es probable que no se hubiera producido el resultado”.