

## CONSTITUCIÓN Y SANCIÓN PENAL<sup>1</sup>

## CONSTITUCIÓN Y CRIMINAL SANCTION

Demetrio Crespo<sup>2</sup>

### RESUMEN

El artículo versa sobre la influencia de la Constitución sobre el Derecho Penal y, más particularmente, sobre las condiciones que de aquélla resultan para la legitimación de la sanción penal.

Palabras-clave: Constitución. Derechos Fundamentales. Derecho Penal. Sanción Penal. Principio de Legalidad. Principio de Proporcionalidad. Principio de Culpabilidad. Principio de Resocialización.

### ABSTRACT

The article focuses on the influence of the Constitution on Criminal Law and, more particularly, on the conditions of the former in order to legitimate criminal sanction.

Keywords: Constitution. Fundamental Rights. Criminal Law. Criminal Punishment. Principle of Legality. Principle of Proportionality. Principle of Guilt. Principle of Rehabilitation.

---

<sup>1</sup> Dedicado a mis queridos colegas, Prof. Dr. Fernando Velásquez y Prof. Dr. Dr. h. c. Diego M. Luzón Peña, con mi agradecimiento por sus respectivas invitaciones para participar en el *VII Congreso Internacional de Derecho Penal. Derecho penal y Constitución* (Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 02-03/10/2012) y en el *XVI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal* (Universidad de Alcalá de Henares, 06-07/06/2013).

<sup>2</sup> Doctor en Derecho penal de la Universidad de Salamanca. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha. *E-mail*: eduardo.demetrio@uclm.es

*“Para que cada pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano privado, debe ser esencialmente pública, rápida, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias dadas, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes”*

(Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, 1764)

## 1 CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL

### 1.1 HACIA UNA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL PENAL: LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS NORMAS PENALES

#### 1.1.1 El “Programa Penal de la Constitución”: Algo Más que una Vieja Aspiración

El tema de la relación entre la Constitución y el Derecho penal tiene una importancia capital, basada en que seguramente el Derecho penal es la rama del ordenamiento jurídico más estrechamente ligada con la Constitución, puesto que su función consiste justamente en la tutela de valores e intereses con relevancia constitucional<sup>3</sup>. Se trata de un ámbito al que ha dedicado especial atención la doctrina italiana<sup>4</sup> como consecuencia de la patente herencia de Franco Bricola (al respecto, Donini<sup>5</sup>), pero en cualquier caso insuficientemente estudiado hasta el momento<sup>6</sup>.

Klaus Tiedemann<sup>7</sup> ya advertía que desde la época de Weimar los manuales y comentarios de Derecho penal se limitan a mencionar los preceptos de los textos constitucionales que hacen referencia a las relaciones entre el Derecho Penal y la Constitución, olvidándose de la cuestión más amplia de en qué medida el Derecho

---

<sup>3</sup> CARBONELL MATEU, J. C. **Derecho penal**: concepto y principios constitucionales. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 83.

<sup>4</sup> PALAZZO, F. Estado constitucional de derecho y derecho penal. **Revista Penal**, Barcelona, n. 2, 1998. p. 49 y ss.

<sup>5</sup> DONINI, M. La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico. In: ARROYO ZAPATERO, L.; NEUMANN, U.; NIETO MARTÍN, A. (Coord.). **Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo**. Cuenca: UCLM, 2003. p. 69-97

<sup>6</sup> Vid., últimamente, Díez Picazo; Nieto Martín (Dir.), 2010; Mir; Queralt (Dir), 2010; Mir; Corcoy (Dir.) 2012a, Mir; Corcoy (Dir.) 2012b.

<sup>7</sup> TIEDEMANN, K. Constitución y derecho penal. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. 11, n. 33, 1991. p. 147.

Constitucional influye sobre el Ordenamiento penal<sup>8</sup>. Efectivamente, la búsqueda de una nueva fisonomía constitucional del Derecho Penal debe ser concebida hoy como una tarea incesante y abierta, desde el convencimiento de que “todo jurista debe comenzar la reflexión sobre su parcela partiendo de la Constitución”<sup>9</sup>.

Las constituciones modernas se erigen tras la Segunda Guerra Mundial en el fundamento de todo el ordenamiento jurídico, que tiene que ser interpretado y aplicado de conformidad con las mismas.<sup>10</sup> Para evitar una lectura fraccionada del texto constitucional, los principios generales que consagra y su espíritu han de servir para configurar lo que Arroyo Zapatero<sup>11</sup> denominó “programa penal de la Constitución”. Este último es concebido como marco en el que tendría que inspirarse tanto la labor del legislador – que deberá ser coherente con los valores e intereses de naturaleza constitucional que dotan de cohesión al ordenamiento jurídico<sup>12</sup> – como la de los Jueces a la hora de interpretar y aplicar las leyes.

Esta “vieja” aspiración sigue siendo actual y es a mi juicio no sólo reivindicable, sino necesaria, en el contexto actual de ausencia del mínimo de racionalidad legislativa al que el estado constitucional debe aspirar de manera permanente.<sup>13</sup> Esto no implica en modo alguno partir de una visión estática de la sociedad y menos aún “ignorar la complejidad y mutabilidad de las actuales sociedades”, propugnar un “modelo rígido de sociedad” o “sometido al arbitrio de las interpretaciones judiciales”, en el sentido expuesto por José Luis Díez Ripollés<sup>14</sup> en su (probablemente injusta) crítica a las tesis constitucionalistas en general.

Normativamente este “Derecho penal constitucional” estaría integrado por: a) determinados principios constitucionales de relevancia penal como la libertad, igualdad, pluralismo y justicia (art. 1 CE), así como racionalidad, proporcionalidad y promoción de la libertad y la igualdad (art. 9 CE); b) preceptos constitucionales sobre mandatos,

---

<sup>8</sup> Vid, no obstante, Lagodny (1996), Stächelin (1998), Appel (1998).

<sup>9</sup> QUINTERO OLIVARES, G. **La Justicia penal en España**. Pamplona: Aranzadi, 1998. p. 41; lb. 1976, *passim*.

<sup>10</sup> BARBERO SANTOS, M. Estado constitucional de derecho y sistema penal. **Direito e Cidadania**, Cabo Verde, v. 4, n. 10-11, 2000. p. 14.

<sup>11</sup> ARROYO ZAPATERO, L. Prohibición de aborto y constitución. **RFDUCM**, Castilla-La Mancha, n. extra 3, p. 195-222, 1980. (Exemplar dedicado a: La reforma del Derecho Penal). p. 97 y ss.

<sup>12</sup> TERRADILLOS BASOCO, J. Constitución y ley penal: la imposible convergencia. In: BARBERO SANTOS, M.; JIMÉNEZ DE ASÚA, L. **Estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa**. Madrid: Universidad Complutense, 1986. p. 656.

<sup>13</sup> MARCILLA CÓRDOBA, G. Argumentación en el ámbito legislativo y prestigio de la ley penal. In: MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.); HORTAL IBARRA, J. C. (Coord.). **Constitución y sistema penal**. Madrid; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: M. Pons, 2012. p. 67 y ss.

<sup>14</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. **La racionalidad de las leyes penales**: práctica y teoría. Madrid: Trotta, 2003. p. 182.

prohibiciones y regulaciones que directamente afectan al Derecho Penal (significativamente los arts. 15, 17, 24 y 25 CE); c) preceptos que consagran los derechos fundamentales y que delimitan el *ius puniendi* tanto en el ámbito legislativo como judicial; d) preceptos que de modo expreso regulan conceptos del sistema penal (arts. 71, 117, 120, 125, 126 CE); e) cláusula general de cierre consistente en el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento penal vigente (art. 5.1 LOPJ).<sup>15</sup>

## 1.1.2 El Control Constitucional “a Secas” de Las Leyes Penales

### 1.1.2.1 Estado Constitucional y Estado de Derecho

El Estado Constitucional aparece hoy como la formulación más acabada del Estado de Derecho, una en la que el sometimiento del poder al Derecho comprende también al poder legislativo, que se ve limitado *ab initio* por la *norma normarum*.

Se han dado pasos significativos en el contexto del llamado “neoconstitucionalismo” por todos,<sup>16</sup> bien que esté muy poco claro a qué se refiere exactamente el término. Luis Prieto Sanchís<sup>17</sup> cree que esta corriente es el resultado de dos tradiciones separadas que ahora parecen converger: la tradición norteamericana originaria que concibe la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, y aquella proveniente de la Revolución Francesa que la entiende como encarnación de un proyecto político programático.<sup>18</sup> Este autor resume el resultado de esta confluencia entre la primera concepción, más procedimental, y la segunda, más ambiciosa desde el punto de vista de la orientación de la acción política, pero menos vigorosa desde la perspectiva de la

---

<sup>15</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. et al. **Curso de derecho penal**: parte general. 2. ed. Barcelona: Experiencia, 2010. p. 46. En la medida en que se trata básicamente de materializar el vínculo del Derecho penal con el modelo de estado consagrado en la Constitución a través de los derechos fundamentales, no se entiende bien dónde radica el abismo conducente a la subversión de la división de poderes al que se refiere (GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. **Política criminal, reglas de imputación y derechos fundamentales**. Grupo Bogotá: Editorial Ibáñez; Universidad Santo Tomás, 2007. p. 357-369, 2007, p. 363) respecto a la misma idea condensada en un programa.

<sup>16</sup> CARBONELL, MATEU, J. C. (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003; BARBERIS, M. **Stato Costituzionale**. Modena: Mucchi, 2012.

<sup>17</sup> PRIETO SANCHÍS, L. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, M. (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 123-158.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 124-125.

garantía jurisdiccional, del siguiente modo: “una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces”.<sup>19</sup>

Ahora bien, hacer alusión a este debate no implica asumirlo, ni decantarse por su significado en uno u otro sentido, que por lo demás permanece en la más absoluta ambigüedad en la teoría del Derecho. Como puso claramente de relieve el Profesor Velásquez en su estupenda conferencia pronunciada en las Jornadas que motivaron la redacción inicial de este artículo, no hay que perder de vista el contexto jurídico-político y social<sup>20</sup>. Esto mismo ha sido destacado por Manuel Atienza<sup>21</sup> en un reciente trabajo del que me permito citar el siguiente pasaje:

El constitucionalismo como realidad jurídico-política se caracteriza por una serie de rasgos que son graduables (la existencia de constituciones que incorporan derechos fundamentales expresados en enunciados de principio, la fuerza vinculante de la constitución, la fuerza vinculante de la constitución, la garantía jurisdiccional de la constitución, su grado de rigidez, la interpretación conforme a la Constitución de las leyes y del resto de las normas del ordenamiento jurídico, etc.), de manera que puede haber (hay) sistemas jurídicos en los que el fenómeno de la constitucionalización de los Derechos es más acusado que en otros.<sup>22</sup>

### 1.1.2.2 Estado Constitucional y Derecho Penal

La referida posibilidad de jueces y tribunales de “moldear” el contenido y los límites del Derecho, a partir del carácter valorativo y el margen de discrecionalidad que comporta el juicio de ponderación, se deja ver en el Derecho Penal.

---

<sup>19</sup> Ibidem, p. 127. Vid., entre otras referencias, Alexy, 1978, 1986; Zagrebelsky, 2000; García Figueroa, 2009; Atienza; García Amado, 2012.

<sup>20</sup> Véase al respecto la siguiente reflexión de Fernando Velásquez (2009) referida a Colombia: “En otras palabras: pese a que no cabe duda en el sentido de que el Código Penal de 2000 y la Carta Política de 1991 consagran el marco ideal para desarrollar una legislación punitiva a tono con los postulados del Estado social y democrático de Derecho, también es cierto que ello no es suficiente para que el modelo de derecho penal que se levante a partir de ese diseño, pueda ser efectivamente llevado a la realidad, pues ello sólo será posible en la medida en que el programa de trabajo que ellos conforman sea desarrollado por el legislador, los jueces y los estudiosos” (p. 80).

<sup>21</sup> ATIENZA, M. Constitucionalismo y Derecho penal. In: MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.); HORTAL IBARRA, J. C. (Coord.). **Constitución y sistema penal**. Madrid; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: M. Pons, 2012. p. 19-39.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 21.

Kuhlen<sup>23</sup> muestra, por ejemplo, cómo ha ido acuñándose en Alemania una dogmática del “derecho penal constitucional” tanto por la doctrina del Tribunal Constitucional, como por la del Tribunal Supremo, del aquel país. La evolución pone de relieve no sólo la concreción de algunas técnicas hermenéuticas focalizadas, sino además una tendencia hacia una cierta capacidad de “rectificación” al legislador en determinados casos. Estas técnicas parten de la distinción entre “interpretación conforme a la Constitución” cuando existen varias posibilidades interpretativas, de las cuales al menos una conduce a la conformidad de la norma a la Constitución<sup>24</sup>, e “interpretación orientada a la Constitución”. Esta última, en cambio, significa que hay que moverse en la “arenas movedizas” de la ponderación a la que nos referíamos más arriba. Mientras que la primera tiene la estructura de una regla, que obliga a rechazar todas las posibilidades interpretativas diferentes a aquélla “conforme a la Constitución”, la segunda hace las veces de un principio.<sup>25</sup> Claro que la cuestión se vuelve muy compleja debido “al monopolio de rechazo” de las leyes por motivos de constitucionalidad que se atribuye a los tribunales constitucionales en la mayoría de países europeos<sup>26</sup>, y la dificultad de delimitar entre la mera interpretación de las leyes y su reconstrucción, ya que “sería contrario a la lógica profunda del sistema centralizado de control de constitucionalidad que también los jueces ordinarios pudieran ‘reconstruir’ la ley, a través de una lectura que fuera más allá del círculo de las interpretaciones posibles”<sup>27</sup>.

Pero más allá de las concretas técnicas hermenéuticas conducentes a la progresiva configuración de un Derecho penal conforme a la Constitución, lo que importa resaltar es que, en todo caso, *aquellas han de estar al servicio de esta finalidad última*. Se parte aquí, como en trabajos anteriores<sup>28</sup>, del *garantismo*, cuyo máximo exponente es el pensamiento

---

<sup>23</sup> KUHLEN, L. **La interpretación conforme a la constitución de las leyes penales**. Madrid: M. Pons, 2012.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 25. Sobre la diferenciación entre reglas y principios véase Alexy, 1986, p. 71 y ss., quien aclara que el punto decisivo de dicha diferenciación es que los principios son normas que imponen que algo se realice en la mayor medida posible con relación a las posibilidades jurídicas y fácticas, de modo que quedan definidos como “mandatos de optimización” (p. 75). Por el contrario, las reglas son normas respecto de las cuales sólo caben dos opciones, o bien se cumplen o no se cumplen, de modo que cuando rige una regla resulta obligado hacer exactamente aquello que la misma exige, ni más, ni menos. A diferencia de los principios, las reglas contienen una suerte de *fijaciones* en el espacio de lo fáctica y jurídicamente posible. La consecuencia de todo ello es que la diferenciación entre reglas y principios tiene carácter cualitativo y no de grado, de tal suerte que toda norma o bien es una regla o bien un principio (p. 77).

<sup>26</sup> *In extenso* FERRERES COMELLA, V. **Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad**. Madrid: M. Pons, 2011.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>28</sup> DEMETRIO CRESPO, E. **Prevención general e individualización judicial de la pena**, Salamanca: Universidad de Salamanca, 1999; *Id.* Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Salamanca, n. 14, p. 87-115, 2004.

de Luigi Ferrajoli.<sup>29</sup> Como ha explicado con lucidez Luis Prieto Sanchís<sup>30</sup> este modelo de entender el Derecho penal es a la vez una *filosofía política o teoría de la justicia* – cuyos postulados esenciales son la separación entre derecho y moral y la concepción contractualista del Estado y de las instituciones – y un *modelo de ciencia del Derecho y de dogmática jurídica* que sólo puede prosperar en el marco jurídico-político que proporciona el constitucionalismo, cuyo principal mérito es, por cierto, haber unido la filosofía de la Ilustración<sup>31</sup> con el positivismo jurídico.<sup>32</sup>

De todos modos, por mucho que la perspectiva constitucionalista en el Derecho penal presuponga un juez muy valorativo, esa facultad de controlar e interpretar las leyes a la luz de principios superiores de carácter constitucional, se mueve en los límites marcados por el principio de división de poderes, lo que la convierte en una capacidad potencialmente abstracta.<sup>33</sup> Esto no significa, sin embargo, que el control constitucional de las leyes deba ser uno “deferente” – entendiendo la “deferencia” como algo positivo en el sentido de evitar los inconvenientes, a los que se refiere Juan Antonio Lascuráin<sup>34</sup>, que puede conllevar la anulación de una norma penal – sino que debe tratarse, en mi opinión, de un control constitucional “a secas”, o si prefiere, de uno que efectivamente sea tal, para el que las cortes o tribunales constitucionales están perfectamente legitimados. No faltan ejemplos en la historia reciente, como el del *Bundesverfassungsgericht* a propósito

---

<sup>29</sup> FERRAJOLI, L. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal.** Madrid: Trotta, 1995; Id. **Garantismo:** una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta, 2006; Id. **Principia iuris:** teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. Con razón advierte Vives Antón (2013) que ya en *Derecho y Razón* se pueden distinguir dos niveles de discurso: un alegato en defensa de las garantías penales y, por otro lado, la formulación a partir del garantismo penal, de una teoría general del garantismo. Resulta muy instructivo leer las reflexiones críticas que lleva a cabo el autor mencionado acerca de cuestiones básicas de la teoría del derecho en el pensamiento de Ferrajoli tales como la idea de verdad, la separación entre derecho y moral, o la delimitación del papel de la teoría frente a la dogmática (p. 284 y ss).

<sup>30</sup> PRIETO SANCHÍS, L. **Garantismo y derecho penal.** Madrid: Lustel, 2011.

<sup>31</sup> Sobre el pensamiento penal de esa época vid. Prieto Sanchís (2003c) y Llobet Rodríguez (2012).

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 20 y ss. El propio Luigi Ferrajoli (1995) entiende por “garantismo”, según una primera acepción, un *modelo normativo de derecho*, caracterizado en el plano epistemológico como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia (y maximizar la libertad), y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En una segunda acepción “garantismo” designaría una *teoría jurídica de la validez y de la efectividad*, como categorías distintas no sólo entre sí, sino también respecto a la existencia o vigencia de las normas. Por último, la tercera acepción del “garantismo” sería una *filosofía política* que impone al derecho y al estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye la finalidad de ambos (p. 851 y ss).

<sup>33</sup> DONINI, M. La relación entre derecho penal y política... Op. cit., p. 81.

<sup>34</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. ¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional. *InDret*, Barcelona, n. 39, jul. 2012. p. 25.

de la custodia de seguridad, en los que el exceso de condescendencia se ha revelado a la larga como una indeseable falta de verdadero control. Esta tensión “irreductible” entre las competencias del legislador y las del órgano al que se confía su control es justamente una característica del estado constitucional.<sup>35</sup>

## 1.2 LOS FINES DEL DERECHO PENAL EN EL MARCO CONSTITUCIONAL: EL DERECHO PENAL CONTEMPLADO DESDE SUS LÍMITES

### 1.2.1 Los “Principios Constitucionales” Como Límites Y Como Fines Del Derecho Penal

#### 1.2.1.2 Fin del Derecho Penal en el Marco Constitucional

La cuestión más importante es, a mi juicio, preguntarse por el fin del Derecho penal en el marco constitucional, ya que este último no puede consistir únicamente en la prevención de los delitos, sino también en la prevención de reacciones informales públicas o privadas frente al delincuente como máxima misión garantista del Derecho Penal.<sup>36</sup> En palabras de Roxin “un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal”<sup>37</sup>. Es así como la reflexión acerca del fin del Derecho Penal en el marco constitucional conduce al análisis de los principios que limitan la potestad punitiva del Estado, y que extraemos justamente de la Constitución. No puede ser de otro modo teniendo en cuenta que “el Derecho penal es la rama del ordenamiento más irracional, violenta y autoritaria”<sup>38</sup>.

En definitiva, la relación entre Derecho penal y Constitución hace referencia de modo esencial a la legitimidad y a los límites del *ius puniendi*.<sup>39</sup> Este objeto de estudio se corresponde con lo que tradicionalmente se ha llamado “Derecho penal subjetivo”, y su

---

<sup>35</sup> LOPERA MESA, G. P. **Principio de proporcionalidad y ley penal**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. p. 76.

<sup>36</sup> FERRAJOLI, L. **Derecho y razón...** Op. cit., p. 332; SILVA SÁNCHEZ, J. M. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: J. M. Bosch, 1992, p. 181.

<sup>37</sup> ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997. Tomo I. p. 137.

<sup>38</sup> DONINI, M. Principios constitucionales y sistema penal: modelo y programa. **Revista General de Derecho Penal**, Salamanca, n. 13, p. 1-20, mayo 2010. p. 2.

<sup>39</sup> ARROYO ZAPATERO, L. Derecho penal económico y constitución. **Revista Penal**, Barcelona, n. 1, 1998. p. 1.

análisis, como señala Gimbernat Ordeig<sup>40</sup>, ha tenido como efecto beneficioso justamente poner de manifiesto, con especial vigor, los límites y exigencias que a dicho derecho imponen los principios de política criminal y los del Estado de Derecho.

No hay que perder de vista que la consideración como límites de determinados principios, ámbito en el que de forma más clara, pero no de modo exclusivo, se refleja la relevancia de la Constitución para el Derecho penal<sup>41</sup> puede conducir, desde una perspectiva reduccionista, a la “degradación” de dichos principios, que en verdad son algo más que límites, ya que constituyen, a su vez, auténticos fines del Derecho penal.<sup>42</sup> Entiendo que este reduccionismo podría evitarse desde una perspectiva dinámica y abierta del texto constitucional a partir de un conjunto de postulados político-criminales que no sólo limitan el ejercicio de la potestad punitiva sino que aspiran a su configuración de acuerdo con el esquema de valores que aquél consagra. Este “programa” está llamado a ser el eje de una elaboración científica que ejerza la función de “contrapoder crítico” frente a la irracionalidad inmanente al sistema penal.<sup>43</sup> La idea clave, que recientemente ha recordado Mir Puig, es en definitiva que “un Estado social y democrático de Derecho no sólo ha de cumplir su función de protección frente al delito, sino que ha de hacerlo sin desbordar los límites que impone la Constitución al ejercicio del poder”<sup>44</sup>.

### 1.2.1.2 El Reto Permanente del Derecho Penal en el Estado Constitucional

No cabe duda que el reto permanente del Derecho penal en el estado constitucional es encauzar adecuadamente el conflicto entre la libertad del individuo concebida por el Estado y la limitación de dicha libertad para la protección de la generalidad. Se trata, por tanto, en último término, de la restricción de la libertad con la finalidad de su preservación.<sup>45</sup>

En este sentido, por lo que aquí interesa, es evidente que el legislador no es totalmente libre en la elección o modulación del sistema de sanciones destinado a cumplir su función protectora, sino que se encuentra limitado por el conjunto de reglas y principios

---

<sup>40</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E. **Concepto y método de la ciencia del derecho penal**. Madrid: Tecnos, 1999. p. 16.

<sup>41</sup> CUELLO CONTRERAS, J. **El derecho penal español**: curso de iniciación – parte general. 2. ed. Madrid: Civitas, 1996. v. 1. (Teoría del delito). p. 54 y ss.

<sup>42</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M. **Aproximación...** Op. cit., p. 187, 210, 242.

<sup>43</sup> DONINI, M. Principios constitucionales y sistema penal... Op. cit. p. 4.

<sup>44</sup> MIR PUIG, S. **Bases constitucionales del derecho penal**. Madrid: Iustel, 2011. p. 14.

<sup>45</sup> APPEL, I. **Verfassung und Strafe**. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 18.

configuradores del estado constitucional de derecho. La perspectiva de los derechos fundamentales consagrados en la norma que se sitúa en la cúspide del ordenamiento jurídico le obliga formal y materialmente a no perder de vista la libertad del individuo al que se impone la sanción. Sólo aquellas sanciones que respeten ciertos criterios de adecuación constitucional relativos con carácter general a la pertinencia, idoneidad y necesidad en orden a la meta propuesta, podrán ser admitidas<sup>46</sup>. A partir de estas premisas resultaría posible, por ejemplo, razonar la inconstitucionalidad de la fórmula “culpabilidad + peligrosidad: inocuidación” subyacente a los sistemas de sanciones que introducen fórmulas al estilo de la *Sicherungsverwahrung* alemana (o “custodia de seguridad”) sobre la que ya se ha pronunciado en sentido correctivo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH).<sup>47</sup>

En España, por añadidura, y dado que el texto constitucional prevé en su articulado (Art. 25.2 CE) expresamente la finalidad de la reeducación y reinserción social, las limitaciones constitucionales son aun más amplias. Si la libertad vigilada posterior al cumplimiento de la pena para delincuentes imputables (introducida mediante reforma del CP del año 2010) presenta ya dudas de constitucionalidad,<sup>48</sup> la regulación de la custodia de seguridad que preveía el Anteproyecto de Reforma del Código penal del año 2012 era claramente inadmisibles desde la perspectiva de los derechos fundamentales.<sup>49</sup> Por su parte, la de la cadena perpetua o “prisión permanente revisable”, que contemplaba el anteproyecto mencionado y mantiene el del año 2013, no lo es menos.<sup>50</sup> Curiosamente la propia Exposición de Motivos del anteproyecto viene a reconocer la inhumanidad

---

<sup>46</sup> APPEL, I. **Verfassung und Strafe...** Op. cit. p. 163 ss.

<sup>47</sup> Con detalle: BORJA JIMÉNEZ, E. Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena y libertad en el estado democrático de la era de la globalización: una cuestión de límites. **Revista General de Derecho Penal**, Salamanca, n. 18, p. 1-57, nov. 2012. p. 25 y ss.; GAZEAS, N. La nueva regulación de la custodia de seguridad en Alemania: una perspectiva sobre la nueva concepción derivada de las sentencias del tribunal europeo de derechos humanos y del tribunal constitucional alemán. In: DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.); MAROTO CALATAYUD, M. (Coord.). **Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad**. Madrid: Edisofer; Buenos Aires: B. de F., 2013; ZIFFER, P. Begriff der Strafe und Sicherungsverwahrung. In: Freund et al. (Hg.). **Grundlagen und Dogmatik des Gesamten Strafrechtssystems**. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, 2013. p. 1087-1090.

<sup>48</sup> GARCÍA RIVAS, N. La libertad vigilada y el derecho penal de la peligrosidad. **Revista General de Derecho Penal**, Salamanca, n. 16, nov. 2011. p. 23; MARCO FRANCIA, P. **La libertad vigilada: trabajo final de Máster**, 2012. (Inédito). p. 59.

<sup>49</sup> Vid. al respecto la motivación de la propuesta de supresión de dicha regulación efectuada por un grupo de autores, entre los que me encuentro, en Acale et al. (2013, p. 386 y ss.).

<sup>50</sup> ACALE SÁNCHEZ, M. et al. Custodia de seguridad: arts. 96.2, 101, 102.3 y 103.2 CP. In: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.); DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.). **Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 181-189.

del sistema legal vigente hasta la fecha, que no prevé una revisión judicial periódica de la situación personal del penado “ni para las penas máximas de veinticinco, treinta o cuarenta años de prisión, ni para las acumulaciones de condena que pueden llegar a fijar límites incluso superiores” (p. 3), cifrando dicha inhumanidad de la pena en “la falta de un horizonte de libertad”. Sin embargo, la previsión de un sistema de revisión judicial de una pena de esta naturaleza, si bien resulta imprescindible, no basta en mi opinión para salvaguardar la constitucionalidad de una pena que queda definida *ab initio* como una sanción de duración indeterminada. La imparable evolución del “populismo punitivo”, sin embargo, está detrás de los fenómenos legislativos a los que hago referencia, cuya justificación pasa paradójicamente por “acabar con el Derecho penal, sustituyéndolo por un instrumento de control que está libre de las premisas de partida de aquél”<sup>51</sup>.

## 1.2.2 Expansión del Derecho Penal y Principios Constitucionales

Justamente por esto el planteamiento que se acaba de exponer quedaría convertido en una mera declaración de principios sin someterlo a una labor de contraste con la evolución del Derecho penal en las últimas décadas, sobre todo aquella referente al permanente proceso de expansión experimentado y la crisis del papel de los principios constitucionales en este terreno.<sup>52</sup>

### 1.2.2.1 Relajación de Garantías en la Aplicación Jurisprudencial

En este sentido resulta evidente que el proceso de expansión del Derecho penal, ya abundantemente denunciado por la doctrina, y la relajación de las garantías asociado al mismo (por todos),<sup>53</sup> cuya expresión más grosera ha quedado simbolizada en el fatídico

---

<sup>51</sup> ACALE SÁNCHEZ, M. **Medición de la respuesta punitiva y estado de derecho**. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2010. p. 330.

<sup>52</sup> Vid., p.e: MIR PUIG, S. Constitución, derecho penal y globalización. In: MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.); GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.). **Política criminal y reforma penal**. Madrid: Edisofer; B. de F., 2010. p. 8 y ss.; CORCOY BIDASOLO, M. Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales. In: MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.); HORTAL IBARRA, J. C. (Coord.). **Constitución y sistema penal**. Madrid; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: M. Pons, 2012. p. 153 y ss.; WEIGEND, T. Wohin Bewegt Sich das Strafrecht? Probleme und Entwicklungstendenzen im 21. Jahrhundert. In: FREUND et al. (Hg.). **Grundlagen und Dogmatik des Gesamten Strafrechtssystems**. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Berlin: Duncker & Humblot, 2013. p. 22 y ss.

<sup>53</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Edisofer; B. de F. 2011.

“derecho penal del enemigo”,<sup>54</sup> no ha dejado inalterada la aplicación jurisprudencial del Derecho penal.

Más bien al contrario, en el caso español, se detectan excesos claros en materia de prisión provisional, cumplimiento de la pena y criminalización de actos de expresión, entre otros.<sup>55</sup> Especialmente significativa resulta en este sentido la llamada *Doctrina Parot*, en virtud de la cual se hizo posible “sortear la prohibición de retroactividad desfavorable”<sup>56</sup> respecto a las consecuencias prácticas que instauró la LO 7/2003 de 30 de junio, que endureció enormemente las condiciones para acordar beneficios penitenciarios, permisos de salida, la clasificación en tercer grado y la libertad condicional, muestra ciertamente de todo un “programa maximalista”.<sup>57</sup> Así en la STS 197/2006, el Tribunal Supremo español, modificando su doctrina anterior, procede a reinterpretar el sentido del límite de 30 años establecido en el art. 70.2 del CP 1973 en los casos de acumulación de condenas<sup>58</sup>. Dicho límite no sería ya la nueva pena de la que había que partir para calcular los plazos correspondientes a los efectos antes mencionados, sino que el sujeto tendría que cumplir las penas impuestas en los distintos procesos de forma sucesiva, computándose los beneficios penitenciarios respecto de cada una de ellas individualmente.<sup>59</sup>

Frente a esta tendencia hay que recordar permanentemente que los límites a cualquier interpretación o/y justificación de la actuación del legislador se encuentran en el catálogo de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas consagrados en la Carta Magna, en virtud de los cuales habría que enfatizar que no cualquier Derecho penal es

---

<sup>54</sup> CANCIO MELIA, M.; GÓMEZ JARA-DÍEZ, C. (Ed.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. Madrid; Montevideo: Edisofer; B. de F., 2006. v. 1 e 2.

<sup>55</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. Expansión del derecho penal y límites constitucionales. In: CARBONELL MATEU, J. C. et al. (Coord.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. p. 1660 y ss.

<sup>56</sup> MUÑOZ CLARES, J. Sobre la llamada “Doctrina Parot”. **Revista General de Derecho Penal**, Salamanca, n. 18, nov. 2012. p. 5.

<sup>57</sup> DEMETRIO CRESPO, E. Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, n. 14, 2004, p. 92.

<sup>58</sup> Significativo resulta el voto particular formulado por los Magistrados D. José Antonio Martín Pallín, D. Joaquín Giménez García y D. Perfecto Andrés Ibáñez que sostienen que “lo que se propone como una mera interpretación innovadora de la regla 2ª del artículo 70 del Código Penal de 1973, es, en realidad, una alteración drástica del sentido de la norma y de su contexto prescriptivo” (primero) y al tiempo que resalta que la irretroactividad de la ley penal desfavorable es un dogma intangible del Estado de Derecho consagrado como tal en el art. 9.3 CE, sostiene que en realidad se procede a una verdadera reescritura del texto del art. 70.2ª CP 1973, “que equivale, lisa y llanamente, a aplicar de manera táctica – y retroactiva en perjuicio del reo – el art. 78 del Código Penal de 1995, en su actual redacción debida a la LO 7/2003” (séptimo).

<sup>59</sup> MUÑOZ CLARES, J. Sobre la llamada “Doctrina Parot”... Op. cit., p. 1 y ss.; RODRÍGUEZ YAGÜE, C. **El sistema penitenciario español ante el siglo XXI**. Madrid: lustel, 2013. p. 126 y ss.

posible desde la perspectiva de la legitimidad constitucional. No otra cosa ha recordado el TEDH en la sentencia de 10.07.2012 en el asunto del Río Prada contra España<sup>60</sup>, en la que se establece la violación de los artículos 5.1 y 7 del Convenio.<sup>61</sup> Mientras que en la STC 40/2012 de 29 de marzo no se concedió el amparo<sup>62</sup>, en la STC 57/2012 de 29 de marzo se estima en cambio que

en aplicación del marco legal existente en el momento de comisión del hecho delictivo y computando la redención de penas por el trabajo conforme al criterio firme e intangible establecido por el propio órgano judicial encargado de la ejecución, el recurrente había cumplido ya con la pena que le fue impuesta (FJ 8),

por lo que se declara vulnerado el derecho fundamental a la libertad consagrado en el art. 17.1 CE. Además añade correctamente que “en un Estado de Derecho no cabe prolongar la privación de libertad de una persona que ha cumplido ya la condena que se le impuso en su día” (FJ 8 *in fine*). Dicha vulneración se hace derivar de una previa, la del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, dado que, en el caso en cuestión, el criterio de cómputo sí se había incorporado a una decisión judicial firme (el Auto de 23 de marzo de 1998) de forma decisiva para sustentar el sentido del fallo en el que se acuerda que no procede la revisión de las penas tras la entrada en vigor del CP de 1995 (FJ 7).

---

<sup>60</sup> El TEDH subraya que “el principio de la legalidad de los delitos y de las penas, contenido en el artículo 7 del convenio, prohíbe que la legislación penal se interprete extensivamente en detrimento del acusado” (57) y, basándose en la legislación española en su conjunto, “considera que el nuevo modo de cálculo de la remisión de penas aplicables, en base al giro jurisprudencial del Tribunal Supremo, no concernía sólo a la ejecución de la pena impuesta a la demandante” (59). Muy al contrario, “se trató de una medida que tuvo igualmente un impacto decisivo sobre el alcance de la “pena” impuesta a la demandante, llevando en la práctica a prolongar en casi nueve años la condena a cumplir” (59). Además añade que, si bien el Tribunal acepta que los Estados son libres de cambiar su política criminal reforzando, en su caso, la represión de los crímenes y delitos, “considera que *los tribunales internos no podrían aplicar retroactivamente y en perjuicio del interesado el espíritu de los cambios legislativos producidos después de la comisión del delito*” (62) (la cursiva es mía).

<sup>61</sup> MUÑOZ CLARES, J. Sobre la llamada “Doctrina Parot”... Op. cit., p. 6 y ss.

<sup>62</sup> De nuevo aquí es preciso destacar que el voto particular del Magistrado D. Eugeni Gay Montalvo, que manifiesta su convencimiento sobre la vulneración de los arts.17 y 25.1 CE, así como el de la Magistrada D<sup>a</sup> Adela Asua Batarrita. Esta última considera que se trata “de un cambio de las “reglas de juego” en la contabilización del cumplimiento de la condena que difícilmente podrá superar el test de previsibilidad sobre el alcance de las consecuencias punitivas previstas en la ley en relación a un elemento tan importante como la efectiva duración de la privación de libertad que comporta la condena” (1). Además destaca la paradoja que resulta de que “la aplicación de la norma antigua, al reformularse conforme a la interpretación realizada en la STS 197/2006, desemboque en una situación comparativamente peor para el afectado que la derivada de una aplicación retroactiva del Código penal de 1995”, con el argumento de que en éste la exclusión de los beneficios penitenciarios tiene carácter facultativo y se limita a casos especialmente graves (5).

### 1.2.2.2 Protección de Bienes Jurídicos versus Protección de la Vigencia de las Normas en el Debate Científico

Pero, por otro lado, el análisis sería incompleto sin referirse al creciente debate producido en las últimas décadas en el plano científico acerca de la verdadera función del Derecho penal. El postulado tradicional acerca de la protección de bienes jurídicos en el marco constitucional, del que se parte en este trabajo, ha sido objeto de notables ataques cuyo foco proviene del funcionalismo.<sup>63</sup> Este enfoque arrastra consigo prácticamente la demolición del “constructo” teórico al que nos hemos referido más arriba al analizar el Derecho penal, no desde la perspectiva de sus límites, sino más bien, de su funcionalidad en un sistema autopoiético.<sup>64</sup>

Siendo lo anterior básicamente cierto, en la medida en que no se puede negar que el funcionalismo no parte de la idea de protección de bienes jurídicos,<sup>65</sup> sino de la de preservar la configuración normativa de una sociedad, esto no quiere decir que se “idealice” la teoría del bien jurídico hasta el punto de otorgarle un “excesivo” rendimiento fiscalizador de la legitimidad constitucional de las normas penales. En este sentido no les falta razón a quienes advierten que el concepto de bien jurídico se encuentra con serias dificultades para servir como criterio delimitador *a priori* del Derecho penal, criterio que debería buscarse más bien en la extensión de la legitimación estatal de la pena, lo que no implica, sin embargo, que no ejerza una importante función inmanente al sistema dentro del derecho positivo.<sup>66</sup>

Esto es así porque en realidad ni esa ni ninguna otra teoría es capaz por sí misma de garantizar una política criminal legítima en el Estado constitucional de Derecho, sino que, se opera en sentido inverso. Es decir, es el sistema constitucional y los principios filosófico-políticos que lo vertebran los que confieren un significado u otro a las teorías. En este sentido no tendría problemas en admitir que el potencial crítico de la teoría del bien jurídico no deriva del propio concepto de bien jurídico o bien jurídico-penal en sí mismo, sino de su interpretación en el contexto “externo” de los baremos normativos y

---

<sup>63</sup> HORMAZÁBAL MALAREE, H. **Bien jurídico y estado social y democrático de Derecho**. Barcelona: PPU, 1991. p. 7 y ss.

<sup>64</sup> DEMETRIO CRESPO, E. Crítica al funcionalismo normativista. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, n. 3, 2010. p. 13 ss.; DONINI, M. Principios constitucionales y sistema penal: modelo y programa. **Revista General de Derecho Penal**, Salamanca, n. 13, mayo 2010. p. 20, esp. nota 45.

<sup>65</sup> JAKOBS, G. **Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts**. Paderborn: F. Schöningh, 2012.

<sup>66</sup> HIRSCH, H. J. Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico. In: CEREZO MIR, J. **Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología**. Madrid: UNED, 2001. p. 386.

de legitimidad política aplicables, pero esto no la convierte, a mi juicio, en un instrumento vacío de contenido, sino sólo en uno manipulable<sup>67</sup>. Afirmar lo contrario podría conducir a incurrir en algo parecido a lo que denuncia Enrique Gimbernat Ordeig cuando tacha de “injusticia histórica”, por ejemplo,

negar la decisiva influencia del Proyecto Alternativo alemán sobre delitos sexuales – que fundamentaba la reforma que proponía en la teoría del bien jurídico – en la despenalización de la homosexualidad, en particular, y en la radical modificación de los delitos contra la “honestidad” en general, y atribuir todas esas reformas exclusivamente a un supuesto e inexistente “cambio de percepción social sobre la sexualidad” que presuntamente se habría producido ya en el periodo 1969-1973.<sup>68</sup>

Por supuesto, no se trata sólo de una observación histórica, sino que la teoría del bien jurídico sigue manteniendo hoy en día un notable potencial crítico limitador de la legislación penal, bien que se trate sólo de un primer paso necesario en el proceso argumentativo que conduce a afirmar la necesidad de la intervención del Derecho penal en el Estado constitucional.<sup>69</sup> Esta función de limitación no sólo desempeña su papel en un sentido axiológico (o de legitimación externa) en la “elección” de intereses dignos de protección, sino que adquiere igualmente mucha importancia en el nivel de validez interno a través de la estructuración de la teoría del delito.<sup>70</sup> En efecto, una noción del delito como lesión bienes jurídicos presenta, entre otras, la indudable ventaja de ofrecer un criterio fundamental para la valoración del hecho punible y consiguiente graduación de lo injusto, así como para el establecimiento del grado mínimo de lesividad en virtud del cual se considera una conducta merecedora de pena, cual es el del peligro para el bien jurídico.<sup>71</sup> Más allá va Schünemann<sup>72</sup> al afirmar que la negación de la teoría penal

---

<sup>67</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, B. Funcionalismo y teoría del bien jurídico. In: MIR PUIG, S.; QUERALT JIMÉNEZ, J. (Dir.); FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. (Coord.). **Constitución y principios del derecho penal**: algunas bases constitucionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 226.

<sup>68</sup> Presentación. In: HEDENDEHL (Ed.). **La teoría del bien jurídico**: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid; Barcelona: M. Pons, 2003. p. 13.

<sup>69</sup> ALONSO ÁLAMO, M. Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos. **Estudios Penales y Criminológicos**, Madrid, n. 29, 2009, p. 69; Id. Bien jurídico material y bien jurídico procedimental y discursivo. In: CARBONELL MATEU, J. C. et al. (Coord.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 115; Fundamentación pre-positiva de los bienes jurídico-penales y derecho penal mínimo de los derechos humanos. **Revista General de Derecho Penal**, Salamanca, n. 15, mayo 2011. p. 13; ROXIN, C. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a análisis, **RECPC**, Madrid, v. 1, n. 15, 2013, p. 6 y ss.

<sup>70</sup> FERNÁNDEZ, G. **Bien jurídico y teoría del delito**: un ensayo de fundamentación dogmática. Montevideo: B. de F., 2004, *passim*.

<sup>71</sup> ALCÁCER GUIRAO, R. ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Barcelona: Atelier, 2003, p. 116-119.

<sup>72</sup> SCHÜNEMANN, B. ¡El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos! In:

del bien jurídico implica a su vez la negación de los fundamentos del estado de derecho democrático liberal.

### 1.3 DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITE AL DERECHO PENAL

#### 1.3.1 El Conflicto entre Normas de Diferente Rango

Dado que, como es obvio, el Derecho penal no aparece aislado en el conjunto del ordenamiento jurídico, sino que se halla vinculado a normas superiores como la Constitución y los tratados internacionales suscritos por el estado que protegen derechos fundamentales a los que aquél por su propia naturaleza afecta<sup>73</sup>, puede asimismo entrar en conflicto con ellas.

En este sentido advierte José Manuel Paredes Castañón<sup>74</sup> que se produce una interferencia necesaria (y no meramente contingente, como la que se produce en los conflictos entre normas penales del mismo rango) entre cada una de las normas penales sancionadoras de la Parte Especial del CP con aquellas relativas a los derechos fundamentales o los derechos humanos que proclaman el derecho que se ve restringido (cap. 3). Esto sucedería, desde luego, genéricamente, tanto de modo directo por las prohibiciones penales, como por las sanciones que éstas prevén, sean éstas penas o medidas de seguridad, pero también, aunque no con carácter necesario en este caso, cuando se trata del *nivel mínimo de protección* que debe proporcionar el Derecho penal cuando se trata de tutelar un interés asimismo consagrado como un derecho fundamental (cap. 3)<sup>75</sup>.

#### 1.3.2 El Límite al Legislador y al Juez Penal

Según la propia doctrina del Tribunal Constitucional español (en adelante TC) el contenido de los Derechos Fundamentales delimita la habilitación legal para sancionar

---

SCHÜNEMANN, B. **Aspectos puntuales de la dogmática jurídico penal**. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez; Universidad Santo Tomás, 2007. p. 257.

<sup>73</sup> Al mismo tiempo es claro que hoy en día el Derecho penal debe situarse en correlación con los principios y derechos fundamentales reconocidos a nivel internacional (Mir, 2010, p. 5; Nieto Martín, 2012, p. 83 y ss).

<sup>74</sup> PAREDES CASTAÑÓN, J. M. **La justificación de las leyes penales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

<sup>75</sup> Agradezco al autor que me haya permitido consultar y citar el texto antes de su publicación.

imponiendo una condena penal (STC 110/2000, de 05 de mayo, FJ 5<sup>76</sup>, entre otras). *Los Derechos Fundamentales limitan tanto al legislador penal, como al juez penal*. Sin embargo, es preciso anotar, como contrapunto, que tanto la Jurisprudencia de la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos como la del TEDH, han sostenido por vía interpretativa la existencia de obligaciones de tutela penal de algunos derechos fundamentales, tanto en el sentido de criminalización de las conductas correspondientes, como de efectiva persecución y castigo a los autores, que plantea enormes dudas tanto desde el punto de vista de la dogmática de los derechos fundamentales como de la teoría del delito.<sup>77</sup>

En cuanto al primero, una amplia doctrina constitucional ha ido definiendo en España una serie de criterios que han de ser tenidos en cuenta, de tal suerte que parece haberse asentado al menos una idea clara: la libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial de los Derechos Fundamentales. Esto significa, por ejemplo, en materia de libertad de expresión, que

---

<sup>76</sup> **STC 110/2000, de 05 de mayo FJ 5** (las cursivas son mías): “Este Tribunal ha reiterado que cuando un órgano judicial aplica una norma penal como la analizada, que se refiere a conductas en las que se halla implicado el ejercicio de un derecho fundamental (en nuestro caso, del reconocido por el art. 20.1 CE), ha de tener presente el *contenido constitucional del derecho de que se trate*, es decir, el haz de garantías y posibilidades de actuación o resistencia que otorga. De modo que, en este caso, ni puede incluir entre los supuestos sancionables aquéllos que son ejercicio de la libertad de expresión o información, ni puede interpretar la norma penal de forma extensiva, comprendiendo en la misma conductas distintas de las expresamente previstas, pues en virtud de su conexión con el derecho fundamental la garantía constitucional de taxatividad ex art. 25.1 CE deviene aún más reforzada. Al margen de las prohibiciones anteriores *tampoco puede el Juez, al aplicar la norma penal (como no puede el legislador al definirla), reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal*. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico permite afirmar que no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la expresión constitucionalmente protegida, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir “por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto ... *disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados* en la conducta sancionada” (sobre tal “efecto desaliento”: STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 20; y STEDH, de 22 de febrero de 1989, § 29 [Barfod c. Noruega]; respecto a la exigencia de proporcionalidad: STC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4, y SSTEDH de 13 de julio de 1995, §§ 52 a 55 [Tolstoy Milovslasky c. Reino Unido], de 25 de noviembre de 1999, § 53 [Nilsen y Johnsen c. Noruega], y de 29 de febrero de 2000, §§ 49 y 50 [Fuentes Bobo c. España]). Como ha señalado nuestra jurisprudencia, la interpretación de los tipos penales en los que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión impone “la necesidad de que ... se deje un amplio espacio” (STC 121/1989, de 3 de julio, FJ 2), es decir, un ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, sin timidez y sin temor. De ahí que no disuadir la diligente, y por ello legítima, transmisión de información constituya un límite constitucional esencial que el art. 20 CE impone a la actividad legislativa y judicial (STC 190/1996, de 25 de noviembre, FJ 3, letra a)

<sup>77</sup> VIGANÒ, F. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la Jurisprudencia del TEDH. In: MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.); GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.). **Garantías constitucionales y derecho penal europeo**. Madrid: M. Pons, 2012. p. 311-328.

nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trata de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge nuestra Constitución y, por ende, de nuestro sistema político (STC 235/2007, de 07 de noviembre, FJ 6<sup>o</sup>)<sup>78</sup>.

Por lo demás es evidente que, más allá de las repercusiones concretas en este ámbito de los grandes principios constitucionales, pero sobre todo, del principio de proporcionalidad, de las que me ocuparé más adelante, una de las claves que debería tener efectos aquí de manera más inmediata es la naturaleza secundaria de las leyes penales y su conexión con los principios de *ultima ratio* y subsidiariedad en la propia motivación de las leyes penales.<sup>79</sup> En todo caso, un “control de constitucionalidad mínimo”, como afirma Paredes Castañón<sup>80</sup>, debería encargarse de excluir del sistema penal tanto aquéllas normas que son claramente incompatibles con el tenor literal de algún precepto constitucional o de un tratado internacional relativo a un derecho fundamental, como aquéllas que, desde el punto de vista teleológico o valorativo, resulten claramente inadmisibles, bien

---

<sup>78</sup> **STC 235/2007, de 07 de noviembre, FJ 6** (las cursivas son mías): “Aceptando, como no podía ser de otro modo, el carácter especialmente odioso del genocidio, que constituye uno de los peores delitos imaginables contra el ser humano, *lo cierto es que las conductas descritas en el precepto cuestionado consisten en la mera transmisión de opiniones, por más deleznable que resulten desde el punto de vista de los valores que fundamentan nuestra Constitución.* La literalidad del ilícito previsto en el art. 607.2 CP no exige, a primera vista, acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta, a cometer genocidio, que sí están presentes, por lo que hace al odio racial o antisemita se refiere, en el delito previsto en el art. 510 CP, castigado con penas superiores. Las conductas descritas tampoco implican necesariamente el ensalzamiento de los genocidas ni la intención de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas. Lejos de ello, *la literalidad del precepto, en la medida en que castiga la transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos, viene aparentemente a perseguir una conducta que, en cuanto amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) e incluso eventualmente por las libertades científica [art. 20.1 b)] y de conciencia (art. 16 CE) que se manifiestan a su través (STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 5), constituye un límite infranqueable para el legislador penal.* En tal sentido, no estamos ante un supuesto de limitación de la libertad de expresión por parte del Código penal, sino que éste interfiere en el ámbito propio de la delimitación misma del derecho constitucional. Más allá del riesgo, indeseable en el Estado democrático, de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, del que hemos advertido en otras ocasiones (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 4 y 8; 287/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; STEDH caso Castells, de 23 de abril de 1992, § 46), *a las normas penales les está vedado invadir el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales.* La libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que, por lo que ahora interesa, nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político”

<sup>79</sup> DONINI, M. Principios constitucionales y sistema penal... Op. cit. p. 18.

<sup>80</sup> PAREDES CASTAÑÓN, J. M. **La justificación...** Op. cit.

sea por razones de justificación o racionalidad moral como meramente instrumental, por contravenir criterios elementales como la adecuación a la información empírica existente, consistencia y generalidad (Cap. 3).

En segundo lugar, en el marco del recurso de amparo, el Tribunal Constitucional ha ejercido y ejerce un control de la conformidad constitucional acerca de la interpretación y aplicación de las leyes penales por los tribunales. También aquí parecen haberse alcanzado algunas conclusiones en torno a la invalidez de interpretaciones contrarias a los Derechos Fundamentales y la imposibilidad de valorar los hechos probados al mismo tiempo como actos de ejercicio de un Derecho Fundamental y conductas constitutivas de delito (SSTC 108/2008, de 22 de septiembre, FJ3<sup>81</sup>, entre otras). Más concretamente en la STC 110/2000, de 05 de mayo<sup>82</sup> pueden extraerse varios *criterios de incompatibilidad* tales como el desconocimiento del contenido – o haz de garantías – constitucionalmente protegido, falta de habilitación legal para la restricción del derecho por interpretación extensiva de la norma, y reacción desproporcionada frente al acto ilícito.<sup>83</sup>

---

<sup>81</sup> STC 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3 (las cursivas son mías): “Para abordar esta cuestión conviene recordar que es doctrina de este Tribunal que la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico, impone a los órganos judiciales al aplicar una norma penal la obligación de tener presente el contenido constitucional de los derechos fundamentales, impidiendo reacciones punitivas que supongan un sacrificio innecesario o desproporcionado de los mismos o tengan un efecto disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales (SSTC 2/2001, de 15 de enero, FJ 3; 196/2002, de 28 de octubre, FJ 6). Por ello, si los órganos judiciales prescinden de la circunstancia de que está en juego un derecho fundamental e incluyen entre los supuestos sancionables por aplicación de un tipo penal conductas que inequívocamente han de ser calificadas como pertenecientes al ámbito objetivo del ejercicio del mismo, vulneran éste, pues, aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera posible conforme a su tenor literal, hemos afirmado reiteradamente que “los tipos penales no pueden interpretarse y aplicarse de forma contraria a los derechos fundamentales” (SSTC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 4; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 4), y que “los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito” (STC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5). Es más, la falta del examen preliminar de la eventual concurrencia en el caso concreto de la circunstancia de que los hechos a considerar no sean sino manifestaciones concretas del ejercicio legítimo de derechos o libertades constitucionalmente amparables, o la carencia manifiesta de fundamento de dicho examen, han de ser consideradas de por sí lesivas y dar lugar a la estimación del recurso de amparo y a la anulación de la resolución judicial impugnada a través de él (STC 2/2001, de 15 de enero, FJ 2). Bien entendido que nuestro control en tales casos no se ha de limitar a enjuiciar externamente la actuación de los órganos judiciales, examinando la razonabilidad de la motivación de las sentencias objeto de impugnación, sino que hemos de comprobar si se ha realizado en éstas una ponderación adecuada que “respete la posición constitucional de los derechos en juego” (SSTC 20/2002, de 28 de enero, FJ 3; 174/2006, de 5 de junio, FJ 2).

<sup>82</sup> Vid. supra extracto de la sentencia citado en la nota 8.

<sup>83</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. Expansión del derecho penal... Op. cit., p. 1667.

## 2 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y SANCIÓN PENAL

### 2.1 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

#### 2.1.1 Fundamentación del Principio

Se trata, sin duda, de un principio revestido de una singular importancia, y por ello encuentra expresión no sólo en el Código Penal (Arts. 1-4), sino además en la propia Constitución de forma expresa como Derecho Fundamental (Art. 25.1), así como en el art. 7 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, y en el art.11 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la ONU, suscritas por España. Además, el Art. 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea también recoge los principios de legalidad y proporcionalidad de los delitos y de las penas,<sup>84</sup> si bien se presentan en este ámbito problemas específicos de legitimidad democrática que se asocian a una débil “legalidad comunitaria”.<sup>85</sup>

Se ha dicho que el principio de legalidad tiene, sintéticamente, un doble fundamento: democrático-representativo y político-criminal.<sup>86</sup> El primero conecta con el principio de la división de poderes, núcleo del contenido garantista de la legalidad penal, que implica una doble exigencia: *la garantía de legitimación* y *la garantía de seguridad*, y el segundo, específicamente penal, se refiere a la *función de motivación* que el principio de legalidad está llamado a cumplir sobre los ciudadanos.<sup>87</sup> También se distingue entre los dos mencionados anteriormente y un tercero específicamente referido a *la tutela del*

---

<sup>84</sup> SCHUHR, J. C. El principio de adecuación legal de las penas en el derecho de la Unión Europea. In: MONTIEL, J. P. (Ed.). **La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?** Madrid; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: M. Pons, 2012. p. 395.

<sup>85</sup> MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. **Legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad.** Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2011. p. 444; ampliamente, BERNARDI, A. La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas. **Revista Penal**, Huelva, n. 27, jan. 2011. p. 15-40; Id. I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo. In: MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.); GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.). **Garantías constitucionales y derecho penal europeo.** Madrid: M. Pons, 2012. p. 39-79.

<sup>86</sup> ARROYO ZAPATERO, L. Principio de legalidad y reserva de Ley en materia penal. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. 3, n. 8, Mayo/Ago. 1983. p. 12 ss.

<sup>87</sup> GARCÍA RIVAS, N. **El poder punitivo en el estado democrático.** Cuenca: UCLM, 1996. p. 69.

ciudadano frente al poder del Estado<sup>88</sup>. Por su parte Claus Roxin<sup>89</sup> diferencia entre una justificación jurídico-política y una jurídico-penal, dividiendo ambas en dos componentes distintos de legitimación: el liberalismo político y la democracia y división de poderes, por un lado, la prevención general y el principio de culpabilidad, por otro lado.

El principio de legalidad es la “quintaesencia” de los límites derivados del fundamento político del Derecho Penal,<sup>90</sup> que entronca directamente con el Estado de Derecho, y en particular con la teoría de la Ilustración sobre el contrato social,<sup>91</sup> viniendo a significar la imposición de la ideología liberal procedente de la Revolución Francesa en el continente europeo frente a los postulados del Antiguo Régimen.<sup>92</sup> No sólo se trata de una suerte de monopolio normativo de la ley estatal, sino que implica una imagen de ejercicio del poder en el que la ley no sólo es el vehículo de la voluntad del soberano, sino su límite.<sup>93</sup>

Por otro lado, es significativo que la expresión formal del principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) provenga de Feuerbach,<sup>94</sup> formulado coherentemente con su teoría de la coacción psicológica – origen de la prevención general negativa –, ya que la pena sólo puede cumplir la *función coactiva* que se le asigna si la ley indica previamente los comportamientos delictivos y las penas con que se amenaza su realización.<sup>95</sup> Además, y por la misma razón, sólo si el sujeto tiene posibilidad de conocer la materia de prohibición, puede motivar su conducta en el sentido indicado por la norma, y por consiguiente, el principio de legalidad sirve igualmente para determinar la culpabilidad del delincuente.<sup>96</sup> Joachim Hruschka<sup>97</sup> ha destacado recientemente que Feuerbach no hizo sino seguir la

---

<sup>88</sup> VICENTE MARTÍNEZ, R. **El principio de legalidad penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 31.

<sup>89</sup> ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997. Tomo I. p. 144 y ss.

<sup>90</sup> MIR PUIG, S. **Introducción a las bases del derecho penal**: concepto y método. Barcelona: Bosch, 1976. p. 141 y ss.

<sup>91</sup> JESCHECK, H. J.; WEIGEND, T. **Tratado de derecho penal**: parte general. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 140.

<sup>92</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. **Sobre el concepto del derecho penal**. Madrid: UCM, 1981, p. 316 y ss.

<sup>93</sup> LAMARCA PÉREZ, C. Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, n. 20, 1987. p. 100.

<sup>94</sup> FEUERBACH, F. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts**. 14. ed. Gießen: Heyer, 1847. p. 23.

<sup>95</sup> Vide GRECO, L. **Lebendiges und Totes in Fuerbachs Strafrecht**. Berlin: Duncker & Humblot, 2009, *passim*.

<sup>96</sup> MUÑOZ CONDE, F. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975. p. 87.

<sup>97</sup> HRUSCHKA, J. Kant, Feuerbach y los fundamentos del derecho penal. In: MONTIEL, J. P. (Ed.). **La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal**: ¿decadencia o evolución? Madrid; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: M. Pons, 2012.

senda marcada por Kant en el sentido de que sólo es posible castigar a alguien cuando ha cometido un delito, lo que significa “que las definiciones del delito se derivan de la ley penal y que una persona sólo puede ser sancionada cuando ha realizado el tipo de una ley penal”<sup>98</sup>.

El peso que se conceda a los valores que fundamentan el principio de legalidad no es indiferente al alcance que se confiere a las garantías que derivan del mismo, sino que aquél puede hacerse depender en alguna medida de la gravedad de la sanción prevista. Para Rafael Alcácer<sup>99</sup>, si se pone el acento en la seguridad jurídica, tanto la garantía de taxatividad o *lex certa* – dirigida al legislador – como la de tipicidad o *lex stricta* – dirigida al juez – deberán exigirse con idéntico rigor con independencia de la magnitud de la consecuencia jurídica. Sin embargo, si se atiende al fundamento de la libertad, cabría pensar en introducir un margen para la ponderación, en atención al grado de afectación a la libertad que conlleve la consecuencia jurídica.<sup>100</sup>

Por lo que se refiere a la *garantía dirigida al legislador*, ámbito espinoso de las llamadas sentencias interpretativas o reconstructivas, caracterizado por la falta de claridad,<sup>101</sup> tras una primera fase de absentismo, no faltan ejemplos de una cuasi subrogación del TC en la función del legislador cuando aquél marca una línea a partir de la cual el precepto es conforme a la Constitución que de alguna manera afecta al sentido literal del tipo penal. Así sucedió en la STC 24/2004, de 24 de febrero<sup>102</sup>, que resuelve una cuestión de

---

<sup>98</sup> FEUERBACH, F. **Lehrbuch des gemeinen...** Op. cit., p. 93.

<sup>99</sup> ALCÁCER GUIRAO, R. El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional. In: MIR PUIG, S.; QUERALT JIMÉNEZ, J. J. (Dir.); FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. (Coord.). **Constitución y principios del derecho penal**: algunas bases constitucionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 15-66.

<sup>100</sup> Ibidem, p. 56.

<sup>101</sup> DÍAZ REVORIO, F. J. **Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional**: significado, tipología, efectos y legitimidad. Valladolid: Lex Nova, 2001, *passim*.

<sup>102</sup> **STC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 7** (las cursivas son mías): “Descartada la anterior interpretación, existen otras posibilidades interpretativas, apuntadas en la aplicación judicial del precepto cuestionado que, desde el respeto al tenor literal del mismo y a partir de los criterios interpretativos al uso en la comunidad científica y de los principios limitadores del ejercicio del *ius puniendi* (pautas que, conforme a nuestra jurisprudencia, han de presidir la interpretación conforme a la Constitución de toda norma penal; por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3) permiten restringir su ámbito de aplicación, diferenciándolo del ilícito administrativo y haciéndolo compatible con las exigencias derivadas del principio de legalidad (art. 25.1 CE). Ciertamente, es deseable que el legislador trace de forma más precisa esa delimitación; ahora bien, las carencias detectadas en el precepto resultan superables de acuerdo con las pautas que a continuación se establecen. La interpretación constitucionalmente conforme ha de partir de que el art. 563 CP en su primer inciso no consagra una remisión ciega a la normativa administrativa, cualquiera que sea el contenido de ésta, sino que el ámbito de la tipicidad penal es distinto y más estrecho que el de las prohibiciones administrativas. Tal reducción del tipo se alcanza, en primer lugar, en el plano de

constitucionalidad sobre el delito de tenencia ilícita de armas, en el que había una evidente desproporción de la sanción (pena privativa de libertad de hasta tres años) con relación a las posibles conductas, *sin que fuera posible establecer elementos diferenciales entre el ilícito penal y el administrativo*<sup>103</sup>.

En cuanto a la *garantía sobre la aplicación de la ley penal* el TC español ha ido elaborando varios criterios de enjuiciamiento que van desde la previsibilidad semántica (que proscribía la analogía y la interpretación extensiva), pasando por la previsibilidad metodológica (que impide incurrir en quiebras lógicas o hacer uso de criterios extravagantes), hasta la previsibilidad axiológica (que excluye interpretaciones contrarias a la Constitución).<sup>104</sup>

## 2.1.2 Principio de Legalidad y Sanción Penal

Además de las garantías genéricas a las que antes hemos hecho referencia, tradicionalmente se hace derivar del principio de legalidad un límite con especial

---

*la interpretación literal o gramatical, a partir del concepto de armas, excluyendo del ámbito de lo punible todos aquellos instrumentos u objetos que no lo sean (aunque su tenencia esté reglamentariamente prohibida) y que no tengan inequívocamente tal carácter en el caso concreto. Y, según el Diccionario de la Real Academia, son armas aquellos “instrumentos, medios o máquinas destinados a ofender o a defenderse”, por lo que en ningún caso será punible la tenencia de instrumentos que, aunque en abstracto y con carácter general puedan estar incluidos en los catálogos de prohibiciones administrativas, en el caso concreto no se configuren como instrumentos de ataque o defensa, sino otros, como el uso en actividades domésticas o profesionales o el coleccionismo. En segundo lugar, y acudiendo ahora a los principios generales limitadores del ejercicio del ius puniendi, la prohibición penal de tener armas no puede suponer la creación de un ilícito meramente formal que penalice el incumplimiento de una prohibición administrativa, sino que ha de atender a la protección de un bien jurídico (la seguridad ciudadana y mediatamente la vida y la integridad de las personas, como anteriormente señalamos) frente a conductas que revelen una especial potencialidad lesiva para el mismo. Y además, la delimitación del ámbito de lo punible no puede prescindir del hecho de que la infracción penal coexiste con una serie de infracciones administrativas que ya otorgan esa protección, por lo que, en virtud del carácter de ultima ratio que constitucionalmente ha de atribuirse a la sanción penal, sólo han de entenderse incluidas en el tipo las conductas más graves e intolerables, debiendo acudir en los demás supuestos al Derecho administrativo sancionador, pues de lo contrario el recurso a la sanción penal resultaría innecesario y desproporcionado. La concreción de tales criterios generales nos permite efectuar nuevas restricciones del objeto de la prohibición, afirmando que la intervención penal sólo resultará justificada en los supuestos en que el arma objeto de la tenencia posea una especial potencialidad lesiva y, además, la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias tales que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana. Esa especial peligrosidad del arma y de las circunstancias de su tenencia deben valorarse con criterios objetivos y en atención a las múltiples circunstancias concurrentes en cada caso, sin que corresponda a este Tribunal su especificación. Esta pauta interpretativa resulta acorde, por lo demás, con la línea que, generalmente, viene siguiendo el Tribunal Supremo en la aplicación del precepto en cuestión”.*

<sup>103</sup> ALCÁCER GUIRAO, R. El derecho a la legalidad penal... Op. cit., p. 37.

<sup>104</sup> Ibidem, p. 48 y ss.

significación en el sistema de sanciones, el llamado *ne bis in idem*. Esta garantía presenta diversas manifestaciones, siendo la más significativa la *prohibición de la doble sanción* que impide castigar más de una vez el mismo hecho (por ejemplo con una pena criminal y una sanción administrativa), siendo otras, por ejemplo, la imposición de más de una pena a un mismo delito, la incoación de un nuevo proceso por un mismo hecho cuando el anterior concluyó con una absolución, etc.<sup>105</sup>

Pese a lo declarado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 2/1981, de 30 de enero<sup>106</sup>, en el sentido de que este principio se halla íntimamente vinculado a los principios de legalidad y tipicidad principalmente recogidos en el artículo 25 CE, la doctrina ha señalado que esta garantía es más bien consecuencia de la exigencia de racionalidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, impidiendo la aplicación de sanciones desproporcionadas, postulados en los que encuentra su más directo fundamento.<sup>107</sup> En la mencionada sentencia el Tribunal Constitucional se limita, en cualquier caso, a prohibir la duplicidad sancionadora cuando exista duplicidad de sujeto, hecho y fundamento, de lo que se deduce claramente que no en todo caso el *ne bis in idem* impide la doble sanción de unos mismos hechos por autoridades de diferente orden, toda vez que los contemplan desde diferentes perspectivas.

Por lo que aquí interesa, según una línea jurisprudencial del TC, que pondría en cuestión la actual regulación de la libertad vigilada, *tanto la imposición de medidas de seguridad con anticipación a la punición de la conducta penal, como la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida de seguridad sobre un mismo hecho son contrarias al principio de legalidad*. Así lo declara el FJ 1 de la STC 23/1986, de 14 de febrero:

---

<sup>105</sup> ARROYO ZAPATERO, L. Principio de legalidad... Op. cit., p. 19, nota 31.

<sup>106</sup> STC 2/1981, de 30 de enero, FJ4 (las cursivas son mías): “El principio general del derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, *que no recaiga duplicidad de sanciones – administrativa y penal – en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración – relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc... – que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración*. Como veremos más tarde, no hubo en el caso examinado infracción del principio de referencia y ello nos releva de entrar en su consideración a la luz de la Constitución. No obstante, podemos señalar que, si bien no se encuentra recogido expresamente en los arts. 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (art. 53.2 de la Constitución y art. 41 de la LOTC) no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9 del Anteproyecto de Constitución, *va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución*. Por otro lado, es de señalar que la tendencia de la legislación española reciente, en contra de la legislación anterior, es la de recoger expresamente el principio de referencia”.

<sup>107</sup> ARROYO ZAPATERO, L. Principio de legalidad... Op. cit., p. 19, nota 19.

La imposición de medidas de seguridad con anticipación a la punición de la conducta penal y la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida de seguridad son, pues, contrarias al principio de legalidad penal, ya que por un lado no cabe otra condena – y la medida de seguridad lo es – que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal, y por otro lado, no es posible sin quebrantar el principio “*non bis in idem*”, íntimamente unido al de legalidad, hacer concurrir penas y medidas de seguridad sobre tipos de hecho igualmente definidos, y ello aunque se pretenda salvar la validez de la concurrencia de penas y medidas de seguridad diciendo que en un caso se sanciona la “culpabilidad” y en el otro la “peligrosidad”.

De esta doctrina puede deducirse que la imposición cumulativa/consecutiva de penas y medidas de seguridad a la misma persona por los mismos hechos puede considerarse violatoria del principio “*non bis in idem*”. Obsérvese que no se trata aquí, como en el sistema vicarial previsto para casos de semi-imputabilidad, del cumplimiento de una medida, que se abona para el de la pena, con posibilidad de suspender la ejecución de la pena si con ello se ponen en peligro los efectos conseguidos a través de aquella (arts. 99 y 104 CP). La presunta variación del fundamento en los casos de cumplimiento post-penitenciario para los llamados “delincuentes imputables peligrosos” puede convertirse en un simple “fraude de etiquetas”.<sup>108</sup>

## 2.2 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

### 2.2.1 Fundamentación del Principio

El origen del principio de proporcionalidad se remonta a la Antigüedad, de lo que nos advierte Ferrajoli recordándonos que la exigencia de que la pena sea proporcional a la gravedad del delito fue expresada ya por Platón. Si bien, señala este mismo autor, sólo pudo afirmarse en la época de la Ilustración, cuando llegaron a madurar todos los demás presupuestos del Derecho Penal moderno, como la legalidad, la certeza, la igualdad, y sobre todo, la mensurabilidad y el cálculo de las penas<sup>109</sup>. Prueba de ello es la famosa reflexión, citada al comienzo, con la que Beccaria<sup>110</sup> concluye su famoso escrito *De los delitos y de las penas*.

---

<sup>108</sup> Sobre ello vid. más arriba las observaciones acerca de la inconstitucionalidad de la fórmula “culpabilidad + peligrosidad = inocuización” efectuadas en el Punto I.2.1.2

<sup>109</sup> FERRAJOLI, L. **Derecho y razón...** Op. cit., p. 398.

<sup>110</sup> BECCARIA, C. **De los delitos y de las penas**. Introducción, notas y traducción de F. Tomás y Valiente. Madrid: Aguilar, 1976. p. 188.

El principio constitucional de proporcionalidad ha experimentado un auge extraordinario al que ha contribuido en España el TC al haberse pronunciado (SSTC de 28 de marzo de 1996 y 2 de octubre de 1997, entre otras) sobre su formulación, contenido y consagración constitucional,<sup>111</sup> corrigiendo con ello la deficiente definición anterior acerca de sus bases normativas y precisión de su alcance, como había venido denunciado la doctrina.<sup>112</sup>

Gloria Lopera Mesa<sup>113</sup> ha detallado cuáles son los principales argumentos que sirven de fundamento a este principio en el control de constitucionalidad de las leyes. Por un lado, su *apoyo en el modelo de estado constitucional* como mecanismo para hacer frente a la tensión entre democracia y derechos, y en segundo lugar, su *inserción coherente en el marco de una teoría de los derechos fundamentales*, que ofrecería la posibilidad de una adecuada reconstrucción de su estructura normativa.<sup>114</sup> Son varias las vías que, a juicio de esta autora, se abren para su fundamentación jurídico-positiva en el ordenamiento jurídico español: a) adscripción al art. 1.1 CE como contenido del *valor justicia y del principio de Estado de Derecho*; b) vínculo con la *interdicción de la arbitrariedad* recogida en el art. 9.3 CE; c) vínculo con la cláusula de reserva de ley establecida en el art. 53.1 CE, entendiéndola como “reserva de ley proporcionada”; d) carácter jurídico de los derechos fundamentales, a partir de una línea argumental que los concibe como mandatos de optimización, cuyo contenido concreto debe establecerse en cada caso a partir de sus sub-principios.<sup>115</sup>

## 2.2.2 Principio de Proporcionalidad y Sanción Penal

Como se deduce fácilmente, del principio de proporcionalidad derivan una serie de elementos limitadores que afectan directamente al sistema de sanciones. Veámoslo a partir de sus principales (y generalmente admitidos) sub-principios:

---

<sup>111</sup> AGUADO CORREA, T. **El principio de proporcionalidad en derecho penal**. Madrid: Edersa, 1999. p. 25.

<sup>112</sup> GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990. p. 51.

<sup>113</sup> LOPERA MESA, G. P. **Principio de proporcionalidad...** Op. cit.

<sup>114</sup> Ibidem, p. 71.

<sup>115</sup> Ibidem, p. 72 y ss.

### a) La “idoneidad”

El “criterio de la idoneidad” aparece reflejado en el Manual de Parte General de M. E. Mayer<sup>116</sup> para argumentar el carácter jurídico-penal de un bien jurídico. Las proposiciones jurídico-penales desarrollarían su función de garantía mediante la salvaguardia de determinados intereses: aquéllos que aparecen a ojos del Estado como merecedores (schutzwürdig) y necesitados (schutzbedürftig) de protección penal hasta el punto de estimar que la vulneración de los mismos se debe, se puede y se tiene que mantener a raya y penalizar con el medio de protección más enérgico cual es la pena.<sup>117</sup> El merecimiento de protección (Schutzwürdigkeit) de un bien se determinaría según el valor que una cultura determinada le atribuye.<sup>118</sup> Su necesidad de protección (Schutzbedürftigkeit) guardaría relación con el grado de “vulnerabilidad” (Angreifbarkeit).<sup>119</sup> Y, por último, el legislador tendría que comprobar si el bien es susceptible de ser protegido por vía penal (Schutzfähigkeit), ya que no se puede forzar el cumplimiento de cualquier deber.<sup>120</sup> Según esta premisa pudiera incluso suceder que la intervención penal no sólo no sea apta para prevenir las conductas que vulneran el bien jurídico, sino llegar a resultar contraproducente<sup>121</sup>.

Es un principio que conecta con el Estado social de Derecho, puesto que un Derecho Penal que se mostrara inútil para proteger a la sociedad perdería sin duda una de sus bases legitimadoras. Hay que tener en cuenta que el principio de proporcionalidad opera esencialmente como límite, pero es discutible, *sensu contrario*, que obligue a penar más gravemente, al menos desde la perspectiva de la norma penal como norma de sanción.<sup>122</sup> Ciertamente, puede decirse en este sentido que en el Derecho Penal constitucional existe una relación entre legitimidad y efectividad, de modo que un instrumento total o parcialmente inefectivo pierde su legitimidad. Esto no quiere decir, en cualquier caso, que la validez pueda derivarse de la eficacia, puesto que, como es sabido, este último es un binomio conceptual con un significado y alcance totalmente distinto.<sup>123</sup>

---

<sup>116</sup> MAYER, M. E. **Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts Lehrbuch**. 2. ed. Heidelberg: Winter, 1923.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>121</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E. **Concepto y método...** Op. cit., p. 26-27.

<sup>122</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. ¿Restrictivo o deferente?... Op. cit., p. 8.

<sup>123</sup> KELSEN, H. **Teoría pura del derecho**. 7. ed. México DF: Porrúa, 1993. p. 217 y ss.

La idoneidad se proyecta tanto sobre la norma de conducta, como sobre la norma de sanción. Según Gloria Lopera Mesa<sup>124</sup> básicamente implicaría comprobar respecto de la primera si la conducta descrita en el tipo penal es susceptible de afectar al bien jurídico que se pretende proteger, exigiendo verificar en cuanto a la segunda que la conminación penal representa un medio apto para prevenir la realización de la conducta prohibida.

b) *La necesidad*

De entre todos los aspectos esenciales vinculados a la necesidad de la sanción penal en virtud de su pretendida capacidad de proteger bienes jurídicos (“*principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*”) a través de su función preventivo general, entre los cuales se hallan en primer lugar el propio concepto de bien jurídico y el sometimiento a verificación empírica de dicho mecanismo,<sup>125</sup> existen algunos elementos que son especialmente destacables.

El primero de ellos es el papel que ha de jugar, si es que todavía desempeña alguno<sup>126</sup>, el sub-principio de intervención mínima sobre la base de la subsidiariedad y la fragmentariedad. Muñoz Conde definió en su día el “principio de intervención mínima” como aquel en cuya virtud “el Derecho Penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes”<sup>127</sup>, constituyendo los postulados de subsidiariedad (o *ultima ratio*) y fragmentariedad parte del mismo. A su vez, la intervención mínima impone políticas criminales de descriminalización, no sólo de delincuencia de bagatela, sino de todo tipo de injustos meramente formales, desobediencias e irregularidades, “a las que puede poner eficaz coto el derecho privado o administrativo-sancionador”<sup>128</sup>.

Hasta ahora hemos afirmado que sólo son merecedores de tutela penal aquellos bienes imprescindibles para preservar un modelo de convivencia social basado en los valores y principios consagrados en la Constitución, frente a comportamientos especialmente graves que los lesionan o ponen en peligro, pero ello no significa que el legislador esté obligado necesariamente a protegerlos penalmente, salvo en aquellos casos en que la Constitución prevé expresamente dicha protección.

---

<sup>124</sup> LOPERA MESA, G. P. Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal. In: MIR PUIG, S.; QUERALT JIMÉNEZ, J. (Dir.). FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. (Coord.). **Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 114.

<sup>125</sup> ROBINSON, P. H. **Principios distributivos del derecho penal: a quién debe sancionarse y en qué medida**. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: M. Pons, 2012. p. 54 y ss.

<sup>126</sup> Vid. Horder (2012), quien se pregunta expresamente si alguien cree realmente en el minimalismo (p. 85 y ss).

<sup>127</sup> MUÑOZ CONDE, F. **Introducción...** Op. cit., 1975. p. 51.

<sup>128</sup> TERRADILLOS BASOCO, J. La constitución penal: los derechos de la libertad. In: CAPELLA HERNÁNDEZ JR. (Ed.). **Las sombras del sistema constitucional español**. Madrid: Trotta, 2003. p. 355-382.

En su proyección sobre la norma de conducta, en virtud de la fragmentariedad, el Derecho Penal no debe proteger los bienes jurídico-penales frente a cualquier tipo de ataque, sino exclusivamente frente a los que resulten más graves o peligrosos, bien por razones objetivas o subjetivas. Este aspecto del modo de protección jurídico-penal de los bienes jurídicos, que en su día fuera criticado por Binding<sup>129</sup> desde una lógica retribucionista, es considerado hoy una característica fundamental de un Derecho Penal propio de un Estado de Derecho.<sup>130</sup>

En su proyección sobre la norma de sanción, en virtud de la subsidiariedad, tan sólo están necesitados de protección penal aquellos bienes jurídicos merecedores de la misma que no pueden ser tutelados por otros medios menos lesivos. Como señala Roxin “supone una vulneración de la prohibición de exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho Penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico”<sup>131</sup>.

### *c) Proporcionalidad en sentido estricto*

El principio de proporcionalidad se formula como la expresión de la necesidad de que la gravedad de la pena sea proporcional a la gravedad del hecho antijurídico, exigencia que debe verse satisfecha mediante un juicio de ponderación entre ambas, teniendo a la vista el objeto de tutela y la consecuencia jurídica. En términos del análisis económico del Derecho, se trataría de “no aplicar un precio excesivo para obtener un beneficio inferior”, es decir, “si se trata de obtener el máximo de libertad, no podrán preverse penas que resulten desproporcionadas con la gravedad de la conducta”<sup>132</sup>. Este argumento se fundamenta no sólo en razones de equidad, sino también de la propia eficacia preventiva y la racionalidad del sistema penal en su conjunto.

Todo ello pasa por un diseño racional de la política-criminal que respete la medida de pena que corresponde en función de la gravedad de la conducta y no se deje llevar por

---

<sup>129</sup> BINDING, K. **Lehrbuch gemeinen deutschen Strafrecht**. Leipzig: Engelmann, 1902. Besonderer Teil I. p. 20 y ss.

<sup>130</sup> MAIWALD, M. Zum Fragmentarisches Charackter des Strafrechts. In: SCHROEDER, F.C. et al. (Hrsg.). **Festschrift für Reinhart Maurach**. Karlsruhe: Müller, 1972. p. 12; PRITTWITZ, C. El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio?. Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal. In: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (Ed.). **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 2000. p. 427-446; VORNBAUM, T. Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik. **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin, v. 123, n. 3, p. 660-690, jul. 2012.

<sup>131</sup> ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997. Tomo I. p. 66.

<sup>132</sup> CARBONELL MATEU, J. C. **Derecho penal**: concepto y principios constitucionales. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 210.

la influencia de “factores sociales que fomentan el predominio de programas de acción no expertos”<sup>133</sup>. Cuando estas “reglas de juego” derivadas del principio de proporcionalidad se rompen, se vulnera el necesario equilibrio valorativo del sistema penal de acuerdo con el marco constitucional, y es entonces cuando la elevada aspiración de legitimidad del Estado democrático de Derecho quiebra y se impone la hermenéutica del deber frente a la hermenéutica de la libertad que debería presidirlo.

En el juicio de proporcionalidad en sentido estricto entran en juego diferentes vectores, que van desde el grado de afectación/satisfacción de los derechos afectados, pasando por su peso abstracto (o importancia material de los derechos fundamentales afectados y los bienes jurídicos protegidos), hasta la seguridad de las premisas empíricas que sustentan los argumentos a favor y en contra<sup>134</sup>. En este sentido, parece que el principio de proporcionalidad entra a valorar sobre todo si la pena resulta excesiva con relación a la conducta y el fin de la norma, aunque también se ha planteado en términos de si se precisa un aumento de pena para conseguir un mayor efecto preventivo desde la perspectiva de la norma de protección<sup>135</sup>. Lascuráin<sup>136</sup> advierte, no obstante, que esto último sólo acontecería cuando la eficacia de la norma no ha alcanzado aun el nivel de lo razonable arrojando un balance positivo.

Por lo demás, el TC ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de casos en los que estaba en cuestión la proporcionalidad de la pena, o más exactamente, la proporcionalidad de los efectos ablativos de la pena respecto a los derechos fundamentales que vulnera: *insumisión a la prestación social sustitutoria* (STC 55/1996, de 28 de marzo), *negativa a sometimiento a las pruebas de alcoholemia* (STC 161/1997, de 02 de octubre) y *colaboración con banda armada* (STC 136/1999, de 20 de julio). Sólo este último fue declarado inconstitucional por desproporcionado, lo que probablemente explica que algún destacado autor como José Luis Díez Ripollés<sup>137</sup>, a pesar de reconocer que es prácticamente el único instrumento operativo del que se dispone actualmente, crea que el principio de proporcionalidad no está capacitado para integrar “los mínimos contenidos de la racionalidad legislativa penal por los que debería velar la jurisdicción constitucional”<sup>138</sup>,

---

<sup>133</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. **La racionalidad de las leyes penales**: práctica y teoría. Madrid: Trotta, 2003. p. 40-41.

<sup>134</sup> LOPERA MESA, G. P. Posibilidades y límites... Op. cit., p. 117.

<sup>135</sup> Sobre la llamada prohibición de infraprotección (“*Untermaßverbot*”), véase, p.e, Stächelin (2000, p. 289 y ss).

<sup>136</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. ¿Restrictivo o deferente?... Op. cit., p. 9.

<sup>137</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. El control de constitucionalidad de las leyes penales. In: GARCÍA VALDÉS, C. et al. (Coord.). **Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat**. Madrid: Edisofer, 2008. p. 221-262.

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 258.

otorgándole, en cambio, una mayor potencialidad al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos a estos efectos<sup>139</sup>.

La doctrina del TC sobre control de las leyes penales ha pecado de ser estricta en la formulación de los principios, pero deferente en la aplicación de los mismos,<sup>140</sup> lo que ha tenido su reflejo en este ámbito considerado inicialmente competencia del legislador, salvo que se tratara de “una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia y la dignidad de la persona humana” (STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 6). Sin embargo, la segunda doctrina sobre la proporcionalidad, afirma que el control constitucional no puede dejar fuera de control material a la pena (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6<sup>141</sup>), y parte correctamente de la premisa según la cual toda actividad pública restrictiva de derechos fundamentales ha de ser proporcionada en un cuádruple sentido: orientada a un fin legítimo, útil a tal fin, mínima en su restricción o necesaria y ventajosa o estrictamente proporcionada.<sup>142</sup> Con todo, advierte Juan A. Lascuraín<sup>143</sup>, parece claro que “la línea roja de intolerabilidad de desapego al principio” se sitúa en un punto

---

<sup>139</sup> De otra opinión: *Ibidem*, p. 14, nota 31.

<sup>140</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. ¿Restrictivo o deferente?... *Op. cit.* p. 12 y ss.

<sup>141</sup> **STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6** (las cursivas son mías): “La posición constitucional del legislador a la que antes aludíamos obliga a que la aplicación del principio de proporcionalidad para controlar constitucionalmente sus decisiones deba tener lugar de forma y con intensidad cualitativamente distinta a las aplicadas a los órganos encargados de interpretar y aplicar las leyes. Como acabamos de recordar, este Tribunal ha reiterado que el legislador no se limita a ejecutar o aplicar la Constitución, sino que, dentro del marco que ésta traza, adopta libremente las opciones políticas que en cada momento estima más oportunas. *En efecto, a diferencia de lo que sucede respecto de los órganos que tienen encomendada la tarea de interpretar y aplicar las leyes, el legislador, al establecer las penas, carece, obviamente, de la guía de una tabla precisa que relacione unívocamente medios y objetivos, y ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos: a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma – intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc. – y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción, y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena. En definitiva, en relación con la proporcionalidad de una determinada pena, este Tribunal no puede, para establecerla, tomar como referencia una pena exacta, que aparezca como la única concreción posible de la proporción constitucionalmente exigida, pues la Norma suprema no contiene criterios de los que pueda inferirse esa medida; pero, tampoco le es posible renunciar a todo control material sobre la pena ya que el ámbito de la legislación penal no es un ámbito constitucionalmente exento. Como afirmábamos en la STC 53/1985, el legislador “ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento” (fundamento jurídico 9º).*”

<sup>142</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. ¿Restrictivo o deferente?... *Op. cit.*, p. 15.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 16.

bastante bajo, tanto en lo referente al criterio de la necesidad, como a la proporcionalidad estricta, puesto que se trataría de comprobar “si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario” (FJ8), o si existe “un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma” (FJ 9) respectivamente.

### 2.2.3 “Efecto Desaliento” y Principio de Proporcionalidad como Límite

Asimismo, la idea de la proporcionalidad de la reacción penal, vinculada a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y el llamado “efecto desaliento” de su ejercicio (entre otras, STC 110/2000, de 05 de mayo, FJ 5<sup>o</sup><sup>144</sup>), han ido creando cierto consenso en torno a la idea de la “inadmisibilidad”, desde el punto de vista de la hermenéutica constitucional penal, de sancionar conductas que vengan a criminalizar el ejercicio de aquéllos.

Cuerda Riezu<sup>145</sup> ha advertido, con relación a la STC 136/1999, de 20 de julio, que no se trata de un efecto predicable de la pena o sanción impuestas por una conducta relacionada con un derecho fundamental de manera global, sino que se vincula únicamente a la parte o fragmento de la pena que resulta desproporcionada. El propósito de esta matización es poner al descubierto *las diferencias entre fines de la pena y efecto desaliento*, ya que, si bien la imposición de la pena en abstracto resultaría legitimada al no estar amparada la conducta por un derecho fundamental que opere como causa de justificación, el exceso en la concreta cantidad de pena carecería, sin embargo, de tal legitimación.<sup>146</sup> Mientras que la pena produciría sus característicos efectos preventivos respecto de *futuros delitos*, la desproporción de la pena estaría en la base del llamado efecto disuasivo o de desaliento respecto al *futuro ejercicio de derechos fundamentales*.<sup>147</sup>

Desde otra perspectiva resultaría que no sólo no cabe sanción penal en los casos de ejercicio legítimo de un derecho, que se resuelven sin más en sede antijuridicidad mediante la correspondiente causa de justificación, sino que a la luz de una línea jurisprudencial que parte de *diferenciar entre los límites del ejercicio del derecho y el ámbito previo de*

---

<sup>144</sup> Vid. supra extracto de la sentencia citado en la nota 8.

<sup>145</sup> CUERDA RIEZU, A. Proporcionalidad, efecto, desaliento y algunos silencios en la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, que otorgó el amparo a los dirigentes de Herri Batasuna. In: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. et al. (Ed.). **La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo**: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002. p. 253.

<sup>146</sup> Ibidem, p. 253.

<sup>147</sup> Ibidem, p. 253.

delimitación de su contenido frente a conductas totalmente ajenas a éste último, se podría ir más allá (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 2<sup>148</sup>, entre otras). De acuerdo a dicha distinción la reacción penal puede considerarse desproporcionada aun cuando se produzcan excesos en el ejercicio del derecho, debido justamente al carácter desalentador de su ejercicio que representa la sanción penal.<sup>149</sup> Se trataría de casos en los el exceso puede convertir la conducta en antijurídica, aunque no alcance a legitimar una sanción penal (ATC 377/2004, de 07 de octubre, FJ 1)<sup>150</sup>.

---

<sup>148</sup> **STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 2** (las cursivas son mías): “Planteada la cuestión en estos términos, conviene que precisemos la perspectiva constitucional del enjuiciamiento y, muy especialmente, la relación existente entre el análisis de la vulneración relativa al derecho a la huelga y el referido a la legalidad penal. En efecto, para enjuiciar la doble queja formulada por el recurrente debemos determinar, en primer lugar, *si la actuación del actor que resultó sancionada como falta de coacciones está integrada en el ámbito del derecho de huelga*. De ser así, ninguna sanción penal puede derivarse de la misma. Por el contrario, si dicha actuación no pudiera considerarse fruto de un ejercicio legítimo de ese derecho, nuestro enjuiciamiento debería limitarse a analizar si, por otras razones, la aplicación de esa sanción ha conculcado el principio de legalidad penal ex art. 25.1 C.E. Es cierto que, como se declaró en la STC 111/1993, los tipos penales no pueden interpretarse y aplicarse de forma contraria a los derechos fundamentales. *Sin embargo, para poder determinar si esa aplicación vulnera los referidos derechos, es necesario precisar previamente si la conducta objeto de sanción pertenece al ámbito propio del derecho fundamental invocado y, en consecuencia, está amparado por el mismo. No estamos en el ámbito de los límites al ejercicio del derecho sino en el previo de la delimitación de su contenido*”

<sup>149</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. Expansión del derecho penal... Op. cit., p. 1669-1671. Véanse las sentencias citadas por Teresa Rodríguez Montañés, a saber, SSTC 88/2003, de 19 de mayo; 185/2003, de 27 de octubre; así como el ATC 377/2004, de 07 de octubre.

<sup>150</sup> **ATC 377/2004, de 07 de octubre, FJ 1** (las cursivas son mías): Con carácter previo al análisis de las circunstancias del caso, en relación con la pretendida vulneración del art. 20.1 a) y d) es preciso recordar algunas premisas que tendrán relevancia para la presente resolución. Como se sabe, *no resulta constitucionalmente admisible la aplicación de un tipo penal a conductas que constituyan actos de ejercicio de un derecho fundamental*. La anterior afirmación no necesita mayor apoyatura en los supuestos de ejercicio legítimo de un derecho fundamental, esto es, cuando la conducta penalmente reprochada se sitúa inequívocamente en el ámbito del contenido del derecho y, además, respeta los límites establecidos para su ejercicio. En tales casos, la conducta no puede ser objeto de sanción penal ni de ningún otro tipo de sanción (STC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5). Más allá de lo anterior, teniendo en cuenta los *principios de ultima ratio e intervención mínima* que han de orientar la intervención penal en un Estado social y democrático de Derecho, como el consagrado por nuestra Constitución, el límite a la posibilidad de intervención penal no puede establecerse sin embargo en función del respeto estricto a los límites del ejercicio del derecho fundamental. *En efecto no sería constitucionalmente acogible la aplicación de una sanción penal en aquellos supuestos en que el ejercicio no pueda calificarse de legítimo (por haber incurrido en alguna extralimitación), pero en los que la conducta se enmarque inequívocamente en el ámbito objetivo del ejercicio del derecho fundamental, en el haz de garantías y posibilidades de actuación o resistencia que otorga, en atención al contenido y finalidad del acto enjuiciado y a los medios empleados. En esos supuestos, el exceso puede convertir la conducta en antijurídica (y merecedora, en su caso, de algún tipo de sanción civil, laboral o administrativa, en función del tipo de derecho ejercitado o del ámbito donde se perfeccione), aunque no alcance a legitimar una sanción penal*. En efecto, hemos afirmado reiteradamente que la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico, impone a los órganos judiciales, al aplicar una norma penal, la obligación de tener presente el contenido constitucional de tales derechos, impidiendo reacciones que, por su severidad, supongan un

Lo anterior viene a ejemplificar de alguna manera la distinta dimensión de los juicios de validez constitucional (interno) y el de legitimidad externa que recaen sobre las normas penales. Ambos juicios no son equivalentes, pero se parecen en la medida en que comparten la estructura de argumentación que suministra el principio de proporcionalidad. Esta similitud, recalca Gloria Lopera Mesa<sup>151</sup>, no es algo extraño al estado constitucional en el que ambos planos se superponen, bien que entre ambas dimensiones siga mediando la distancia característica que separa al discurso jurídico del discurso práctico general.

## 2.3 EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

### 2.3.1 Fundamentación del Principio

En sentido amplio, el principio de culpabilidad expresa el conjunto de presupuestos que permiten “culpar” a alguien por el evento que motiva la pena, lo cual afecta a todos los requisitos del concepto de delito; y, en sentido estricto, se refiere sólo a una parte de tales presupuestos del delito, aquellos que condicionan la posibilidad de atribuir un hecho antijurídico a su autor.<sup>152</sup>

En sus orígenes el *principio de culpabilidad*, que se elabora en el siglo XIX

---

sacrificio innecesario o desproporcionado de los mismos o tengan un efecto disuasor o desalentador de su ejercicio (SSTC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4; 136/1999, de 20 de julio, FJ 20; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5; 2/2001, de 15 de enero, FJ 3 y 196/2002, de 28 de octubre, FJ 6). De otro modo existirían sólo dos terrenos, el de lo constitucionalmente protegido y el de lo punible, lo que no puede admitirse. Por ello, como decía nuestra STC 185/2003, antes citada, si los órganos judiciales prescinden de la circunstancia de que está en juego un derecho fundamental e incluyen entre los supuestos sancionables por aplicación de un tipo penal conductas que han de ser calificadas como pertenecientes al ámbito objetivo de ejercicio del mismo, vulneran éste, pues aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera posible conforme a su tenor literal, hemos afirmado reiteradamente que «los tipos penales no pueden interpretarse y aplicarse de forma contraria a los derechos fundamentales» (SSTC 111/1993, de 25 de marzo, FFJJ 5 y 6; 137/1997, de 21 de julio, FJ 2; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 4; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 4) y que “los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito” (STC 2/2001, de 15 de enero, FJ 2). *En consecuencia, para que el recurso al instrumento penal resulte constitucionalmente lícito es preciso que estemos sólo frente a un aparente ejercicio del derecho fundamental y que la conducta enjuiciada, por su contenido, por la finalidad a la que se orienta o por los medios empleados, lo desnaturaliza situándose objetivamente al margen del contenido propio del mismo y, por ello, en su caso, en el ámbito de lo potencialmente punible* (STC 185/2003).

<sup>151</sup> LOPERA MESA, G. P. Posibilidades y límites... Op. cit., p. 118.

<sup>152</sup> MIR PUIG, S. **Derecho penal**: parte general. 9. ed. Barcelona: Reppertor, 2011. p. 123 y ss; DEMETRIO CRESPO, E. (Coord.). **Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal**: teoría del delito. Madrid: Lustel, 2011b. v. 2.

vinculado al principio de legalidad, tuvo fundamentalmente el sentido de exclusión de la responsabilidad objetiva y de exclusión de la responsabilidad colectiva, plasmándose en nuestro Código Penal TR 1973, gracias a la reforma de 1983, en el artículo 1º.2 con la fórmula “No hay pena sin dolo o culpa”, y posteriormente en el CP 1995 en el artículo 5º (“No hay pena sin dolo o imprudencia”). Al mismo tiempo se ha venido entendiendo como exigencia de una pena justa, proporcionada a la culpabilidad personal del autor del delito, frente a penas excesivas o desproporcionadas respecto a la gravedad del hecho y/o el reproche moral que el autor del mismo merece.<sup>153</sup>

Sin embargo, el principio de culpabilidad sigue careciendo de un reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento jurídico – ya que la exigencia de dolo o imprudencia, o principio de responsabilidad subjetiva no equivale dogmáticamente al principio de culpabilidad –, lo cual no implica en modo alguno que no se trate de un principio jurídico básico de interpretación de las normas penales.<sup>154</sup> Efectivamente, este principio puede, en primer lugar, ser deducido del conjunto de normas de imputación de la parte general del código penal; y en segundo lugar, aunque no está proclamado expresamente en la Constitución española, puede, no obstante, buscarse un fundamento al mismo bien en el propio art. 25 CE – implícito en el de legalidad –, bien en el art. 10 CE – como consecuencia necesaria de la dignidad de la persona humana como fundamento del orden político y de la paz social –,<sup>155</sup> solución ésta última acogida por nuestros Tribunales Constitucional y Supremo (SSTC 65/1986, de 22 de mayo y 150/1991 de 4 de julio; SSTs de 6 de abril y 17 de julio de 1990, 5 de julio y 28 de octubre de 1991, entre otras).

### 2.3.2 Principio de Culpabilidad y Sanción Penal

Al principio de culpabilidad se vinculan tradicionalmente algunas garantías o sub-principios, entre los que figuran significativamente los siguientes (Mir, 2011, p. 123 y ss, 531 y ss).<sup>156</sup>

---

<sup>153</sup> ARROYO ZAPATERO, L. El principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea. **Revista Penal**, Barcelona, n. 3, 1999. p. 3.

<sup>154</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, B. **El injusto penal y su prevención ante el nuevo código penal de 1995**. Madrid: Colex, 1997. p. 52.

<sup>155</sup> CEREZO MIR, J. **Derecho penal**: parte general (lecciones 26-40). Madrid: UNED, 1997. p. 14.

<sup>156</sup> MIR PUIG, S. **Bases constitucionales del derecho penal**. Madrid: Iustel, 2011. Sobre mi punto de vista acerca de los diferentes aspectos del concepto/principio de la culpabilidad y su estructuración dogmática en el sistema de la teoría del delito y la individualización judicial de la pena, Vid. Demetrio, 1999, p. 215 y ss; 2008, 2010, p. 377 y ss, 2011c, p. 689 y ss.

### 2.3.2.1 Personalidad de las penas

Impide castigar a alguien por un hecho ajeno, excluyendo formas de responsabilidad colectiva. En este punto cabe preguntarse si el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas que ha entrado en vigor recientemente en España es legítimo desde esta perspectiva, o, si se prefiere, si las sanciones previstas son verdaderamente penas, debate que no está ciertamente cerrado. Ya no se trata de si las personas jurídicas son capaces de acción, o de si se puede construir un concepto de culpabilidad adecuado a ellas, sino de si la responsabilidad (penal) que se les atribuye tiene verdaderamente naturaleza penal (en sentido negativo, Robles Planas<sup>157</sup>) o es más bien una atribución de responsabilidad penal que vulnera (al tratarse en esencia de responsabilidad objetiva) los límites del *ius puniendi* estatal.<sup>158</sup> Obviamente no es este el marco apropiado para el desarrollo de esta cuestión, que nos llevaría demasiado lejos. Por mi parte, ya he sostenido que

la discusión en este punto no se situaría ya en el terreno de si es posible la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues es claro que la persona jurídica no puede responder penalmente en el sentido de la persona física, sino en el terreno de su responsabilidad al margen de ésta última

y ello con el doble objetivo de “evitar la extralimitación de las estructuras de imputación de la única y verdadera responsabilidad penal, la individual, y contribuir así a una auténtica delimitación de *esferas de responsabilidad* y de *sujetos responsables*”<sup>159</sup>.

En otro terreno, que nada tiene que ver, el TC ha sostenido recientemente, a propósito de la pena de alejamiento, que el principio de personalidad no se ve comprometido por el hecho de que dicha pena afecte a la víctima del delito a la vez que al autor, ya que en ningún caso representa una manifestación del ejercicio del *ius puniendi* del Estado sobre el ofendido (STC 60/2010, de 07 de octubre, FJ 4).

---

<sup>157</sup> ROBLES PLANAS, R. Pena y persona jurídica: crítica del art. 31 bis CP. **Diario La Ley**, Madrid, v. 32, n. 7705, p. 1-10, 2011, p. 6 y ss.

<sup>158</sup> La bibliografía al respecto es inmensa, por lo que cito aquí sólo un extenso artículo de Gómez Martín (2012, p. 331 y ss) aparecido recientemente que plantea muy bien los términos del problema, en el que pueden consultarse multitud de referencias en las notas 2 y ss.

<sup>159</sup> DEMETRIO CRESPO, E. **Responsabilidad penal por omisión del empresario**. Madrid: Lustel, 2009. p. 53-54.

### 2.3.2.2 Responsabilidad por el hecho

Es consecuencia del modelo de un Derecho Penal del hecho<sup>160</sup> la oposición a la posibilidad de castigar por el carácter, el modo de ser, o la conducción de la vida. Éste es el caso del Derecho penal de autor del nacionalsocialismo, en el que se proponía creación de tipos de autor en vez de tipos de conductas delictivas.<sup>161</sup>

Es de nuevo, una exigencia de seguridad jurídica como fundamento del principio de legalidad en un Derecho Penal de un Estado de Derecho, y además, un postulado derivado del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 10 CE. La responsabilidad por el hecho implica la tipificación previa de una conducta especialmente grave con auténtica capacidad lesiva de un bien jurídico penal (con todo lo que esto implica), lo cual significa asumir como punto de partida un postulado fundamental de la cultura jurídica contemporánea como es la *separación entre el derecho y la moral*, por lo que no cabe considerar delictivas cuestiones relativas a la personalidad, la ideología, la orientación sexual, etc.

Hay un aspecto particular del sistema de determinación legal de la pena cuya legitimidad se ve comprometida a la luz de esta exigencia cual es la *circunstancia agravante de reincidencia*<sup>162</sup> por mucho que el TC se pronunciara en su día a favor de la constitucionalidad apoyándose en argumentos poco consistentes tales como una genérica alusión a todo tipo de fines de la pena y una evasiva remisión a la competencia del legislador, por otro (STC 150/1991, de 04 de julio, FJ 4b)<sup>163</sup>.

---

<sup>160</sup> Al respecto: CUERDA RIEZU, A. El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio: manifestaciones cualitativas. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Tomo 62, Fas. 1, p. 157-209, 2009; Id. El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio: manifestaciones cualitativas. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Tomo 62, Fas. 1, p. 157-209, 2009.

<sup>161</sup> Ibidem.

GÓMEZ MARTÍN, V. Falsa alarma, o sobre por qué la ley orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*. In: MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M. (DIR.); GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.). **Garantías constitucionales y derecho penal europeo**. Madrid: M. Pons, 2011, p. 115 e ss.

<sup>162</sup> VICENTE MARTÍNEZ, R. de. La reincidencia en el Código Penal de 1995. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Tomo 50, Fasc. 1-3, 1997, p. 177-178; DEMETRIO CRESPO, E. **Prevención general e individualización judicial de la pena**, Salamanca: Universidad de Salamanca, 1999. p. 308.

<sup>163</sup> **STC 150/1991, de 04 de julio, FJ 4b** (las cursivas son mías): “Tampoco la C.E. erige a la prevención especial como única finalidad de la pena; antes al contrario, el art. 25.2 no se opone a que otros objetivos, entre ellos la prevención general, constituya, asimismo, una finalidad legítima de la pena, razón por la cual el mismo planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad (que estiman que la agravante no responde a fines preventivos ni resocializadores), en este concreto aspecto, aparece desprovisto de base. En primer término, *el art. 25.2 C.E. no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la C.E. ni, desde luego, de entre los posibles –prevención general; prevención especial; retribución, reinserción, etc. – ha optado por una concreta función de la pena en el*

### 2.3.2.3 Responsabilidad subjetiva

Excluye del Derecho Penal todo tipo de responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado, de modo que sólo cabe imputar responsabilidad penal por la causación de una lesión si ésta se produjo dolosamente o, al menos, por imprudencia. Además, conforme al sistema un *numerus clausus* en la regulación de la imprudencia de nuestro Código penal actualmente, la responsabilidad por imprudencia sólo es exigible si expresamente el legislador ha incriminado la conducta por esta vía.

Es interesante citar aquí las reflexiones de Ferrajoli<sup>164</sup> al señalar los fundamentos políticos o externos del principio de culpabilidad, en cuya virtud queda sin justificación la responsabilidad objetiva, que a su juicio son esencialmente cuatro: a) *la reprobabilidad de la acción*, condición necesaria, aunque no suficiente, para justificar su prohibición, y en consecuencia, su punición; b) *la función utilitarista de la prevención general* propia del Derecho Penal, pues la conminación penal sólo puede ejercer su función intimidante y preventiva respecto a comportamientos culpables; c) *la posibilidad de prever y planificar el rumbo futuro de la vida partiendo de la estructura coactiva del derecho* (Hart), porque esto asegura que incluso cuando se cometen errores o se producen accidentes, una persona que haya puesto lo mejor de su parte para respetar el derecho, no será castigada; d) *Las acciones culpables son las únicas que pueden ser objeto de previsión, y por tanto, de prevención y reprobación*; son las únicas lógicamente y sensatamente prohibidas<sup>165</sup>.

---

*Derecho penal.* Como este Tribunal ha afirmado en otras ocasiones, el art. 25.2 C.E. contiene un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la Administración por él creada para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad (por todas, SSTC 19/1988 y 28/1988), pero no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de las penas privativas de libertad. No cabe, por tanto, estimar inconstitucional la agravante de reincidencia por no ajustarse a los «fines constitucionales» de la pena. En segundo término, *el juicio de proporcionalidad de la pena, prevista por la Ley con carácter general en relación a un hecho punible, es competencia del legislador, en función de los objetivos de política criminal que adopte dentro del respeto a los derechos fundamentales de la persona en un Estado social y democrático de Derecho, como el que la C.E. consagra en su art. 1.1.* En efecto, el juicio sobre la proporcionalidad de la pena, tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación con los hechos punibles como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella (STC 65/1986, antes citada); lo que no cabe extraer, en todo caso y necesariamente, de la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia, ya que ésta ha de ser tenida en cuenta por los Tribunales únicamente dentro de unos límites fijados por cada tipo penal concreto y su respectiva sanción: es decir, para determinar el grado de imposición de la pena y, dentro de los límites de cada grado, la extensión de la pena. Por tanto, no cabe apreciar, desde esta perspectiva, la inconstitucionalidad del art. 10.15 C.P”.

<sup>164</sup> FERRAJOLI, L. **Derecho y razón...** Op. cit.

<sup>165</sup> *Ibidem*, p. 491-492.

Estas reflexiones enlazan con cuestiones de teoría de la norma de gran calado en el derecho penal, y a su vez, con el problema filosófico por excelencia relativo al fundamento último de la responsabilidad, la cuestión del libre arbitrio o libertad de voluntad humana. Ciertamente podría pensarse que desde una consideración imperativista de la norma penal – o al menos no exclusivamente valorativa – basada en la función de motivación del derecho penal, resulta obligado partir de la idea del hombre como ser libre, capaz por tanto de elegir entre la observación o incumplimiento de la norma, capaz en definitiva de autodeterminación de su comportamiento.<sup>166</sup> Con relación a esta cuestión extraordinariamente compleja y enormemente actual, imposible de tratar en el marco de este artículo, cabe remitirse a unas reflexiones generales: a) Se ha dicho, no sin razón, que el derecho penal moderno debe situar las condiciones para la imposición de una pena en un contexto comunicativo entre autor y norma, sin desconocer la existencia del libre albedrío humano como fenómeno social, asentado en las estructuras elementales de nuestra comunicación social y con real presencia en ella<sup>167</sup>; b) Por otro lado, Hirsch apuntaba en su momento a la idea de que “aunque el libre albedrío no pueda probarse completamente, debemos tener en cuenta a favor del autor aquellos hechos que, conforme a la imagen indeterminista del hombre que rige en la sociedad y que es sentida por los individuos, *excluyen* su culpabilidad”<sup>168</sup>; c) En mi opinión, sin embargo, todo ello no resta validez a la argumentación acerca de la indemostrabilidad del libre arbitrio en tanto que presupuesto biofísico del que partía el derecho penal retribucionista para formular la culpabilidad como un juicio de reproche por “no haber actuado de otro modo”, lo que se ve corroborado actualmente en gran medida por los resultados de la investigación sobre el cerebro.<sup>169</sup>

---

<sup>166</sup> RUDOLPHI, H. J. (1969). **Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums**. Göttingen: Schwartz, 2013. p. 13 y ss.

<sup>167</sup> SCHÜNEMANN, B. La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo. In: \_\_\_\_\_. (Ed.). **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Madrid, 1991. p. 152 y ss.

<sup>168</sup> HIRSCH, H. J. La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana. In: ESER, A.; GIMBERNAT, E.; PERRON, W. (Ed.). **Justificación y exculpación en derecho penal**. Madrid: UCM & CEJ, 1995. p. 44.

<sup>169</sup> Un desarrollo de mi posición sobre la libertad de voluntad y su cuestionamiento actual a través de las neurociencias puede verse en Demetrio, 2011a, p. 1 y ss; Ib. 2013, p. 17 y ss. Además de la bibliografía allí citada véanse las diferentes contribuciones contenidas en las siguientes obras colectivas: Feijoo (Ed.) (2012) y Demetrio (Dir.); Maroto (Coord.) (2013).

#### 2.3.2.4 Imputación personal del hecho

Aunque la cuestión es enormemente compleja, también aquí habría que remitirse a unas reflexiones generales. Por un lado es importante poner de relieve que, dado que las condiciones de imputación del hecho al sujeto sólo deben examinarse una vez constatada la concurrencia de un hecho antijurídico, esto implica que no se trata de una “culpabilidad moral”, sino de una “imputación jurídica”. Coherentemente con ello y, según el único concepto de culpabilidad que me parece defendible en el Estado de Derecho, a saber, el de la “culpabilidad por el hecho” correspondiente al Derecho penal del hecho, entiendo que existe una interdependencia entre este último, la estructura de la culpabilidad con relación a lo injusto y su función con relación a los fines preventivos de la pena.<sup>170</sup>

En otro orden de cosas, cuando no sea posible castigar con pena al autor de un hecho antijurídico por no alcanzar determinadas condiciones psíquicas que según el modelo usual regla-excepción lo hacen posible, sin necesidad de entrar ahora en las diferente teorías que buscan una explicación al fundamento material de la culpabilidad, debe recurrirse, en su caso, a la imposición de una medida de seguridad. Esta última deberá estar rodeada de una serie de garantías ineludibles en un Estado de Derecho, para lo cual son básicos, a mi modo de ver, tres principios: el carácter post-delictual de la medida, el criterio de la peligrosidad criminal (que no simplemente social) y la limitación temporal. Estos principios fueron acogidos con acierto en el Código penal de 1995,<sup>171</sup> si bien un sector doctrinal se ha manifestado tradicionalmente en contra del mencionado en último lugar. El Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2013 se suma a dicho sector, lo que puede verse ya en la Exposición de Motivos en la que se dice que “se abandona definitivamente la idea de que las medidas de seguridad no puedan resultar más graves que las penas aplicables al delito cometido” con la fundamentación de que “las medidas de seguridad deben ser proporcionadas, no sólo a la gravedad del hecho cometido, sino también a la de aquéllos que se prevea que pudiera llegar a cometer y, por tanto, a su peligrosidad”, sin que se llegue a advertir de qué modo se puede compensar algo que aun no se ha producido ni precisar la manera en la que se llevará a cabo dicho juicio de peligrosidad que, visto desde la perspectiva de hechos que aún no han tenido lugar, lo

---

<sup>170</sup> DEMETRIO CRESPO, E. **Culpabilidad y fines de la pena**: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin. Presentación de Carlos Caro Coria. Lima: Grijley, 2008. p. 59 y ss; Id. *Shuld und Strafzwecke*. In: HEINRICH, C.; JÄGER, H. et al. (Hrsg.). **Strafrecht als Scientia Universalis**. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, 2011c. p. 689-703. p. 693 y ss.

<sup>171</sup> URRUELA MORA, A. **Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad**. Granada: Comares, 2009. p. 55 y ss.

convierte en uno de carácter pre-delictual. Por otro lado, no se puede perder de vista que las medidas de seguridad no se diferencian sustancialmente de las penas en cuanto a su carga aflictiva.<sup>172</sup> Eliminar la limitación temporal no supone en todo caso “la definitiva consagración de un sistema dualista” sino que se trata más bien de una solución de carácter defensista.<sup>173</sup>

Por otro lado, el *principio de igualdad* adquiere una especial relevancia en este ámbito pues implica tratar lo desigual de forma desigual (STC 24/1993, de 21 de enero, FJ 3), ya que, como ya señalara Torío<sup>174</sup>, la capacidad de responder al mandato o prohibición jurídica no le es dada de forma general al hombre, sino que depende de múltiples factores que hacen referencia al grado de socialización del autor. Las consecuencias a las que conduce este planteamiento pueden ir mucho más lejos, puesto que parece claro que, en palabras de García Rivas<sup>175</sup>,

el sistema penal no puede “lavarse las manos” frente al analfabetismo funcional o la deciente socialización del individuo que comete un hecho delictivo: el Estado democrático debe garantizar a ese sujeto al que no ha sido capaz de integrar socialmente por sus propias carencias y contradicciones que tampoco le va a exigir lo mismo cuando cometa un hecho delictivo en cuya ejecución se aprecie la influencia – directa o indirecta – de ese déficit de socialización. De otro modo se estaría vulnerando el principio de culpabilidad, que se cohonestaría con el valor superior de la igualdad (art. 1.1 CE).<sup>176</sup>

## 2.4 PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN

### 2.4.1 Fundamentación del Principio

El artículo 25.2 CE dispone que

las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a

---

<sup>172</sup> ZIFFER, P. Begriff der Strafe und Sicherungsverwahrung... Op. cit., p. 1080.

<sup>173</sup> Sobre el problema del monismo y dualismo en el contexto actual, cfr. Quintero, 2013, p. 651 y ss; y Ziffer (2013), que advierte que la piedra de toque de una diferenciación seria entre pena y medida se halla en la realidad de la ejecución, de modo que, desde esta perspectiva, la legitimación de un sistema de sanciones de doble vía estaría estrechamente relacionado con la multiplicación de las posibilidades de salir en libertad (p. 1083).

<sup>174</sup> TORÍO LÓPEZ, A. El concepto individual de culpabilidad In: **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Tomo 38, Fasc. 2, p. 285-301, 1985.

<sup>175</sup> GARCÍA RIVAS, N. **El poder punitivo en el estado democrático**. Cuenca: UCLM, 1996. p. 96.

<sup>176</sup> GARCÍA RIVAS, N. **El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional**. Madrid: Ministerio de Justicia, 1992. p. 96.

pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como el acceso a la cultura y el desarrollo integral de su personalidad.

Este precepto se sitúa sistemáticamente en la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero, y esto significa que goza de unas especiales características como su aplicación directa (arts. 9.1 y 53.1 CE.), regulación por Ley Orgánica (arts. 53.1 y 81 CE.), tutela especial ante los Tribunales ordinarios, y en su caso, amparo ante el Tribunal Constitucional (arts. 53.2 y 161.1.b) CE.). Sin embargo, la virtualidad práctica de todo ello es escasa en lo que se refiere al primer inciso del precepto, debido a la ambigua expresión usada por el legislador, que es interpretada de forma diversa por la doctrina.<sup>177</sup> De hecho el TC ha declarado que el principio de reeducación y reinserción social no contiene un derecho subjetivo, como tampoco un derecho fundamental susceptible de protección mediante recurso de amparo (STC 299/2005, de 21 de noviembre, FJ 2<sup>178</sup>; ATC 252/2008, de 10 de noviembre, FJ 2)<sup>179</sup>.

Se ha dicho además que concebir la reeducación y reinserción social como un derecho del condenado a pena privativa de libertad choca con la naturaleza del objeto

---

<sup>177</sup> SERRANO GÓMEZ, A.; SERRANO MAÍLLO, M. I. **El mandato constitucional hacia la reeducación y reinserción social**. Madrid: Dykinson, 2012. p. 20.

<sup>178</sup> **STC 299/2005, de 21 de noviembre, FJ 2** (las cursivas son mías): “Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el art. 25.2 CE, en cuanto alude a la orientación de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social, *no contiene un derecho subjetivo, ni menos aún un derecho fundamental, susceptible de protección en vía de amparo, sino tan sólo un mandato del constituyente al legislador y a la Administración penitenciaria para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad*, de modo que todo lo relacionado con los permisos de salida es una cuestión situada esencialmente en el terreno de la aplicación de la legalidad ordinaria (por todas, STC 115/2003, de 16 de junio, FJ 3). Del mismo modo, hemos señalado que *el art. 25.2 CE no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de las penas privativas de libertad ni, por lo tanto, que haya de considerarse contraria a la Constitución la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicha finalidad* (por todas, STC 167/2003, de 29 de septiembre, FJ 6)”.

<sup>179</sup> Véase ya en este sentido el **Auto 25/1995 de 30 de enero, FJ 6**, en el que el TC se pronuncia al respecto como respuesta a la alegación de un ciudadano juzgado transcurridos catorce años desde la realización de los hechos, y condenado a pena de privación de libertad pese a que, en ese tiempo, se había convertido en un ciudadano trabajador, asentado en un puesto de responsabilidad y estable. Entiendo, sin embargo, que la aplicación de las penas privativas de libertad en estos supuestos no sólo viola el sentir constitucional de la orientación de las mismas hacia la reeducación y reinserción social del reo, sino que igualmente es contraria a la prevención general positiva, en cuanto que el cumplimiento de dichas penas es valorado socialmente como algo “injusto” e “innecesario”. Creemos, por tanto, que el único fin que subsiste para poder fundamentarlas es la retribución. Junto a ello, no hay que olvidar que se está haciendo cargar al ciudadano con las consecuencias de una justicia lenta, y por tanto, ineficaz desde el punto de vista preventivo, lo que viola el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (Demetrio, 1999, p. 71).

de protección, ya que en realidad se trata de remover los obstáculos que impiden la plena integración social de los condenados a pena privativa de libertad, por lo que se integra mejor en los parámetros constitucionales del Estado social que del Estado de Derecho.<sup>180</sup> En opinión de Córdoba Roda<sup>181</sup>

el propósito al cual la referida norma parece responder, es de acoger el principio de humanidad que proscribe la imposición de sanciones inútiles, cuando no claramente perjudiciales para el condenado, por la injusticia y crueldad que supondría la aplicación de tal clase de males, y al deseo de adaptar así las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad a las exigencias actuales de las ciencias criminológica y penal.

La Constitución Española menciona expresamente el fin resocializador sin excluir expresamente otros fines. Berdugo Gómez de la Torre<sup>182</sup> pone de relieve que

aunque el artículo 25.2 de la Constitución contenga un pronunciamiento expreso sobre la orientación de las penas y medidas de privación de libertad hacia la reinserción social del reo, su contenido no excluye ni la coexistencia con éste de otros fines, ni que otra clase de penas persigan éste u otros fines”.

Incluso se puede afirmar que la Constitución recoge tácitamente el fin de la prevención general al afirmar que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, pues la función de la pena depende de la del Estado, y éste debe cumplir una función intervencionista para la protección de bienes en la sociedad. El TC se ha pronunciado en este mismo sentido en numerosas sentencias (SSTC 19/1988 de 16 de febrero, FJ 9<sup>183</sup>; 75/1998, de 31 de marzo, FJ 2; 159/1999, de 04 de julio, FJ 4; entre otras).

---

<sup>180</sup> PÉREZ MANZANO, M. **Culpabilidad y prevención**: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena. Madrid: UAM, 1986. p. 241.

<sup>181</sup> CÓRDOBA RODA, J. La pena y sus fines en la Constitución española de 1978. **Revista de Sociología**, Madrid, n. 13, p. 129-140, 1980. p. 562.

<sup>182</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. El proyecto de código penal de 1992: cuestiones de parte general. **Revista del Foro Canario**, Las Palmas de Gran Canaria, v. 2, n. 87, jul. 1995. p. 68.

<sup>183</sup> **STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 9** (las cursivas son mías): “La reeducación y la resocialización – que no descartan, como hemos dicho, otros fines válidos de la norma punitiva – han de orientar el modo de cumplimiento de las privaciones penales de libertad en la medida en que éstas se presten, principalmente por su duración, a la consecución de aquellos objetivos, pues el mandato presente en el enunciado inicial de este art. 25.2 tiene como destinatarios primeros al legislador penitenciario y a la Administración por él creada, según se desprende de una interpretación lógica y sistemática de la regla, y sin perjuicio de que la misma pueda resultar trascendente a otros efectos, de innecesaria consideración ahora. *No cabe, pues, en su virtud, descartar, sin más, como inconstitucionales todas cuantas medidas privativas de libertad – tengan o no el carácter de «pena» – puedan parecer inadecuadas, por su relativamente corta duración, para cumplir los fines allí impuestos a la Ley y a la Administración penitenciarias”.*

## 2.4.2 Principio de Resocialización y Sanción Penal

En la interpretación del artículo 25.2 CE caben diversas opciones: a) entender que el fin resocializador de las penas debe impregnar todo el proceso de determinación de las penas, desde la determinación legal, pasando por la individualización judicial, y la ejecución de la pena; b) entender que el fin resocializador abarca tanto la fase de ejecución como de imposición de la pena<sup>184</sup>; c) entender que dicha finalidad tiene una dimensión fundamentalmente penitenciaria.<sup>185</sup>

En mi opinión, la opción interpretativa más adecuada del precepto es la primera, ya que la finalidad resocializadora de la pena condiciona ya el contenido posible de los marcos penales típicos en sí, de donde se deriva la inconstitucionalidad de penas que eliminen por sí mismas cualquier posibilidad de resocialización, tales como la pena de muerte, o la cadena perpetua.<sup>186</sup> Por otro lado, no tiene sentido reservarla a la ejecución penal, en primer lugar porque dicha restricción no consta en modo alguno en el texto constitucional y, en segundo lugar, porque no serviría de nada intentar ejecutar una pena orientándose en el principio resocializador, si éste no ha sido previamente considerado en la individualización de la pena correspondiente. El propio contenido de la antigua regla 1ª del artículo 66 (hoy regla 6ª) viene a apoyar esta consideración, toda vez que introduce *las circunstancias personales del reo* como criterio de la individualización judicial de la pena (Choclán, 1996, p.1518). Además, existe amplia Jurisprudencia del TS en este sentido (STS 7162/1995, de 06 de abril, FD 4; 3735/2000, de 08 de mayo, FD2; entre otras).<sup>187</sup>

---

<sup>184</sup> GARCÍA ARÁN, M. **Los criterios de determinación de la pena en el derecho español**. Barcelona, 1982, p. 186, Id. **Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995**. Pamplona: Aranzadi, 1997, p. 81

<sup>185</sup> BOIX REIG, J. Significación jurídico-penal del artículo 25.2 de la Constitución. **Escritos Penales**. Valencia: Universidad de Valencia, 1979. p. 131-132.

<sup>186</sup> CUERDA RIEZU, A. **Cadena perpetua y las penas muy largas de prisión**: por qué son inconstitucionales en España. Barcelona: Atelier, 2011, *passim*.

<sup>187</sup> **STS 7162/1995, de 06 de abril, FJ 4** (las cursivas son mías): “Las anteriores consideraciones se realizan para poner de relieve cuál es el régimen sustantivo y procesal de la acumulación jurídica de penas (art. 70.2 del Código Penal y 988 de la LECr) y su trascendencia. La Constitución Española en su art. 25 establece el principio de que las penas privativas de libertad deben estar orientadas a la rehabilitación y a la reinserción social del que las sufre, y como la Constitución no distingue esta finalidad esencial debe procurarse no solo en el momento legislativo de fijar en la ley la pena correspondiente a cada delito, o en el ejecutivo del cumplimiento de las penas dentro del sistema penitenciario, sino también en el judicial, a la hora de señalar en la Sentencia la pena correspondiente, o en determinar – en pleno uso de la jurisdicción – el límite punitivo que por aplicación de las normas legales, impida una exacerbación deshumanizada cuando en un mismo sujeto se acumulan las consecuencias punitivas de más de una Sentencia”.

El precepto presenta, además, el problema interpretativo de saber por qué restringe la finalidad de reeducación y reinserción social exclusivamente a las penas privativas de libertad y a las medidas de seguridad, excluyendo el resto de las penas, tales como las privativas de derechos y la multa. A este respecto se ha dicho que la causa es que éstas son las penas adecuadas para lograr este fin lo que resulta improbable con otras penas.<sup>188</sup> Sin embargo me parece más correcto pensar que se debe al carácter de texto informador general que tiene la Constitución, lo cual explicaría que ésta haya tenido solamente en cuenta aquellas reacciones penales que pueden suponer una mayor lesión de los derechos fundamentales.<sup>189</sup>

No debe perderse de vista, en cualquier caso, la posibilidad de que la prevención especial conduzca a lesionar los derechos inviolables del individuo: imposición de medidas indeterminadas para conseguir la eficacia del tratamiento, e incluso la propia concepción de éste último como un instrumento dirigido a alterar la personalidad del delincuente. La prevención especial, como la prevención general, encuentra sus límites normativos en la propia Constitución, y particularmente, en lo declarado en el artículo 10 de la misma, en el que *la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad se constituyen como el fundamento del orden político y de la paz social*. Resulta, por tanto, enormemente coherente, comenzar la exposición de los límites materiales al *ius puniendi*, como hace Fernando Velásquez<sup>190</sup>, partiendo del principio de dignidad de la persona humana. Se trata, en sus palabras,

del más importante límite material al ejercicio de la potestad punitiva en el seno del moderno Estado de derecho social y democrático que, desde el punto de vista histórico, ha sido considerado como el motor que ha posibilitado la racionalización del derecho penal y la evolución por él experimentada a través de los siglos...<sup>191</sup>

---

<sup>188</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. **Sobre el concepto...** Op. cit., p. 281.

<sup>189</sup> GARCÍA ARÁN, M. **Los criterios de determinación...** Op. cit., p. 187. Si bien en Italia, cuya Constitución recoge en el artículo 27.3 la orientación de las penas a la reeducación del condenado, la Corte Constitucional había defendido tradicionalmente también la teoría plurifuncional de la pena, en la sentencia n. 313 de 1990 pareció asumir una teoría de la medición de la pena exclusivamente encaminada al ideal reeducador (Manzzoni, 1996, p. 390). Destacó igualmente en esta dirección la sentencia de 25 de julio de 1994, que declaró inconstitucional la reclusión de seis meses como mínimo legal previsto para el delito de injurias. En opinión de Cascajo Castro (1996) “este pronunciamiento judicial, lejos de considerar como letra muerta el mandato constitucional sobre la finalidad reeducativa de la pena, establece que ésta no se limita a la sola fase de ejecución, sino que constituye una de las cualidades esenciales y generales que caracterizan a la pena en su contenido ontológico y la acompañan desde cuando nace, en la abstracta previsión normativa, hasta cuando en concreto se extingue” (p. 1647).

<sup>190</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. **Derecho penal**: parte general. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009. Tomo I. p. 92 y ss.

<sup>191</sup> *Ibidem*, p. 92-93. En un libro reciente Pablo Sánchez-Ostiz (2012) defiende que en la praxis político-criminal se identifican básicamente tres percepciones generalizadas sobre la persona que revisten el carácter de

## CONCLUSIÓN

1. En general aceptamos la tesis conforme a la cual, el análisis de la legitimidad de la pena, y por ende del Derecho Penal, tiene dos niveles. El primero se identifica con la necesidad de la misma para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más intolerables. El segundo tiene que ver con el esquema valorativo que ha de impregnar y limitar cualquier medio y/o fin que pretenda la consecución de aquella finalidad superior. El Derecho penal, tanto desde el punto de vista estrictamente jurídico – como conjunto de normas – como desde el punto de vista sociológico – como sistema de control social – ha de aspirar a responder al modelo de Estado constitucionalmente consagrado.

Mir Puig<sup>192</sup> ha mantenido la posición de que de los presupuestos del Estado social y democrático de Derecho recogidos en nuestra Constitución se deriva la consecuencia de que a la pena sólo pueden atribuírsele funciones preventivas. Pérez Manzano<sup>193</sup> se ha expresado en el sentido de que “de la misma manera que las concepciones liberal y social del Estado por separado tienen deficiencias, las teorías absolutas y relativas de la pena son insuficientes e inadecuadas para explicar y legitimar la pena en el Estado social y democrático de Derecho”, y ha querido interpretar la postura anteriormente mencionada de Mir Puig en el sentido por ella propuesto, señalando que en realidad “también mantiene una teoría mixta porque defiende el mantenimiento de la culpabilidad como límite de la pena, aunque entendiéndola como normal motivabilidad”<sup>194</sup>. Desde mi punto de vista hay que hacer una clara diferenciación entre lo que sería una legitimación del Derecho Penal otorgando a la culpabilidad *carácter constitutivo* no sólo para el sí de la pena, sino además para el cuánto en el marco de la individualización judicial de la pena, y la aceptación de la culpabilidad *sólo como límite liberal o principio garantista*, que no es incompatible con los presupuestos de un Derecho Penal que atribuya a la pena exclusivamente funciones preventivas.<sup>195</sup>

---

principios: a) el deber de asegurar los fundamentos de la vida social; b) el deber de respetar la libertad humana; y c) el respeto de la dignidad de la persona en los medios de protección (p. 87 y, sobre este último, p. 110 y ss).

<sup>192</sup> MIR PUIG, S. **El derecho penal en el estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994. p. 29 y ss.

<sup>193</sup> PÉREZ MANZANO, M. **Culpabilidad y prevención**: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena. Madrid: UAM, 1986. p. 236.

<sup>194</sup> *Ibidem*, p. 238, nota 80.

<sup>195</sup> DEMETRIO CRESPO, E. **Prevención general e individualización judicial de la pena**, Salamanca: Universidad de Salamanca, 1999. p. 251 y ss.

2. Este trabajo es, en varios sentidos, sólo una aproximación. En la primera parte se ha pretendido llevar a cabo una defensa de un *modelo de Derecho penal visto desde sus límites*. Como se ha podido comprobar, son muchos los aspectos básicos que conciernen a la legitimación del castigo que se ven afectados. Entre ellos ocupa un lugar preferente los ataques a los que se ha sometido una idea básica de la ciencia del Derecho penal durante mucho tiempo, aquélla según la cual la sanción penal ha de servir para algo que trasciende el hecho mismo – tan atávico como violento – de castigar, esto es, pretende proteger bienes jurídicos y, de ese modo, hacer posible la convivencia.

El enfoque que parte de la Constitución, así como del conjunto de convenios y tratados internacionales que protegen los derechos humanos en el mundo contemporáneo, ofrece una fenomenal base para el desarrollo sistemático de este modelo mediante la profundización en los límites que resultan de algunos principios constitucionales básicos que han sido objeto de análisis de la segunda parte del trabajo<sup>196</sup>. No sólo se logra por esta vía evitar un indeseable aislamiento del Derecho penal del resto del ordenamiento jurídico, sino que, poniendo al ser humano y sus derechos en el centro, se establecen las vías para contrarrestar la tendencia inmanente al autoritarismo que caracteriza al derecho penal. Nada más lejos de un programa de este tipo que una visión clausurada de la sociedad o anclada en el tiempo. Se trata más bien de no perder de vista la imagen del hombre en tanto que sujeto como punto arquimédico del estado constitucional, entendiendo por tal aquél que nos permite alejarnos del presente para poder observarlo, y que es fruto de un largo proceso que no finaliza ni permanece estático en el momento de su consagración en la Carta Magna.<sup>197</sup> El pensamiento jurídico se mueve, con todo, en el difícil balance que resulta entre ciertas contraposiciones filosófico-jurídicas elementales tales como, por un lado, la facticidad y la validez. Así como, por otro lado, la que se da entre las condiciones de validez interna y las de legitimidad externa. Una concepción progresista, dinámica y transformadora del texto constitucional, no puede olvidar ninguna de estas vertientes por mucho que se produzcan en último término superposiciones entre ellas.

---

<sup>196</sup> Véase el magnífico y detallado análisis de los límites materiales y formales que lleva a cabo Fernando Velásquez en el Capítulo Segundo de su Tratado (2009, p. 79 y ss); también Berdugo Gómez de la Torre et al. (2010), p. 43 y ss, y Luzón Peña (2012), p. 23 y ss.

<sup>197</sup> HÄBERLE, P. **Das Menschenbild im Verfassungsstaat**. Berlin: Duncker & Humblot, 1988. p. 19.

## BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M. **Medición de la respuesta punitiva y estado de derecho**. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2010.

\_\_\_\_\_. Prisión permanente revisable: Arts. 31 (3 y 4), 70.4, 76.1, 78 bis, 92, 136 y concordantes en la parte especial. In: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.); DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.). **Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 181-202.

ACALE SÁNCHEZ, M. et al. Custodia de seguridad: Arts. 96.2, 101, 102.3 y 103.2 CP. In: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.); DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.). **Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 395-402.

AGUADO CORREA, T. **El principio de proporcionalidad en derecho penal**. Madrid: Edersa, 1999.

ALCÁCER GUIRAO, R. **¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?** Barcelona: Atelier, 2003.

\_\_\_\_\_. El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional. In: MIR PUIG, S.; QUERALT JIMÉNEZ, J. J. (Dir.); FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. (Coord.). **Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 15-66.

ALEXY, R. **Theorie der Juristischen Argumentation: Die Theorie des Rationale Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1978.

\_\_\_\_\_. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

ALONSO ÁLAMO, M. Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 29, n. 9, p. 61-106, 2009a.

\_\_\_\_\_. Bien jurídico material y bien jurídico procedimental y discursivo. In: CARBONELL MATEU, J. C. et al. (Coord.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009b. p. 91-121.

\_\_\_\_\_. Fundamentación pre-positiva de los bienes jurídico-penales y derecho penal mínimo de los derechos humanos. **Revista General de Derecho Penal**, Salamanca, n. 15, p. 1-33, mayo 2011.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. **Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español**. Granada: Comares, 2001.

AMELUNG, K. **Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Athenäum, 1972.

APPEL, I. **Verfassung und Strafe**. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

ARROYO ZAPATERO, L. Prohibición de aborto y constitución. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense**, Madrid, n. extra 3, p. 195-222, 1980.

\_\_\_\_\_. Principio de legalidad y reserva de Ley en materia penal. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. 3, n. 8, p. 5-10, Mayo/Ago. 1983.

\_\_\_\_\_. Derecho penal económico y constitución. **Revista Penal**, Barcelona, n. 1, p. 1-15, 1998.

- ARROYO ZAPATERO, L. El principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea. **Revista Penal**, Barcelona, n. 3, p. 5-10, 1999.
- ATIENZA, M. Constitucionalismo y Derecho penal. In: MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.); HORTAL IBARRA, J. C. (Coord.). **Constitución y sistema penal**. Madrid; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: M. Pons, 2012. p. 19-39.
- ATIENZA, M.; GARCÍA AMADO, J. A. **Un debate sobre ponderación**. Lima; Bogotá: Palestra; Temis, 2012.
- BARBERIS, M. **Stato Costituzionale**. Modena: Mucchi, 2012.
- BARBERO SANTOS, M. Estado constitucional de derecho y sistema penal. **Direito e Cidadania**, Cabo Verde, v. 4, n. 10-11, p. 13-24, 2001.
- BECCARIA, C. **De los delitos y de las penas**. Introducción, notas y traducción de F. Tomás y Valiente. Madrid: Aguilar, 1976.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. El proyecto de código penal de 1992: cuestiones de parte general. **Revista del Foro Canario**, Las Palmas de Gran Canaria, v. 2, n. 87, p. 70-76, jul. 1995.
- \_\_\_\_\_. **Viejo y nuevo derecho penal: principios y desafíos del derecho penal de hoy**, Madrid: Iustel, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Curso de derecho penal: parte general**. 2. ed. Barcelona: Experiencia, 2010.
- BERNARDI, A. La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas. **Revista Penal**, Huelva, n. 27, p. 15-40, jan. 2011.
- \_\_\_\_\_. I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo. In: MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.); GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.). **Garantías constitucionales y derecho penal europeo**. Madrid: M. Pons, 2012. p. 39-79.
- BINDING, K. **Lehrbuch gemeinen deutschen Strafrecht**. Leipzig: Engelmann, 1902. Besonderer Teil I.
- BOIX REIG, J. Significación jurídico-penal del artículo 25.2 de la Constitución. In: **Escritos Penales**. Valencia: Universidad de Valencia, 1979. p. 107-145.
- BORJA JIMÉNEZ, E. Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena y libertad en el estado democrático de la era de la globalización: una cuestión de límites. **Revista General de Derecho Penal**, Salamanca, n. 18, p. 1-57, feb. 2012.
- CALLIES, R. P. **Theorie der Strafe im Demokratischen und Sozial Rechtsstaat**. Frankfurt am Main: Fischer, 1974.
- CANCIO MELIA, M.; GÓMEZ JARA-DÍEZ, C. (Ed.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. Madrid; Montevideo: Edisofer; B. de F., 2006. v. 1 e 2.
- CARBONELL MATEU, J. C. (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Derecho penal: concepto y principios constitucionales**. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- CEREZO MIR, J. **Derecho penal: parte general (lecciones 26-40)**, Madrid: UNED, 1997.

CORCOY BIDASOLO, M. Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales. In: MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.); HORTAL IBARRA, J. C. (Coord.). **Constitución y sistema penal**. Madrid; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: M. Pons, 2012. p. 153-173.

CÓRDOBA RODA, J. La pena y sus fines en la Constitución española de 1978. **Revista de Sociología**, Madrid, n. 13, p. 129-140, 1980.

CUELLO CONTRERAS, J. **El derecho penal español**: curso de iniciación – parte general. 2. ed. Madrid: Civitas, 1996. v. 1. (Teoría del delito).

CUERDA RIEZU, A. Proporcionalidad, efecto, desaliento y algunos silencios en la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, que otorgó el amparo a los dirigentes de Herri Batasuna. In: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. et al. (Ed.). **La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo**: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002. p. 237-256.

\_\_\_\_\_. El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio: manifestaciones cualitativas. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Tomo 62, Fas. 1, p. 157-209, 2009.

\_\_\_\_\_. El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio: manifestaciones cuantitativas. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Tomo 62, Fas. 1, p. 211-252, 2009.

\_\_\_\_\_. **Cadena perpetua y las penas muy largas de prisión**: por qué son inconstitucionales en España. Barcelona: Atelier, 2011.

DEMETRIO CRESPO, E. Compatibilismo humanista: una propuesta de conciliación entre Neurociencias y Derecho penal. In: DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.); MAROTO CALATAYUD, M. (Coord.). **Neurociencias y derecho penal**: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Madrid: Edisofer; Buenos Aires: B. de F., 2013. p. 17-42.

\_\_\_\_\_. Crítica al funcionalismo normativista. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Salamanca, n. 3, p. 13-26, 2010.

\_\_\_\_\_. **Culpabilidad y fines de la pena**: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin. Presentación de Carlos Caro Coria. Lima: Grijley, 2008.

\_\_\_\_\_. Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Salamanca, n. 14, p. 87-115, 2004.

\_\_\_\_\_. Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. **InDret**: revista para el análisis del derecho, Barcelona, n. 2, p. 1-38, 2011a.

\_\_\_\_\_. **Prevención general e individualización judicial de la pena**, Salamanca: Universidad de Salamanca, 1999.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidad penal por omisión del empresario**. Madrid: Iustel, 2009.

\_\_\_\_\_. (Coord.). **Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal**: Teoría del delito. Madrid: Iustel, 2011b. v. 2.

\_\_\_\_\_. Schuld und Strafzwecke. In: HEINRICH, C.; JÄGER, H. et al. (Hrsg.). **Strafrecht als Scientia Universalis**. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, 2011c. p. 689-703.

DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.); MAROTO CALATAYUD, M. (Coord.). **Neurociencias y derecho penal**: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Madrid: Edisofer; Buenos Aires: B. de F., 2013.

DÍEZ PICAZO, L.; NIETO MARTÍN, A. (Coord.). **Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo**. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2010.

DÍAZ REVORIO, F. J. **Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional**: significado, tipología, efectos y legitimidad. Valladolid: Lex Nova, 2001.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. **La racionalidad de las leyes penales**: práctica y teoría. Madrid: Trotta, 2003.

\_\_\_\_\_. El control de constitucionalidad de las leyes penales. In: GARCÍA VALDÉS, C. et al. (Coord.). **Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat**. Madrid: Edisofer, 2008. p. 221-262. Tomo I.

DONINI, M. La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico. In: ARROYO ZAPATERO, L.; NEUMANN, U.; NIETO MARTÍN, A. (Coord.). **Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo**. Cuenca: UCLM, 2003. p. 69-97.

\_\_\_\_\_. Principios constitucionales y sistema penal: modelo y programa. **Revista General de Derecho Penal**, Salamanca, n. 13, p. 1-20, nov. 2010.

FEIJÓO SÁNCHEZ, B. **El injusto penal y su prevención ante el nuevo código penal de 1995**. Madrid: Colex, 1997.

\_\_\_\_\_. Funcionalismo y teoría del bien jurídico. In: MIR PUIG, S.; QUERALT JIMÉNEZ, J. (Dir.); FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. (Coord.). **Constitución y principios del derecho penal**: algunas bases constitucionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 163-230.

\_\_\_\_\_. (Ed.). **Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias**. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2012.

FERNÁNDEZ, G. **Bien jurídico y teoría del delito**: un ensayo de fundamentación dogmática. Montevideo: B. de F., 2004.

FERRAJOLI, L. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995.

\_\_\_\_\_. **Garantismo**: una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta, 2006.

\_\_\_\_\_. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011.

FERRERES COMELLA, V. **Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad**. Madrid: M. Pons, 2011.

\_\_\_\_\_. El control de las leyes penales por parte de los jueces ordinarios. In: MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.); HORTAL IBARRA, J. C. (Coord.). **Constitución y sistema penal**. Madrid; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: M. Pons, 2012. p. 109-121.

FEUERBACH, F. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts**. 14. ed. Gießen: Heyer, 1847.

GARCÍA ARÁN, M. **Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995**. Pamplona: Aranzadi, 1997.

\_\_\_\_\_. **Los criterios de determinación de la pena en el derecho español**. Barcelona: Universidad de Barcelona, 1982.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. La Constitución como norma jurídica. In: PREDIERI, A.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (Coord.). **La Constitución española de 1978**: estudio sistemático. Madrid: Civitas, 1981. p. 97-160.

GARCÍA FIGUEROA, A. **Criaturas de la moralidad**: una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los Derechos. Madrid: Trotta, 2009.

GARCÍA RIVAS, N. **El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional**. Madrid: Ministerio de Justicia, 1992.

\_\_\_\_\_. **El poder punitivo en el estado democrático**. Cuenca: UCLM, 1996.

\_\_\_\_\_. La libertad vigilada y el derecho penal de la peligrosidad. **Revista General de Derecho Penal**, Salamanca, n. 16, p. 1-27, nov. 2011.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. Principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del ius puniendi. In: GONZÁLEZ RUS, J. J. (Coord.). **Estudios penales y jurídicos**: homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero. Córdoba: Universidad de Córdoba, 1997. p. 249-260.

\_\_\_\_\_. **Derecho penal**: introducción. Madrid: Universidad Complutense, 1995.

GAZEAS, N. La nueva regulación de la custodia de seguridad en Alemania: una perspectiva sobre la nueva concepción derivada de las sentencias del tribunal europeo de derechos humanos y del tribunal constitucional alemán. In: DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.); MAROTO CALATAYUD, M. (Coord.). **Neurociencias y derecho penal**: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Madrid: Edisofer; Buenos Aires: B. de F., 2013. p. 629-650.

GIMBERNAT ORDEIG, E. **Concepto y método de la ciencia del derecho penal**. Madrid: Tecnos, 1999.

\_\_\_\_\_. Presentación. In: HEDENDEHL (Ed.). **La teoría del bien jurídico**: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid; Barcelona: M. Pons, 2003. p. 11-22.

GÓMEZ MARTÍN, V. Falsa alarma, o sobre por qué la ley orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*. In: MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.); GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.). **Garantías constitucionales y derecho penal europeo**. Madrid: M. Pons, 2012. p. 331-383.

\_\_\_\_\_. Derecho penal y teoría de la democracia. In: GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. **Política criminal, reglas de imputación y derechos fundamentales**. Grupo Bogotá: Editorial Ibáñez; Universidad Santo Tomás, 2007. p. 357-369.

GONZÁLEZ RUS, J. J. **Bien jurídico y constitución (bases para una teoría)**. Madrid: Fundación Juan March, 1983.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990.

GRECO, L. **Lebendiges und Totes in Furbachs Straftheorie**. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

- GÜNTHER, H. L. **Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluß**: Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht. Köln: Heymann, 1983.
- HÄBERLE, P. **Das Menschenbild im Verfassungsstaat**. Berlin: Duncker & Humblot, 1988.
- HART-HÖNIG, H. **Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung**: Zugleich ein Beitrag zur Theorie positiver Generalprävention. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.
- HEFENDHEL, R. (Ed.). **La teoría del bien jurídico**: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid; Barcelona: M. Pons, 2007.
- HIRSCH, H. J. La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana. In: ESER, A.; GIMBERNAT, E.; PERRON, W. (Ed.). **Justificación y exculpación en derecho penal**. Madrid: UCM & CEJ, 1995. p. 33-60.
- \_\_\_\_\_. Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico. In: CEREZO MIR, J. **Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología**. Madrid: UNED, 2001. p. 371-387.
- HORDER, J. Harmless wrongdoing and the anticipatory perspective on criminalisation. In: SULLIVAN, G. R.; DENNIS, I. H. **Seeking security**. Oxford; Portland: Hart, 2012. p. 79-102.
- HORMAZÁBAL MALAREE, H. **Bien jurídico y estado social y democrático de Derecho**. Barcelona: PPU, 1991.
- HRUSCHKA, J. Kant, Feuerbach y los fundamentos del derecho penal. In: MONTIEL, J. P. (Ed.). **La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal**: ¿decadencia o evolución? Madrid; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: M. Pons, 2012. p. 87-106.
- HUSSAK, D. N. Limitations on criminalization and the general part of criminal law. In: SHUTE, S.; SIMESTER, A. (Ed.). **Criminal law theory**. Oxford: University Press, 2002. p. 13-46.
- INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (Ed.). **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 2000.
- JAKOBS, G. **Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts**. Paderborn: F. Schöningh, 2012.
- JESCHECK, H. J.; WEIGEND, T. **Tratado de derecho penal**: parte general. 5. ed. Granada: Comares, 2002.
- KELSEN, H. **Teoría pura del derecho**. 7. ed. México DF: Porrúa, 1993.
- KUHLEN, L. **La interpretación conforme a la constitución de las leyes penales**. Madrid: M. Pons, 2012.
- LAGODNY, O. **Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte**. Tübingen: Mohr, 1996.
- LAMARCA PÉREZ, C. Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, n. 20, p. 99-138, 1987.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A. ¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional. **InDret**: revista para el análisis del derecho, Barcelona, n. 39, p. 1-34, jul. 2012.
- LEÓN VILLALBA, F. J. de. **Acumulación de sanciones penales y administrativas**: sentido y alcance del principio "ne bis in idem". Barcelona: Bosch, 1998.

LOPERA MESA, G. P. **Principio de proporcionalidad y ley penal**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

\_\_\_\_\_. Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal. In: MIR PUIG, S.; QUERALT JIMÉNEZ, J. (Dir.). FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. (Coord.). **Constitución y principios del derecho penal**: algunas bases constitucionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 105-137.

LUZÓN PEÑA, D. **Curso de derecho penal**: parte general. Madrid: Universitas, 1996. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Lecciones de derecho penal**: parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

LLOBET RODRÍGUEZ, J. **Estudio de derecho penal ilustrado y clásico**. San José: Isolma, 2012.

MAIWALD, M. Zum Fragmentarisches Charackter des Strafrechts. In: SCHROEDER, F. C. et al. (Hrsg.). **Festschrift für Reinhart Maurach**. Karlsruhe: Müller, 1972. p. 9-24.

MANNOZZI, G. **Razionalità e „giustizia“ nella commisurazione della pena**. Il Just desert model e la riforma del sentencing nordamericano. Padova: CEDAM, 1996.

MARCILLA CÓRDOBA, G. Argumentación en el ámbito legislativo y prestigio de la ley penal. In: MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.); HORTAL IBARRA, J. C. (Coord.). **Constitución y sistema penal**. Madrid; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: M. Pons, 2012. p. 67-107.

MAYER, M. E. **Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts Lehrbuch**. 2. ed. Heidelberg: Winter, 1923.

MARCO FRANCIA, P. **La libertad vigilada**: trabajo final de Máster, 2012. (Inédito).

MIR PUIG, S. **Introducción a las bases del derecho penal**: concepto y método, Barcelona: Bosch, 1976.

\_\_\_\_\_. **El derecho penal en el estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994.

\_\_\_\_\_. El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal. In: CARBONELL MATEU, J. C. et al. (Coord.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. p. 1357-1382.

\_\_\_\_\_. Constitución, derecho penal y globalización. In: MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.); GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.). **Política criminal y reforma penal**. Madrid: Edisofer; B. de F., 2010. p. 3-13.

\_\_\_\_\_. **Derecho penal**: parte general. 9. ed. Barcelona: Reppertor, 2011a.

\_\_\_\_\_. **Bases constitucionales del derecho penal**. Madrid: lustel, 2011b.

MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.); GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.). **Garantías constitucionales y derecho penal europeo**. Madrid: M. Pons, 2012.

MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.); HORTAL IBARRA, J. C. (Coord.). **Constitución y sistema penal**. Madrid; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: M. Pons, 2012.

MIR PUIG, S.; QUERALT JIMÉNEZ, J. (Dir.); FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. (Coord.). **Constitución y principios del derecho penal**: algunas bases constitucionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

- MUÑOZ CLARES, J. Sobre la llamada "Doctrina Parot". **Revista General de Derecho Penal**, Salamanca, n. 18, p. 1-18, nov. 2012.
- MUÑOZ CONDE, F. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. **Legislador penal europeo**: legitimidad y racionalidad. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2011.
- NIETO MARTÍN, A. Constitución y global law. In: MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.); GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.). **Garantías constitucionales y derecho penal europeo**. Madrid: M. Pons, 2012. p. 83-104.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. **Sobre el concepto del derecho penal**. Madrid: UCM, 1981.
- PALAZZO, F. Estado constitucional de derecho y derecho penal. **Revista Penal**, Barcelona, n. 2, p. 49-60, 1998.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M. **La justificación de las leyes penales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- PÉREZ MANZANO, M. **Culpabilidad y prevención**: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena. Madrid: UAM, 1986.
- PRIETO SANCHÍS, L. **Garantismo y derecho penal**. Madrid: Iustel, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. 2. ed. Trotta: Madrid, 2003.
- \_\_\_\_\_. **La filosofía penal de la ilustración**. México DF: Inacipe, 2003.
- \_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, M. (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 123-158.
- PRITTWITZ, C. El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio?. Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal. In: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (Ed.). **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 2000. p. 427-446.
- QUINTERO OLIVARES, G. **Represión penal y estado de derecho**. Barcelona: Dirosa, 1976.
- \_\_\_\_\_. **La Justicia penal en España**. Pamplona: Aranzadi, 1998.
- \_\_\_\_\_. Monismo y dualismo: culpables y peligrosos. In: DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.); MAROTO CALATAYUD, M. (Coord.). **Neurociencias y derecho penal**: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Madrid: Edisofer; Buenos Aires: B. de F., 2013. p. 651-667.
- RAMOS PASCUA, J. A. El fundamento del vigor jurídico de los principios: Dworkin frente a Esser. **Anuario de Filosofía del Derecho**, p. 269-290, 1992.
- ROBINSON, P. H. **Principios distributivos del derecho penal**: a quién debe sancionarse y en qué medida. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: M. Pons, 2012.
- ROBLES PLANAS, R. Pena y persona jurídica: crítica del art. 31 bis CP. **Diario La Ley**, Madrid, v. 32, n. 7705, p. 1-10, set. 2011.
- ROBLES PLANAS, R.; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. (Coord.). **La crisis del derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Atelier, 2010.

- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. Expansión del derecho penal y límites constitucionales. In: CARBONELL MATEU, J. C. et al. (Coord.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. p. 1655-1672.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C. **El sistema penitenciario español ante el siglo XXI**. Madrid: Lustel, 2013.
- ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997. Tomo I.
- \_\_\_\_\_. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a análisis. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Madrid, v. 1, n. 15, p. 1-27, 2013.
- RUDOLPHI, H. J. (1969). **Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums**. Göttingen: Schwartz, 2013.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P. **Fundamentos de política criminal**. Madrid; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: M. Pons, 2012.
- SCHUHR, J. C. El principio de adecuación legal de las penas en el derecho de la Unión Europea. In: MONTIEL, J. P. (Ed.). **La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?** Madrid; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: M. Pons, 2012. p. 371-398.
- SCHÜNEMANN, B. La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo. In: \_\_\_\_\_. (Ed.). **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Madrid, 1991. p. 147-178.
- \_\_\_\_\_. ¡El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos! In: SCHÜNEMANN, B. **Aspectos puntuales de la dogmática jurídico penal**. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez; Universidad Santo Tomás, 2007. p. 251-278.
- SERRANO GÓMEZ, A.; SERRANO MAÍLLO, M. I. **El mandato constitucional hacia la reeducación y reinserción social**. Madrid: Dykinson, 2012.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: J. M. Bosch, 1992.
- \_\_\_\_\_. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Edisofer; B. de F., 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.; BALDÓ LAVILLA, F.; CORCOY BIDASOLO, M. **Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales**: parte general. Adaptado al código penal de 1995, Barcelona. J. M. Bosch, 1997.
- STÄCHELIN, G. **Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat**. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.
- \_\_\_\_\_. ¿Es compatible la “prohibición de infraprotección” con una concepción liberal del derecho penal? In: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (Ed.). **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 2000. p. 289-304.
- \_\_\_\_\_. Constitución y ley penal: la imposible convergencia. In: BABERO SANTOS, M.; JIMÉNEZ DE ASÚA, L. **Estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa**. Madrid: Universidad Complutense, 1986. p. 651-665.
- \_\_\_\_\_. La constitución penal: los derechos de la libertad. In: CAPELLA HERNÁNDEZ JR. (Ed.). **Las sombras del sistema constitucional español**. Madrid: Trotta, 2003. p. 355-382.

- TIEDEMANN, K. Constitución y derecho penal. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. 11, n. 33, p. 145-171, 1991.
- TORÍO LÓPEZ, A. El concepto individual de culpabilidad. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Tomo 38, Fasc. 2, p. 285-301, 1985.
- URRUELA MORA, A. **Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad**. Granada: Comares, 2009.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. **Derecho penal**: parte general. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009. Tomo I.
- VICENTE MARTÍNEZ, R. de. La reincidencia en el Código Penal de 1995. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Tomo 50, Fasc. 1-3, p. 169-184, 1997.
- \_\_\_\_\_. **El principio de legalidad penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- VIGANÒ, F. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la Jurisprudencia del TEDH. In: MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.); GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.). **Garantías constitucionales y derecho penal europeo**. Madrid: M. Pons, 2012. p. 311-328.
- VIVES ANTÓN, T. S. Ferrajoli y después: una reflexión sobre los fundamentos de la teoría del derecho. **Teoría & Derecho**: revista de pensamiento jurídico, Valencia, n. 13, p. 281-327, 2013.
- VORNBAUM, T. Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik. **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin, v. 123, n. 4, p. 660-690, jan. 2012.
- WEIGEND, T. Wohin Bewegt Sich das Strafrecht? Probleme und Entwicklungstendenzen im 21. Jahrhundert. In: FREUND et al. (Hg.). **Grundlagen und Dogmatik des Gesamten Strafrechtssystems**. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Berlin: Duncker & Humblot, 2013. p. 17-30.
- ZIFFER, P. Begriff der Strafe und Sicherungsverwahrung. In: Freund et al. (Hg.). **Grundlagen und Dogmatik des Gesamten Strafrechtssystems**. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, 2013. p. 1077-1091.

