

LES FRAYDELT PRO

Revista

Julio 2011

28

blanch



blanch

Revista Penal

Número 28

Sumario

Doctrina

– Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal, por <i>Juana del Carpio Delgado</i>	5
– Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y protección del menor, por <i>Viviana Caruso Fontán</i>	29
– Hechos psíquicos y concurso de personas. El problema de la interacción psíquica, por <i>Donato Castronuovo</i>	44
– ¿Para qué necesitamos una coautoría imprudente?, por <i>Andreas Hoyer</i>	56
– El arrepentimiento postdelictual en España: un ensayo acerca de su viabilidad como instrumento combativo del crimen organizado, por <i>M^a José Jordán Díaz-Roncero e Ignacio Comes Raga</i>	67
– Los límites de la amnistía, por <i>Juan Antonio Lascuráin</i>	95
– Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil, por <i>Ana Elisa Liberatore S. Bechara</i>	114
– ¿Hacia un espacio sancionador administrativo común?, por <i>Adán Nieto Martín</i>	136
– Mandato de determinación y consecuencia jurídica, por <i>Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro</i>	153
– La legislación penal relativa a la protección de los Derechos de Propiedad Intelectual a nivel internacional por <i>Shizhou Wang</i>	165
– Las fronteras entre el honor del funcionario público, la libertad de expresión y el delito de difamación, según los límites que impone el principio de lesividad, por <i>Jan-Michael Simon y Pablo Galain Palermo</i>	187
– Co-autoría mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el derecho penal internacional?, por <i>Gerhard Werle y Boris Burghardt</i>	197
Sistemas penales comparados: El delito de blanqueo de dinero	207
Bibliografía: Notas bibliográficas sobre pena de muerte, historia del Derecho penal y Derecho penal Internacional, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	269
Noticias. Próximo encuentro del Grupo Nacional español de la Asociación Internacional de Derecho Penal.....	293



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ.Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Jaume I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
William Terra de Oliveira y Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos E. Muñoz Pope (Panamá)
Felipe Caballero Brun (Chile)	Victor Prado Saldarriaga (Perú)
Shizhou Wang (China)	Barbara Kunicka- Michalska (Polonia)
Alvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Federico de Lacerda Da Costa Pino (Portugal)
Walter Antillón y Roberto Madrigal (Costa Rica)	Ana Cecilia Morún (República Dominicana)
Adán Nieto Martín y (España)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Dimitris Ziouvas (Grecia)	Baris Erman (Turquía)
Alejandro Rodríguez Barillas (Guatemala)	Wolodymyr Hulkevych (Ucrania)
Angie Andrea Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Luigi Foffani (Italia)	Jesús Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL:
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Compobell
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Mandato de determinación y consecuencia jurídica*

Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro

Universidad de la Laguna

Revista Penal, n.º 28.— Julio 2011

RESUMEN: El principio de legalidad, en su acepción como mandato de determinación, permite la evaluación de los textos legales y con ello, de las consecuencias jurídicas. De esta forma, se adivina que la técnica legislativa constituye en el fondo, una cuestión de evaluación, esto es, de grado de satisfacción del principio de legalidad, de proporcionalidad, entre otros concernidos. Aquí se evalúan a modo de ejemplo, consecuencias jurídicas recogidas en el Código penal español, alemán y del Estado australiano de Tasmania.

PALABRAS CLAVE: Principio de legalidad, evaluación, técnica legislativa, consecuencia jurídica.

ABSTRACT: The rule of law, understood as principle of maximum certainty, allows the evaluation of legal texts and therefore, the evaluation of different kind of penalties. Because of this the legislative drafting can be understood as a question of degree of satisfaction of the rule of law and principle of proportionality, among others. Here different articles of the penal codes of Spain, Germany and Tasmania will be evaluated as example.

KEY WORDS: Rule of law, evaluation, legislative drafting, punishment

I. Varios modelos técnico-jurídicos, a modo de introducción

Según el art. 138 del Código penal español, «el que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años». Se incorpora así, en este precepto, un modelo de consecuencia jurídica que vinculada a un concreto supuesto de hecho, recoge tanto un límite inferior —diez años— como un límite superior —quince años— en función de lo injusto tipificado en el mismo. Como sabemos, este modelo se mantiene a lo largo de la parte especial de nuestro Cód-

igo penal. Así, en el artículo 147.1, se prevé para el tipo básico de lesiones —«el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental... siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico»— «la pena de prisión de seis meses a tres años», mientras que para el tipo atenuado del artículo 147.2 se prevé una «pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses», cuando el hecho realizado «sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido». Subsidiariamente,

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación: «Delincuencia económica. Nuevos instrumentos jurídicos y tecnológicos (DER2008-00954/JUR1). IP: Carlos María Romeo Casabona»; y del programa de ayudas de la Agencia Canaria de investigación, innovación y sociedad de la información.

la determinación de la consecuencia jurídica se establece de forma indirecta, esto es, mediante el aumento o reducción en grado de la pena prevista para el tipo de referencia, como se aprecia, por ejemplo, dentro de los delitos contra la salud pública, en el art. 362.3 del Código penal español —«en casos de suma gravedad, los Jueces o Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias personales del autor y las del hecho, podrán imponer las penas superiores en grado a las antes señaladas»— sin que ello suponga, como sabemos, la renuncia al establecimiento de los límites inferior y superior de la correspondiente consecuencia jurídica¹.

Sin embargo, frente a este modelo, encontramos otras alternativas en el Derecho comparado. Así, por poner un ejemplo cercano, se apunta en el § 212 del Código penal alemán, «quien mata a un ser humano sin ser asesino será condenado como homicida con pena privativa de libertad no inferior a cinco años»². Vemos, por tanto, como a diferencia del modelo anterior, aquí se recoge el límite inferior —cinco años— pero se deja abierto, en un primer momento, en la parte especial, el límite superior de la consecuencia jurídica³. Mientras que en otros supuestos se procede de forma inversa, esto es, se recoge el límite superior, pero no se establece un límite inferior en función de lo injusto descrito en el supuesto de hecho, como se observa en el § 222, en relación con el homicidio imprudente: «quien cause la muerte de un ser humano por imprudencia, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa»⁴. Y en otros casos, se establecen expresamente ambos límites ya en la parte especial del Código, pero comprendiendo un marco penal importante, como en el

tipo atenuado del delito de homicidio, § 213 del Código penal alemán: «si el homicida hubiere sido encolerizado, sin culpabilidad propia, por medio de malos tratos inferidos al mismo o a un pariente o por graves insultos por parte de la persona muerta y con esto incitado inmediatamente al hecho o se presenta cualquier otro caso de menor gravedad, la pena es de uno hasta diez años de privación de libertad»⁵.

Finalmente, un tercer ejemplo se encuentra, algo más lejano, en el Código penal del estado australiano de Tasmania —*Criminal Code Act 1924* (No. 69 of 1924)— donde se prevé un modelo en buena medida opuesto a los anteriores. Frente a aquéllos, en este último texto se renuncia, con carácter general, al establecimiento de consecuencias jurídicas específicas para cada una de las distintas figuras delictivas, y se prevé en su lugar, en el art. 389.3, la siguiente cláusula: «de acuerdo con lo previsto en la *Sentencing Act 1997*..., y salvo lo que se establezca expresamente, el castigo de cualquier delito deberá ser pena de hasta 21 años de privación de libertad, multa o ambas penas, y deberá ser aquella que el tribunal estime adecuada a las circunstancias de cada caso concreto»⁶. Si bien, para determinadas figuras, en particular aquellas de mayor gravedad, se introducen —a modo de excepción de este modelo de cláusula general— consecuencias jurídicas específicas, como por ejemplo, prevé el art. 158 del citado texto, en relación con el delito de asesinato: «aquella persona que cometa asesinato es culpable de un delito y deberá responder con la pena de prisión por el tiempo de la vida natural de la persona o en aquella otra extensión que el tribunal determine»⁷.

1 Sobre la determinación de las penas inferior y superior en grado, v. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel: «Aplicación y determinación de la pena», en Luis Gracia Martín (coord.): *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 231 y ss.

2 En concreto establece el § 212 del Código penal alemán: «(1) Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.

(2) In besonders schweren Fällen ist auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen». Al respecto HORN, Eckhard: § 212, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª ed., 50 Lieferung, Luchterhand, Neuwied-Berlin, 2000, margs. 1 y ss.

3 Por lo demás, v. HORN, Eckhard: § 212, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit. n. 2, marg. 35.

4 § 222 del Código penal alemán: «Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft». Al respecto HORN, Eckhard/WOLTERS, Gereon: § 222, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7ª ed., 54 Lieferung, Luchterhand, Neuwied-Berlin, 2002, margs. 1 y ss.

5 § 213 del Código penal alemán: «War der Totschläger ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einem Angehörigen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung von dem getöteten Menschen zum Zorn gereizt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingerissen worden oder liegt sonst ein minder schwerer Fall vor, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren». Al respecto HORN, Eckhard: § 213, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª ed., 50 Lieferung, Luchterhand, Neuwied-Berlin, 2000, margs. 1 y ss.

6 Art. 389.3, *Criminal Code Act 1924* (No. 69 of 1924): «Subject to the provisions of the *Sentencing Act 1997* or of any other statute, and except where otherwise expressly provided, the punishment for any crime shall be by imprisonment for 21 years, or by fine, or by both such punishments, and shall be such as the judge of the court of trial shall think fit in the circumstances of each particular case».

7 En otros términos: «Any person who commits murder is guilty of a crime, and is liable to imprisonment for the term of the person's natural life or for such other term as the Court determines».

Estos tres modelos, con sus notables divergencias, no son necesariamente equivalentes desde la perspectiva del principio de legalidad por el hecho de encontrarse recogidos en disposiciones equivalentes de tal rango —legal—. Así, en particular, desde la perspectiva del mandato de determinación, la mayor o menor amplitud del marco penal, la ausencia de un límite inferior específico o simplemente, el establecimiento de una cláusula general para las distintas infracciones jurídico-penales, se concreta en diversos costes y márgenes de rendimiento para cada uno de los mismos. Y al igual que el supuesto de hecho, particularmente, en tanto que cláusula de determinación de lo injusto punible, también la definición de la consecuencia jurídica se sujeta a distintas exigencias que nos empujan a ponderar y evaluar las distintas soluciones técnico-jurídicas. Sin embargo, cabe que señalar en este último sentido, que el grado de observancia del mandato de determinación no se reduce a una simple ecuación que relacione intuitivamente sus márgenes de optimización con los márgenes de discrecionalidad cedidos por el legislador a los distintos operadores jurídicos⁸. De hecho, si se fundamenta el mandato de determinación unilateralmente en razones de legitimidad democrática, tales textos —las concretas disposiciones, cfr. II.3— no muestran sustanciales diferencias, en tanto que han sido adoptados por los correspondientes órganos legislativos⁹. Pero la complejidad del mandato de determinación requiere de ulteriores matices y criterios de evaluación:

II. El mandato de determinación como haz de mandatos de optimización

1. Determinación como previsibilidad objetiva

En este sentido, se apunta recientemente en nuestra doctrina, la idea de seguridad jurídica en sentido objetivo como primer fundamento del mandato de

determinación. Se trataría primeramente, a través del mismo —según tal comprensión— de «la realización del Derecho mediante el sometimiento de los poderes públicos a la ley, la exclusión de la arbitrariedad estatal y la consecución de una jurisprudencia igualitaria»¹⁰, en cuanto «derivación del propio concepto de Estado de Derecho, que trata de asegurar la realización del Derecho mediante el sometimiento de los poderes públicos a la ley y de evitar castigos arbitrarios»¹¹. Se atiende, en definitiva, y en un primer momento, a la exigencia de *lex certa*, esto es, de que se transmita adecuadamente a los operadores jurídicos el «cuándo y el cómo de las intervenciones jurídico-penales, excluyendo la posibilidad de arbitrariedad»¹². Sin embargo, ya esta primera perspectiva requiere de ulteriores matices, pues aun cuando los modelos antes expuestos transmiten con claridad —particularmente, en tanto que concernientes a la consecuencia jurídica— la forma de la concreta intervención jurídico-penal: de 10 a 15 años de prisión, de uno hasta diez años o como cláusula general, estableciendo para todos los supuestos, hasta un máximo de 21 años de privación de libertad, entre otros ejemplos; ello no supone necesariamente, un mismo grado de optimización de este primer principio del mandato de determinación.

En este sentido, si la exigencia de certeza se entiende en cuanto principio —o mandato de optimización— como imperativo de optimizar el grado de previsibilidad objetiva de la incidencia punitiva en las esferas jurídicas de los ciudadanos¹³, vemos que a medida que se amplía el marco penal —prisión de 6 meses a 3 años, prisión de 10 a 15 años, hasta 21 años de prisión, entre otros ejemplos expuestos— se dificulta correspondientemente la previsibilidad de su concreción en el discurso de aplicación: ¿6 meses, 10 años ó 21 años de prisión?; acentuándose con ello los costes relativos a este primer subprincipio del mandato de determinación.

8 Al respecto, fundamental NAVARRO FRIAS, Irene: Mandato de determinación y tipicidad penal, Comares, Granada, 2010.

9 Cfr. NAVARRO FRIAS, Irene: Mandato de determinación y tipicidad penal, cit. n. 8, pp. 36 y ss.

10 Cfr. NAVARRO FRIAS, Irene: Mandato de determinación y tipicidad penal, cit. n. 8, p. 41; lo que determinaría una prelación en los destinatarios, cfr. pp. 40 y ss. Recoge esta idea, igualmente MIR PUIG, Santiago: Derecho penal. Parte general, 8ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008, p. 105 mag. 6; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/GARCÍA ARÁN, Mercedes: Derecho penal. Parte general, 8ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2010, pp. 100 y 105. En un sentido próximo FERRERES COMELLA, Víctor: El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia, Civitas, Madrid, 2002, p. 60 y s.; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: El principio de legalidad penal, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 31 y s.

11 NAVARRO FRIAS, Irene: Mandato de determinación y tipicidad penal, cit. n. 8, p. 40.

12 Hablando de «the principle of maximum certainty», igualmente v. ASHWORTH, Andrew: Principles of criminal law, 5ª ed., Oxford University Press, 2006, pp. 76 y s.

13 Pues para optimizar, debe precisarse primero el objeto —a optimizar— del principio; en este sentido, apunta ALEXY, Robert: «Die Gewichtsformel», en Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, de Gruyter, Berlín, 2003, p. 771: «Prinzipien [sind] Normen, die gebieten, daß etwas in einem relativ auf die tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird» (cursiva añadida).

La misma correlación se establece con respecto a las consecuencias jurídicas alternativas, dado que permiten adoptar distintas formas de intervención: ¿prisión, multa o ambas penas, recurriendo nuevamente al ejemplo del art. 389.3 del *Criminal Code Act*? Con otras palabras: mientras que el Código penal español permite concretar la incidencia como una intervención cierta en el principio de libertad con un margen de decisión de 5 años, esto es, permite prever *ex ante* tanto la *intensidad* de la intervención —pena privativa de libertad— como la *extensión* o márgenes inferiores —10 años— y superiores de la misma —15 años, cediendo al operador jurídico únicamente la concreción de la pena en ese marco— «en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho», según los términos del art. 66.1.6 de nuestro Código penal; el art. 389.3 del *Criminal Code Act* de Tasmania deja abierta tanto la intensidad —nuevamente, ¿prisión, multa o ambas?, dada la amplitud del catálogo de penas y su disposición como alternativas y cumulativas— así como, en buena medida, también, la posible extensión de la misma, concediendo al operador jurídico un margen de decisión de hasta 21 años de privación de libertad, sin que se especifique tampoco en este precepto, los límites superiores e inferiores de la pena de multa, más allá de la genérica referencia «a las circunstancias de cada caso concreto»¹⁴.

En esta misma línea, en relación con la intensidad de la intervención, cabe apuntar con respecto al § 213 del Código penal alemán, que a la notable extensión del marco —«de uno hasta diez años de privación de libertad»¹⁵— se une la incertidumbre en relación con la forma de la posible consecuencia jurídica, dada la particularidad procedimental de los límites inferiores de la misma: el límite inferior de la pena prevista en este precepto —un año de privación de libertad— abre la puerta a su suspensión, de acuerdo con lo establecido en el § 56.2 de este Código, que permite suspender las penas privativas de libertad no superiores a dos años, en función de la concurrencia «de circunstancias especiales, según una valoración global del hecho y de la

personalidad del condenado»¹⁶. Con ello, el marco de las posibles consecuencias jurídicas comprende desde la ausencia de imposición de pena —en los casos de suspensión, en los términos del § 56.c— hasta los diez años de privación de libertad. Y sobre tales aspectos —el grado de previsibilidad en relación con la intensidad y la extensión de la intervención— es posible emitir ya una primera valoración de los distintos modelos señalados:

Si partimos de una escala triádica con los valores alto, medio, leve —ó 3, 2, 1, en términos numéricos, correspondientemente— vemos que al art. 138 del Código penal español cabría asignarle un valor alto en relación con la previsibilidad de la intensidad o el *cómo* de la intervención punitiva, en tanto que sólo prevé una posible consecuencia jurídica: privación de libertad —luego, 3. Mientras que en relación con el *cuánto*, esto es, el margen o extensión de la intervención, puede determinarse asimismo, relativamente con respecto a los otros modelos apuntados: si se asigna al modelo alemán un valor medio —ó 2— dado que, en caso de intervención, permite extender la misma de uno a diez años, entonces, el valor asignable al art. 138 del Código penal español sería alto —ó 3— dado que reduce tales márgenes a algo más de la mitad, de diez a quince años— resultando un marco de decisión de 5 años y 1 día. Mientras que, en este mismo sentido, al art. 389.3 de la *Criminal Code Act* de Tasmania cabría asignarle un valor bajo —ó 1, dado que amplía a más del doble los posibles márgenes de extensión de la intervención: «pena de hasta 21 años de privación de libertad» y prescinde de límites en relación con la pena de multa. En cuanto al *cómo* de estos dos últimos modelos: mientras que el primero, el § 213 del Código penal alemán, permite optar entre la imposición y la suspensión de la pena, el segundo el art. 389 de la *Criminal Code Act*, permite optar entre la imposición de una pena de prisión, la de multa o ambas cumulativamente, de forma que si asignamos a aquél un valor medio —ó 2, en relación con el citado precepto del Código penal español— en tanto que prevé en principio, dos posibles consecuencias jurídicas, a éste

14 Cfr. Art. 389.3, *Criminal Code Act* 1924. Al respecto, v. WARNER, Kate: *Sentencing in Tasmania*, 2ª ed., The Federation press, Sydney, 2002, pp. 122 y ss.; en particular, sobre los criterios jurisprudenciales, v. p. 123. Por lo demás, hablando de imprecisión cuantitativa y cualitativa, v. FERRERES COMELLA, Víctor: *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, cit. n. 10, p. 96.

15 Cuyo límite inferior puede reducirse nuevamente hasta los 3 meses por la vía del § 49.1, cfr. HORN, Eckhard: § 213, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit. n. 5, marg. 14.

16 Al respecto SCHALL, Hero: § 56, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7/8ª ed., 121 Lieferung, Luchterhand, Neuwied-Berlin, 2010, margs. 38 y ss. Por lo demás, v. HORN, Eckhard: § 213, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit. n. 5, margs. 14 y ss.

último —art. 389 *Criminal Code Act*— debiéramos asignarle nuevamente un valor bajo —ó 1, dado que añade a las anteriores— pena de prisión, multa o ambas— la posibilidad de suspensión¹⁷. Con otras palabras:

	138 CP	§ 213 StGB	389.3 <i>Criminal Code Act</i>
Cómo	3	2	1
Cuánto	3	2	1
Eficiencia	6	4	2

de forma que el grado de eficiencia de los distintos modelos reflejaría respectivamente, el margen de optimización —relativo, esto es, en comparación con los demás modelos concurrentes— del principio de previsibilidad objetiva como primer subprincipio del mandato de determinación.

2. Determinación como optimización del principio de igualdad

En un siguiente momento, se recoge asimismo, el principio de igualdad, como la segunda del haz de razones que informan al mandato de determinación. Así, se señala, la problemática de aquellas regulaciones que adolecen de un grado excesivo de generalidad, comprendiendo en un supuesto de hecho constelaciones que quizá, pudieran y debieran diferenciarse, de modo que siembran «la duda acerca de si el legislador no ha tratado de forma igual conductas que merecerían un trato diferente, lo que podría suponer, en algunos casos, una quiebra del principio de igualdad *en la ley*»¹⁸. Ello se concreta, en un segundo momento, en un riesgo de que en tales casos, «sean finalmente los tribunales los que, conforme a sus propios criterios, marquen las diferencias de tratamiento dentro de la regulación general», de forma que tales criterios varíen de «un tribunal a otro... [llegando a] producirse... finalmente una quiebra del principio de igualdad en la aplicación de la ley y de la seguridad jurídica en sentido objetivo»¹⁹.

Tales preocupaciones se concretan, en relación con la consecuencia jurídica, primeramente, porque también ésta informa —en la interpretación, mediante ra-

zones de proporcionalidad— el contenido de lo injusto tipificado en el supuesto de hecho²⁰. De esta forma, el artículo 147 del Código penal español no recoge sin más un supuesto de lesiones, ni siquiera de lesiones que requieran «objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico», sino también, de lesiones merecedoras de una pena de seis meses a tres años de privación de libertad, por poner un ejemplo. Luego, a medida que se amplía el marco penal —en lugar de diferenciar y establecer ulteriores supuestos de hecho— se difumina correspondientemente lo injusto típico, favoreciendo la quiebra del principio de igualdad en la aplicación de la ley y de la seguridad jurídica en sentido objetivo: ¿lesiones del bien jurídico vida merecedoras de una pena «de uno hasta diez años de privación de libertad»? por poner el ejemplo del § 213 del Código penal alemán, donde se recogen supuestos de hecho que oscilan entre uno y diez años —de privación de libertad— en términos de desvalor. Pero en particular, aquí, se trata de que la amplitud del marco penal determina en un siguiente momento, correspondientemente, los posibles márgenes de discriminación en su concreción.

En este último sentido, vemos que mientras que los supuestos de hecho subsumibles en el artículo 138 del Código penal español —delito de homicidio— pueden ser castigados con una pena privativa de libertad de 10 a 15 años, siendo éste el margen —5 años— que resta al operador jurídico para discriminar entre lo desigual, pero también entre lo igual —con los correspondientes riesgos y costes para este segundo principio— dentro de las distintas constelaciones y contenidos de desvalor comprendidos en el citado precepto; los supuestos de hecho subsumibles en el tenor literal del § 213 del Código penal alemán, pudieran ser castigados con penas aún más diversas, por poner un ejemplo: 10, 5 ó 1 año de privación de libertad o incluso, que se reduzca el límite inferior según lo previsto en el § 49.1 o se suspenda finalmente su ejecución en estos últimos supuestos. También aquí, la amplitud de la consecuencia jurídica suscita «la duda acerca de si el legislador no ha tratado de forma igual conductas que merecerían... [un tratamiento punitivo diferenciado]»²¹. Y tales

17 Cfr., en relación con la suspensión, WARNER, Kate: Sentencing in Tasmania, cit. n. 14, pp. 227 y ss.

18 NAVARRO FRIAS, Irene: Mandato de determinación y tipicidad penal, cit. n. 8, pp. 42 y s. Recoge esta idea, también FERRERES COMELLA, Víctor: El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia, cit. n. 10, p. 60 y s.

19 NAVARRO FRIAS, Irene: Mandato de determinación y tipicidad penal, cit. n. 8, p. 43.

20 SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: Política criminal y técnica legislativa. Prolegómenos a una dogmática de *lege ferenda*, Comares, Granada, 2007, pp. 12 y ss.

21 NAVARRO FRIAS, Irene: Mandato de determinación y tipicidad penal, cit. n. 8, pp. 42 y s.

márgenes se acentúan en mayor medida, en relación con el delito de violación subsumible en el art. 185 del Código penal tasmano, punible de conformidad con la cláusula general expuesta, con «pena de hasta 21 años de privación de libertad, multa o ambas penas»²². Se trata de que la generalidad en la definición de la ley —y en particular, en la definición de las consecuencias jurídicas— acentúa los márgenes de discriminación en su aplicación, de forma que puede decidirse —en mayor medida— igual lo desigual o viceversa, «conforme a los criterios subjetivos del juez acerca del merecimiento y la necesidad de pena del caso concreto»²³.

Ciertamente, aquí, tropezamos no sólo con un problema de determinación de la consecuencia jurídica, también de destipificación, en tanto que la mayor imprecisión de la consecuencia jurídica suele explicarse en una mayor generalidad del supuesto de hecho²⁴. Frente a ello, un modelo que discrimine —por poner un ejemplo— en la tipificación de las lesiones, en función del resultado —tratamiento médico o quirúrgico, primera asistencia facultativa, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica— o del modo de agresión —ensañamiento, alevosía, uso de armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas— favorece ulteriores discriminaciones en la concreción de la consecuencia jurídica, tal y como se advierte en los artículos 147 y siguientes de nuestro Código penal²⁵. Pero en relación con esta otra categoría de la teoría jurídica del delito puedo remitirme a lo manifestado en otro lugar²⁶.

Luego, si aplicamos de nuevo aquí, la escala triádica —1, 2, 3— atendiendo al orden decreciente de maximización de este segundo principio en relación con los tres anteriores preceptos, lo antes argumentado pudiera expresarse, ilustrativamente, en los siguientes términos

—entendiendo por eficiencia los correspondientes márgenes de optimización:

	138 CP	§ 213 StGB	185 <i>Criminal Code Act</i>
Eficiencia	3	2	1

Se trata, ahora, de que a medida que se amplía la extensión del marco penal, se favorece la discriminación entre las distintas constelaciones comprendidas en el supuesto de hecho, luego, también entre las esencialmente iguales, lo que supone costes o —en otros términos— una menor optimización en sede de ley del principio de igualdad como la segunda del haz de razones que informan al mandato de determinación. Sobre los márgenes de optimización de este principio en el discurso de aplicación, resultan ilustrativas las palabras de Jürgen HABERMAS sobre la racionalidad de las ponderaciones en Derecho, en particular, que éstas se realizan «bien arbitrariamente o de forma irreflexiva según standards y escalas al uso... , pues faltan criterios racionales para ello»²⁷. En relación con la doctrina jurisprudencial, en otro lugar he recogido ilustrativos ejemplos al respecto²⁸, pero aquí, la amplitud de los márgenes de decisión nos lleva al problema de los márgenes de legitimidad democrática de tales pronunciamientos.

3. Determinación como optimización de legitimación democrática

Así, en este otro sentido, señala NAVARRO FRÍAS la significación política —en general— del principio de legalidad, y en concreto su comprensión, también, como «expresión del deseo de definición democrática de los delitos» y de las penas²⁹. Se entiende así, sob-

22 En concreto, establece el citado artículo: «Any person who has sexual intercourse with another person without that person's consent is guilty of a crime.

Charge: Rape». Por lo demás, al respecto BLACKWOOD, John/WARNER, Kate: *Tasmanian Criminal Law. Text and cases*, vol. II, University of Tasmania Law Press, Hobart, 2006, pp. 654 y ss.

23 NAVARRO FRÍAS, Irene: Mandato de determinación y tipicidad penal, cit. n. 8, p. 43.

24 Sobre ello NAVARRO FRÍAS, Irene: «Nuevas técnicas de destipificación en el Derecho penal moderno: el caso alemán de los ejemplares-regla», *Revista penal*, 2007/19, pp. 106 y ss.

25 Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal. Parte especial*, 17ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2009, pp. 97 y ss.

26 SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: *Política criminal y técnica legislativa*, cit. n. 20, pp. 12 y ss.

27 En ALEXY, Robert: «Die Gewichtsformel», cit. n. 13, p. 773.

28 SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, Comares, Granada, 2009.

29 NAVARRO FRÍAS, Irene: Mandato de determinación y tipicidad penal, cit. n. 8, p. 36. Apunta esta idea, también ASHWORTH, Andrew: *Principles of criminal law*, cit. n. 12, p. 57: «the enterprise of codifying English criminal law was seen partly as an exercise in constitutional propriety, subjecting the contours of the criminal law to the democratic process of Parliament, rather than leaving them largely to the common law and the judges». En nuestra doctrina, entre otros, MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal. Parte general*, cit. n. 10, pp. 105 y s. margs. 7 y ss.: «el principio de legalidad no es sólo... una exigencia de seguridad jurídica... , sino además la garantía política de que el ciudadano

re la base del contrato social, que «sólo el legislador, como representante de los ciudadanos, está legitimado para intervenir en la libertad de» aquéllos, de forma que tales intervenciones deben concretarse en «leyes lo suficientemente precisas que eviten... que sean los poderes ejecutivo o judicial los que decidan acerca de aquellos extremos... el principio de legalidad operaría así, en última instancia, como una garantía de libertad de los ciudadanos —que decidirían sobre las restricciones a su propia libertad— derivada del principio de división de poderes»³⁰. Esta idea, como las anteriores, se entiende aquí como principio, esto es, como mandato de optimización, de modo que la aserción: «sólo el legislador, como representante de los ciudadanos, está legitimado para intervenir en la libertad de los ciudadanos», contiene no una regla —de realización en términos absolutos: se cumple o no— sino una idea a optimizar en función de las circunstancias y restantes principios concurrentes³¹; y en este sentido, se advierten dos aspectos diferenciables.

Por una parte, la legitimidad democrática de la concreta norma legal, dónde en principio cabría equiparar los distintos preceptos expuestos en tanto que pronunciamientos de los órganos legislativos correspondientes. Luego, desde esta primera óptica, no se aprecian particulares divergencias entre el artículo 138 del Código penal español, el § 213 del Código penal alemán o la cláusula general prevista en el citado artículo del artículo 389.3 *Criminal Code Act* de Tasmania, entre otros de los ejemplos propuestos. Y por otra parte, la legitimidad democrática de la concreta incidencia en la esfera jurídica del ciudadano y con ello, la legitimidad democrática del concreto pronunciamiento jurisprudencial. Pues, en relación con esta segunda, cabe establecer una correlación entre la distribución de los márgenes de decisión de los poderes legislativo/judicial y los márgenes

de optimización de este otro subprincipio del mandato de determinación; con otras palabras: a medida que aumentan —mediante la concreta norma jurídica: ya sea el art. 138 Código penal español, § 213 *StGB* o el art. 185 *Criminal Code Act*, entre otros ejemplos— los márgenes de discrecionalidad del operador jurídico en detrimento del poder legislativo, esto es, a medida que éste renuncia a diferenciar y decidir encomendándose al arbitrio de aquél —del concreto operador jurídico, en menor medida se reconducen los pronunciamientos del mismo —del concreto operador— a los representantes directos de los ciudadanos, reduciéndose así, correlativamente, los márgenes de optimización de esta tercera exigencia del mandato de determinación³².

Luego, desde la perspectiva de este otro principio, la optimización del mandato de determinación —en palabras de NAVARRO FRÍAS, mediante la idea de que «sólo el legislador, como representante de los ciudadanos, está legitimado para intervenir en la libertad de los ciudadanos»— resulta de la concreta distribución de los márgenes de decisión entre el operador jurídico y el legislador, siendo el grado de optimización tanto menor cuanto más espacio de decisión cede este último —el legislador, en tanto que órgano de representación directa de los ciudadanos— a aquel otro actor, el concreto órgano decisor. De este modo, también, cabe establecer una relación de correspondencia entre el grado de realización de este principio con el grado de determinación de la concreta consecuencia jurídica, maximizándose a medida que aumenta el grado de concreción de ésta —mediante una mayor decisión y diferenciación por parte del poder legislativo— y decrecen correlativamente los márgenes de decisión que se ceden al discurso de aplicación. De esta forma también cabría extrapolar aquí, siguiendo con el anterior ejemplo, el cuadro avanzado

no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo»; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: El principio de legalidad penal, cit. n. 10, pp. 28 y ss.

30 NAVARRO FRÍAS, Irene: Mandato de determinación y tipicidad penal, cit. n. 8, p. 37.

31 Cfr. ALEXY, Robert: «Die Gewichtsformel», cit. n. 13, pp. 771 y s.: «[sie sind] dadurch charakterisiert, daß sie in unterschiedlichen Grade erfüllt werden können und daß das gebotene Maß ihrer Erfüllung nicht nur von den tatsächlichen, sondern auch von den rechtlichen Möglichkeiten abhängt».

32 NAVARRO FRÍAS, Irene: Mandato de determinación y tipicidad penal, cit. n. 8, p. 38: «el principio democrático y [enlazando con el mismo] de separación de poderes exige leyes precisas que vinculen efectivamente a los jueces y tribunales y que eviten delegaciones subrepticias en las tomas de decisión». En este último sentido, ilustrativo también ASHWORTH, Andrew: Principles of criminal law, 2ª ed., Clarendon, Oxford, 1995, p. 257: «the life sentence involves a transfer of function: normally it is the judge who determines the sentences..., whereas a life sentence entrusts that function to the Home Secretary and his advisers, having first ascertained the opinions of the Lord Chief Justice and the trial judge... The result of this is that decisions to release murderers —some after only a few years, others after extremely long periods or not at all— are taken by members of the executive, in private, without representations on behalf of the prisoner, without the need to give reasons, without the possibility of appeal, and sometimes on blatantly political grounds»; sobre el modelo actual, a partir de la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Stafford v. United Kingdom*, v. EL MISMO: Principles of criminal law, cit. n. 12, pp. 252 y ss.

en relación con el grado de realización del subprincipio precedente, esto es:

	138 CP	§ 213 StGB	185 <i>Criminal Code Act</i>
	3	2	1

siguiendo el orden decreciente de determinación.

4. Determinación como previsibilidad subjetiva

Finalmente, la autora da cuenta de aquellas comprensiones que identifican el «fundamento del principio de legalidad penal —y, con ello, del mandato de determinación— con la idea de previsibilidad para el particular de la pena vinculada a la conducta delictiva»³³. Se trata de la idea de seguridad jurídica orientada ahora, «hacia los ciudadanos, a quienes se... [pretende] informar directa y concretamente a través de la ley», de forma que les sea «posible programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente»³⁴. En relación con la pena, la idea de previsibilidad para el particular se concreta mediante su remisión —en lugar de a la conducta prohibida, a su consecuencia jurídica, esto es— a la intervención punitiva en la esfera jurídica del ciudadano. La autora da cuenta también, aquí, de las limitaciones de este planteamiento: «la posibilidad misma de conocimiento de la ley por parte del ciudadano concreto y de que éste se vea motivado y determinado directamente por las leyes ha sido cuestionada. Pues el conocimiento de la ley por

parte de los ciudadanos se obtiene más bien de forma indirecta»³⁵, apuntando en cualquier caso, que con ello tampoco «podrían obtener... una adecuada orientación para sus conductas futuras: las más de las veces no sabrían moverse en el complejo entramado que es hoy en día el Derecho penal»³⁶. No se trata, con ello, de excluir esta razón como fundamento del mandato de determinación, sino tan sólo como razón prioritaria o excluyente del mismo, en definitiva, «que la previsibilidad subjetiva sea el fundamento único o prioritario del principio de legalidad»³⁷.

Esta última perspectiva empuja nuevamente, a diferenciar entre la intensidad y la extensión de la intervención punitiva, tal y como se avanzó entonces, en relación con la primera formulación del principio de previsibilidad (II.1). Así, con respecto a la *intensidad* no se aprecian —en principio— sustanciales diferencias en relación con los modelos expuestos, dada la naturaleza de la consecuencia jurídica: «pena de prisión de diez a quince años», «pena... de uno hasta diez años de privación de libertad», «pena de hasta 21 años de privación de libertad, multa o ambas penas». Pues se trata de conceptos comúnmente aceptados —«prisión», «multa»³⁸— o/y que explicitan el contenido de la consecuencia jurídica —«pena... de privación de libertad»— de forma que permiten al particular prever las consecuencias de su imposición. Ciertamente, la extensión de los marcos puede afectar a esta otra noción de previsibilidad mediante institutos procedimentales como la suspensión o la sustitución³⁹. También su previsión como penas alternativas: «hasta 21 años de

33 NAVARRO FRIAS, Irene: Mandato de determinación y tipicidad penal, cit. n. 8, p. 26. Apuntan esta idea MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes: Derecho penal. Parte general, cit. n. 10, p. 100: «se trata... de que los ciudadanos conozcan en todo momento cuáles serán las consecuencias de su conducta y el modo en que dichas consecuencias les van a ser aplicadas»; con character general, en relación con el principio de legalidad («*the rule of law*»), igualmente ASHWORTH, Andrew: Principles of criminal law, cit. n. 12, p. 68: «it expresses an incontrovertible minimum of respect for the principle of autonomy: citizens must be informed of the law before it can be fair to convict them of an offence»; asimismo, en relación con «the principle of maximum certainty», p. 76: «respect for the citizen as a rational, autonomous individual and as a person with social and political duties, requires fair warning of the criminal law's provisions and no undue difficulty in ascertaining them».

34 NAVARRO FRIAS, Irene: Mandato de determinación y tipicidad penal, cit. n. 8, p. 26, apuntando igualmente, la relación con «el principio de información al ciudadano» de las ideas de prevención general o el principio de culpabilidad, pp. 27. En este sentido, ilustrativa, la sect 3 de la sentencing act 1997 (Nº 59 of 1997) de Tasmania, asume como objetivo «to promote public understanding of sentencing practices and procedures».

35 NAVARRO FRIAS, Irene: Mandato de determinación y tipicidad penal, cit. n. 8, p. 27.

36 NAVARRO FRIAS, Irene: Mandato de determinación y tipicidad penal, cit. n. 8, p. 28.

37 NAVARRO FRIAS, Irene: Mandato de determinación y tipicidad penal, cit. n. 8, pp. 29, 35 y s., con ulteriores referencias.

38 Y asumidos en el discurso público, cfr.: <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/08/02/espana/1280734166.html>; http://www.elpais.com/articulo/espana/socialistas/proponen/carcel/obligatoria/cargos/corruptos/elpepuesp/20100310elpepinac_2/Tes; por poner dos ejemplos.

39 Cfr. GRACIA MARTÍN, LUIS/ALASTUEY DOBÓN, Carmen: «Suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad», en Luis Gracia Martín (coord.): Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 289 y ss., 299 y ss., 327 y ss.

privación de libertad, multa o ambas penas», por poner nuevamente el ejemplo del 389.3 de la *Criminal Code Act*⁴⁰. Pero ello no se deriva ya del modelo de consecuencia jurídica adoptado, pena de prisión o multa, como de su *extensión o forma de introducción* —como pena única, alternativa o cumulativa⁴¹— sobre lo que volveremos a continuación.

Frente a estos primeros modelos y en definitiva, frente al recurso a las consecuencias jurídicas más clásicas, se encuentran otros que asumen mayores costes en claridad ya sea, entre otras razones, por su complejidad técnica —«disolución de la persona jurídica» o «intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario», entre otros ejemplos, según la nueva definición de los arts. 33.7 b) y g) del Código penal español, respectivamente— o por un aparente esfuerzo de facilitar su adecuación a las particularidades del caso concreto, según parece inferirse de los términos del art. 39.b) de este último texto: «inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades determinadas en este Código, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, derecho de sufragio pasivo o de *cualquier otro derecho*»⁴². Por el contrario, la mayor indeterminación de los marcos penales sí se concreta directamente, desde esta perspectiva, en una mayor dificultad para el ciudadano de prever la extensión de la intervención.

Así, mientras que en relación con el art. 138 del Código penal español, cabe prever una intervención no superior a 15 años, sirviendo igualmente el límite inferior —10 años— como cifra orientativa sin perjuicio de los correspondientes beneficios penitenciarios. En relación con el § 213 del Código penal alemán, la intensidad de la intervención puede ir desde un marco inferior de 1 año, con las posibilidades ya señaladas de reducción y suspensión de la pena, hasta los 10 años de privación de libertad. Mientras que en relación con el art. 185 *Criminal Code Act* de Tasmania éste se remite a la cita-

da cláusula general, esto es: «pena de hasta 21 años de privación de libertad, multa o ambas penas... [en función de] las circunstancias de cada caso concreto». Luego, si se entiende que los márgenes de previsibilidad subjetiva se compensan en relación con la intensidad de la intervención que se prevé en estos tres preceptos —«prisión», «multa», «privación de libertad»— dado el escaso grado de complejidad y la divulgación de las consecuencias jurídicas recogidas en los mismos; en relación con la extensión de éstas cabría extender aquí el cuadro anteriormente apuntado, esto es:

	138 CP	§ 213 StGB	185 <i>Criminal Code Act</i>
	3	2	1

dado que a medida que se amplía el marco o el catálogo de posibles consecuencias jurídicas, se reduce correspondientemente —en sede de ley— la posibilidad, por parte del ciudadano, de prever *ex ante* la intensidad de la intervención punitiva en su esfera jurídica: ¿21 años de privación de libertad?, ¿multa?, ¿seis meses de privación de libertad? o ¿7 años y 9 meses de privación de libertad y multa?, por poner cuatro ejemplos en relación con el artículo 185 del *Criminal Code Act* de Tasmania.

III. Supuestos de conflicto: sobre la ponderación de estos subprincipios

Esta comprensión del mandato de determinación no esconde la posibilidad de fricción entre las distintas razones apuntadas. Así, cabe convenir en que «un lenguaje jurídico capaz de informar y orientar a los ciudadanos no será en todos los casos apto para vincular efectivamente a los poderes públicos»⁴³. Ello se advierte, por ejemplo, en relación con la reciente LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, donde la extensión de la responsabilidad jurídico-penal a las personas jurídicas se concreta,

40 Al respecto v. WARNER, Kate: Sentencing in Tasmania, cit. n. 14, pp. 129 y ss.

41 Al respecto GRACIA MARTÍN, LUIS: «El sistema de penas», en Luis Gracia Martín (coord.): Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 86 y s.

42 Críticamente, al respecto BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel: «Penas privativas de derechos», en Luis Gracia Martín (coord.): Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 137 y s.

43 NAVARRO FRIAS, Irene: Mandato de determinación y tipicidad penal, cit. n. 8, p. 21; en relación con los destinatarios, igualmente en p. 19: «el principio de taxatividad exige... leyes determinadas que, por un lado, vinculen efectivamente a los poderes públicos que intervienen en la fijación y exigencia de la responsabilidad...; y por otro lado, que orienten a los ciudadanos sobre las consecuencias jurídico-penales de sus conductas»; concluyendo, en p. 22: «la posible oposición de los fines que persigue el principio de legalidad nos lleva entonces a concluir que no basta con enumerar las exigencias que derivan del mandato de determinación, sino que hay que decidir si unas priman sobre otras».

entre otros aspectos, en la introducción en el sistema de penas de consecuencias jurídicas de significativa complejidad, mediante el nuevo número 7 del artículo 33 de nuestro Código: «disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita», «inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años» o «intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años». Se trata de consecuencias jurídicas que, dado su significativo nivel de complejidad técnico-jurídica, dificultan la comprensión por parte del ciudadano —gravando, por tanto, al principio de previsibilidad subjetiva, en tanto que se dificulta correlativamente la posibilidad de prever la intensidad y extensión de tal intervención. Al respecto, mantiene NAVARRO FRÍAS que «en caso de conflicto entre la claridad y la precisión debe optarse... por la precisión, aunque suponga un coste para la comprensibilidad de la ley por parte de los ciudadanos»⁴⁴. Sin embargo, las razones que esgrime para sustentar tal ponderación —que grava la claridad, ante razones de precisión— no se refieren al peso normativo de las distintas razones en conflicto. Simplemente, apunta: «en primer lugar, porque los ciudadanos no se acercan a las leyes, sino que su contacto con las mismas es generalmente indirecto; en segundo lugar, porque aunque se acercaran a las mismas, tratar de conseguir que los ciudadanos se informaran *directamente* de las leyes acerca de lo que está prohibido o permitido es un objetivo irrealizable; tercero, y en conexión con lo anterior, la propia complejidad de la materia penal impide su traducción a términos entendibles por

todos; y cuarto, la confianza de los ciudadanos que está detrás de este fundamento debe entenderse en un sentido objetivado, es decir, en el sentido de la confianza de los ciudadanos en una determinada forma de funcionamiento del Estado»⁴⁵.

Frente a esta forma de argumentación, parece que si se trata de justificar la prevalencia de unas razones —previsibilidad intersubjetiva, principio de igualdad y principio democrático, en tanto que razones subyacentes a la precisión— sobre otras —previsibilidad subjetiva, en tanto que razón subyacente a la claridad⁴⁶— en el marco del discurso jurídico, entonces deberá atenderse primeramente al peso normativo que ostentan unas y otras en ese concreto ámbito, pues se trata del marco —el discurso jurídico— donde acontece y se informa tal ponderación; sin perjuicio de atender en un segundo o tercer momento, a otros posibles factores como la base empírica o los posibles márgenes de afectación o realización⁴⁷ del «principio democrático» o del principio de previsibilidad subjetiva, por citar a modo de ejemplo, dos de las distintas razones en conflicto.

En este segundo sentido, si se conviene que tanto el principio de previsibilidad subjetiva como objetiva —o en relación con este último y con otras palabras, «los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos»— se encuentran consagrados en el art. 9.3 de la Constitución española⁴⁸, y se les asigna a ambos en una escala triádica, por ejemplo: alto, medio, bajo, —o en términos numéricos: 1, 2, 3— un valor medio equivalente —ó 2— que permita su compensación, nos iría quedando el siguiente cuadro:

	claridad	certeza
razones	2	2
a favor		

44 NAVARRO FRÍAS, Irene: Mandato de determinación y tipicidad penal, cit. n. 8, p. 53.

45 NAVARRO FRÍAS, Irene: Mandato de determinación y tipicidad penal, cit. n. 8, pp. 53 y s.; por lo demás, en relación con las ideas de precisión y concreción, igualmente v. p. 56., así como las posibles aproximaciones entre los mismos, p. 60, con ulteriores referencias.

46 NAVARRO FRÍAS, Irene: Mandato de determinación y tipicidad penal, cit. n. 8, p. 53: «tras la exigencia de claridad se encuentra la seguridad jurídica en sentido subjetivo como fundamento del principio de legalidad, es decir, la idea de previsibilidad subjetiva por parte del ciudadano de las posibles reacciones jurídico-penales (su interés de previsión); mientras que, por su parte, con la precisión se busca más bien vincular de forma efectiva a los poderes del Estado a la ley, lo que sirve finalmente a la seguridad jurídica en sentido objetivo... [y con ello, al principio de igualdad, así como] también a garantizar que sea el propio legislador el que tome las decisiones básicas en materia penal (principios democrático y de separación de poderes)».

47 En este sentido, v. ALEXY, Robert: «Die Gewichtsformel», cit. n. 13, pp. 778 y ss.

48 Expresamente, al respecto STC 46/2003, de 10 febrero, fundamento jurídico segundo, aludiendo igualmente al principio de igualdad. Por lo demás, sobre la comprensión del mandato de determinación en la doctrina del TC, igualmente v. GARCÍA RIVAS, Nicolás: El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, *passim*; más recientemente, DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: El principio de legalidad penal, cit. n. 10, pp. 109 y ss.

Asimismo, si se adscribe al principio de igualdad un valor relativo alto —en relación con los principios anteriores, que subyacen a la idea de previsibilidad— dada su particular posición en nuestro marco constitucional⁴⁹, podríamos ya con ello, justificar normativamente la prelación propuesta por NAVARRO FRÍAS:

	claridad	certeza
razones	2	2
a favor		3

(+ 2) (+ 5); de modo que ya el peso normativo de dos de las razones —previsibilidad objetiva e igualdad— que hablan a favor de la certeza permite justificar en los supuestos de conflicto, —en un primer momento, y sin perjuicio de ulteriores matices— la prevalencia de ésta frente a la claridad, lo cual se expresa metafóricamente en el cuadro expuesto, mediante el mayor valor numérico asignado a las mismas.

Con ello, no sería preciso abordar la determinación del peso normativo del principio democrático en el marco del discurso jurídico así como la significación de su reconocimiento en el artículo primero de nuestra Ley fundamental⁵⁰ —en su número primero «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho...», así como en su número segundo: «la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado»— y en particular, su correlación con los preceptos anteriormente citados, una vez confirmada —sobre los principios de igualdad y previsibilidad objetiva, frente al principio de previsibilidad subjetiva— la prevalencia de las razones que hablan a favor de la certeza —frente a aquellas otras que hablan a favor de la claridad. Ahora bien, con ello sólo es posible sugerir una prevalencia *prima facie*,

pues la ponderación de los principios exige en el caso concreto, atender además, a otros aspectos, en particular, al grado de realización o afectación de unos y otros, así como a la base empírica de las aserciones al respecto— esto es, al grado de afectación o realización de los principios concurrentes⁵¹. Pudiendo resultar, por ejemplo, que en un caso concreto quepa ceder más atención al principio de previsibilidad subjetiva a costa de una leve afectación de los principios anteriores. Se trata de que su estructura normativa, en cuanto mandatos de optimización, empuja perennemente a ello, a ver en qué medida la optimización de unos y otros en el caso concreto, genera mayor valor normativo en Derecho⁵². Sin embargo, tal conflicto —claridad *versus* certeza— no se plantea con preceptos como el art. 138 CP, § 213 StGB o el art. 185 *Criminal Code Act* de Tasmania, dada la naturaleza de las consecuencias jurídicas que se recogen en aquéllos.

IV. Dos matices

Las anteriores reflexiones se centran en la valoración de distintos preceptos —no de Ordenamiento jurídicos— desde el punto de vista del mandato de determinación, y en este sentido, pudiera ser que un modelo de regulación que merezca una valoración deficiente desde el punto de vista de aquel principio, merezca un juicio distinto desde el punto de vista de otro, y en particular, del principio de proporcionalidad⁵³. Ahora bien, si se entiende este segundo —en el plano de la técnica legislativa— como optimización de la relación de adecuación entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica⁵⁴, marcos penales tan amplios como los recogidos en los citados preceptos § 213 StGB o el art. 185 *Criminal Code Act*, no parece que merezcan tampoco, una valoración positiva en tal sentido,

49 Al respecto, entre otras, v. STC 154/2006, de 22 mayo, fundamento jurídico cuarto y siguientes; STC 155/1998, de 13 julio, fundamento jurídico primero y siguientes; STC 66/1989, de 17 abril, fundamento jurídico octavo; STC 109/1987, de 29 junio, fundamento jurídico cuarto.

50 Al respecto LUCAS VERDÚ, Pablo: «Artículo 1.º Estado social y democrático de Derecho», Oscar Alzaga Villaamil (dir.): Comentarios a la Constitución española de 1978, Cortes Generales/EDERSA, Madrid, 1996, pp. 98 y ss.

51 Cfr. ALEXY, Robert: «Die Gewichtsformel», cit. n. 13, pp. 778 y ss.

52 En un sentido próximo, ASHWORTH, Andrew: Principles of criminal law, cit. n. 12, p. 56.

53 Asimismo, señalando la relativización del mandato de determinación en función de la gravedad de la sanción, FERRERES COMELLA, Víctor: El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia, cit. n. 10, pp. 99 y ss., 117: «a mayor gravedad, mayores son las exigencias de precisión que se imponen al precepto que describe la conducta ilícita». Con carácter general BverfGE 20, 150 (159), cit. por ALEXY, Robert: Teoría de los derechos fundamentales (trad. castellana de Carlos Bernal Pulido), 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 138: «cuanto más afecte la intervención... expresiones elementales de la libertad de actuación humana, tanto más cuidadosamente tienen que ponderarse las razones presentadas para su justificación frente al derecho fundamental de libertad del ciudadano».

54 En este sentido, por ejemplo ASHWORTH, Andrew: Principles of criminal law, cit. n. 12, p. 19: «this requires that the severity of the punishment be in proportion to the seriousness of the offence»; en un sentido próximo, también v. p. 35.

dado que no perfilan tanto un marco adecuado a lo injusto típico, sino que recurren a marcos amplios en aras —parece— de favorecer la proporcionalidad no tanto en sede de ley, cuanto en la decisión⁵⁵. Luego, se favorecen decisiones proporcionadas⁵⁶ —o en otros términos: una mayor adecuación de la pena concreta a los concretos contenidos de injusto, con los costes de incerteza correspondientes— gravando a la ley con un importante margen de desproporción, en tanto que se permite castigar hechos subsumibles en un mismo supuesto de hecho —como, por ejemplo, en el caso del art. 185 *Criminal Code Act*— con una pena de multa, 1 mes o 21 años de prisión.

Finalmente, debe señalarse aquí el importante desarrollo de determinados aspectos de la teoría de la decisión jurídica —en particular, el «*Sentencing*»— en el ámbito del *common law*, que favorece en este otro plano —de la decisión— la optimización de algunas de las razones —en particular, de los principios de igualdad y previsibilidad objetiva— que informan al mandato de determinación⁵⁷. Las reservas surgen, sin embargo, de las carencias democráticas de este otro discurso de aplicación, su alto componente intuitivo⁵⁸, así como la acentuada significación en este ámbito de razones tan vacuas como las de prevención⁵⁹. En cualquier caso, en Derecho penal, parece, la observancia del mandato de determinación debiera sujetar primeramente al legislador⁶⁰.

55 Expresamente WARNER, Kate: *Sentencing in Tasmania*, cit. n. 14, p. 6: «The principal responsibility for sentencing decisions has been entrusted by the legislature to the judiciary... The main reason for this is the belief that good sentencing requires that the court's order be tailored to the circumstances of the particular offence and the characteristics of the offender. Justice requires the sensitive exercise of discretion in each case rather than a mechanical application of set rules». Con mayores matices, NAVARRO FRIAS, Irene: *Mandato de determinación y tipicidad penal*, cit. n. 8, pp. 94 y s.: «en relación a las definiciones proporcionadas de los valores justicia y seguridad jurídica, podemos concluir que no se puede hablar de una total oposición entre ambos. Más bien, sólo existe relación de oposición entre la seguridad jurídica y la justicia individualizadora; pero no entre la seguridad jurídica y la justicia generalizadora. La seguridad jurídica que supone la vinculación de los jueces y tribunales a las decisiones adoptadas previamente por el legislador favorece la consecución de la justicia generalizadora... [si bien] una ley precisa y concreta sí frustra las expectativas de justicia individual o justicia en el caso concreto»; subordinando, en cualquier caso, estas razones a las anteriores, p. 96: «dentro del Derecho penal debería relegarse a un momento en el que las decisiones básicas sobre el sí y el cuánto de la pena ya hubieran sido adoptadas por el legislador y transmitidas a los jueces mediante leyes lo suficientemente precisas y concretas».

56 Con los correspondientes costes democráticos.

57 Cfr. WARNER, Kate: *Sentencing in Tasmania*, cit. n. 14, *passim*, en particular, pp. 62 y ss.; con carácter general, también EDNEY, Richard/BAGARIC, Mirko: *Australian sentencing. Principles and practice*, Cambridge University Press, 2007.

58 Expresamente WARNER, Kate: *Sentencing in Tasmania*, cit. n. 14, p. 6: «The sentence is determined by the judge's instinctive or intuitive synthesis of all the various aspects of the sentencing process rather than by quantifying the weight to be given to various factors».

59 Subrayadas, sin embargo, por el legislador; así, se establece en la sect 3 de la *sentencing act 1997* (Nº 59 of 1997): «The purpose of this Act is to – (b) promote the protection of the community as a primary consideration in sentencing offenders... (e) help prevent crime and promote respect for the law by allowing courts to – (i) impose sentences aimed at deterring offenders and other persons from committing offences». Al respecto WARNER, Kate: *Sentencing in Tasmania*, cit. n. 14, pp. 63 y ss., reconociendo en cualquier caso, en p. 68: «whether the imposition of sentences in fact has the effect of deterring others is uncertain»; con carácter general, también ASHWORTH, Andrew: *Principles of criminal law*, 2ª ed., Clarendon, Oxford, 1995, p. 19. Sobre esta forma de argumentos, SÁNCHEZ LAZARO, Fernando: *Guanarreme: Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, cit. n. 28, pp. 166 y ss., 182 y ss. Por lo demás, sobre el «principle of parsimony», comprensivo entre otros, del «principle of imprisonment as a last resort», WARNER, Kate: *Sentencing in Tasmania*, cit. n. 14, pp. 75 y s.; sobre el principio de proporcionalidad, pp. 76 y ss., apuntando al respecto, en p. 78: «There have been statutory inroads on the principle of proportionality in the case of sex offenders and violent offenders. Indeterminate sentences for dangerous offenders provide a statutory exception to the common law principle of proportionality»; sobre el significado de la premeditación, el grado de participación o el abuso de confianza («*breach of trust*»), v. pp. 83 y ss.; sobre el significado de la producción de resultados lesivos al agresor, «*loss of employment and social status*» e incluso la consideración del «social punishment» como razones de atenuación, v. pp. 114 y s.

60 En este sentido, también ASHWORTH, Andrew: *Principles of criminal law*, cit. n. 12, pp. 57, 69 y s.: «the criminal law embodies the height of social condemnation, and its extent should be determined in advance by accountable democratic processes rather than *ex post facto* by judicial pronouncement».