

# Constitución y sanción penal (I)\*

**Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo**

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Castilla-La Mancha.

## **1. Hacia una hermenéutica constitucional penal: la interpretación constitucional de las normas penales**

### **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 (Carbonell, 1998, 83). Se trata de un ámbito al que ha dedicado especial atención la doctrina italiana (Palazzo, 1998, pp. 49 y ss) como consecuencia de la patente herencia de Franco Bricola (al respecto, Donini, 2011, pp. 43 y ss), pero en cualquier caso insuficientemente estudiado hasta el momento<sup>1</sup>.

Klaus Tiedemann (1991, p.147), 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 Constitucional influye sobre el Ordenamiento penal<sup>2</sup>. Efectivamente, la búsqueda de una nueva fisonomía constitucional del Derecho Penal debe ser concebida hoy como una tarea incesante y abierta (Cascajo, 1996, p. 1645), desde el convencimiento de que "todo jurista debe comenzar la reflexión sobre su parcela partiendo de la Constitución" (Quintero, 1998, p. 41; Ib. 1976, *passim*).

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

---

\* Ponencia presentada en el XVI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal (Universidad de Alcalá de Henares, 06-07/06/2013). El texto completo del artículo y las referencias bibliográficas aparecerán en Libertas (2013) nº 2.

<sup>1</sup> Vid., últimamente, Díez Picazo / Nieto Martín (Dir.), 2010; Mir / Queralt (Dir), 2010; Mir / Corcoy (Dir.) 2012a, Mir / Corcoy (Dir.) 2012b.

<sup>2</sup> Vid, no obstante, Lagodny (1996), Stächelin (1998), Appel (1998).

de conformidad con las mismas (Barbero, 2000, p.14). Para evitar una lectura fraccionada del texto constitucional, los principios generales que consagra y su espíritu han de servir para configurar lo que Arroyo (1987, pp. 97 ss) 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 (Terradillos,1986, p. 656) - 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 (Marcilla, 2012, pp.67 y ss). 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 (2003) en su (probablemente injusta) crítica a las tesis constitucionalistas en general (p. 182).

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, 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) (Berdugo et al., 2010, p.46).<sup>3</sup>

## **1.2 El control constitucional “a secas” de las leyes penales**

### **A) Estado Constitucional y Estado de Derecho**

---

<sup>3</sup> 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 (2007, p. 363) respecto a la misma idea condensada en un programa.

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, M. Carbonell, 2003; Barberis, 2012), bien que esté muy poco claro a qué se refiere exactamente el término. Luis Prieto (2003) 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 (pp. 124-125). 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 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” (p. 127).<sup>4</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>5</sup>. Esto mismo ha sido destacado por Manuel Atienza (2012) 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

---

<sup>4</sup> Vid., entre otras referencias, Alexy, 1978, 1986; Zagrebelsky, 2000; García Figueroa, 2009; Atienza / García Amado, 2012.

<sup>5</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).

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” (p. 21).

#### B) 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.

Kuhlen (2012) 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 (p. 24), 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 aquella “conforme a la Constitución”, la segunda hace las veces de un principio (p. 25).<sup>6</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 (*in extenso* Ferreres, 2011), 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

---

<sup>6</sup> Sobre la diferenciación entre reglas y principios véase Alexy, 1986, pp. 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).

jueces ordinarios pudieran «reconstruir» la ley, a través de una lectura que fuera más allá del círculo de las interpretaciones posibles” (Ferrerres, 2012, p. 113).

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 (Demetrio, 1999, 2004), del *garantismo*, cuyo máximo exponente es el pensamiento de Luigi Ferrajoli (1995, 2006, 2011)<sup>7</sup>. Como ha explicado con lucidez Luis Prieto (2011) 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>8</sup> con el positivismo jurídico (pp. 20 y ss).<sup>9</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 (Donini, 2003, p. 81). 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 Lascurain (2012, p.25), que puede conllevar la anulación de una norma penal- sino que debe tratarse, en mi opinión, de un control constitucional “a

---

<sup>7</sup> 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 (pp. 284 y ss).

<sup>8</sup> Sobre el pensamiento penal de esa época vid. Prieto Sanchís (2003c) y Llobet Rodríguez (2012).

<sup>9</sup> 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 (pp. 851 y ss).

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 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 (Lopera, 2006, p. 76).

## **2. Los fines del Derecho penal en el marco constitucional: el Derecho penal contemplado desde sus límites**

### **2.1** *Los “principios constitucionales” como límites y como fines del Derecho Penal*

#### **A) 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 (Ferrajoli, 1995, p. 332; Silva, 1992, p. 181). En palabras de Roxin (1997) “un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal” (p. 137). 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” (Donini, 2010, p. 2).

En definitiva, la relación entre Derecho penal y Constitución hace referencia de modo esencial a la legitimidad y a los límites del *ius puniendi* (Arroyo, 1998, p. 1). Este objeto de estudio se corresponde con lo que tradicionalmente se ha llamado “Derecho penal subjetivo”, y su análisis, como señala Gimbernat (1999), 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 (p. 26).

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 (Cuello, 1996, pp. 54 y ss) 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 (Silva,1992, pp. 187, 210, 242). 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 (Donini, 2010, p. 4). La idea clave, que recientemente ha recordado Mir Puig (2011b), 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” (p. 14).

#### B) 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 (Appel, 1998, p. 18).

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 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 (Appel, 1998, pp. 163 ss). A partir de estas premisas resultaría posible, por ejemplo, razonar la inconstitucionalidad de la fórmula “culpabilidad + peligrosidad: inocuización” 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) (con detalle, Borja, 2012, pp. 25 y ss; Gazeas, 2013; Ziffer, 2013, pp. 1087-1090).

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 (García Rivas, 2012, p. 23; Marco, 2012, p. 59), 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>10</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 (Acale, 2013, pp. 181 y ss, p. 189). Curiosamente la propia Exposición de Motivos del anteproyecto viene a reconocer la inhumanidad 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” (Acale, 2010, p. 330).

## **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

---

<sup>10</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, pp. 386 y ss.).

principios constitucionales en este terreno (Vid., p.e, Mir, 2010, pp. 8 y ss; Corcoy, 2012, pp. 153 y ss; Weigend, 2013, pp. 22 y ss.).

#### A) 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, Silva, 2011), cuya expresión más grosera ha quedado simbolizada en el fatídico “derecho penal del enemigo” (por todos, Cancio/Gómez-Jara, 2006), 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 (Rodríguez Montañés, 2009, pp. 1660 ss). Especialmente significativa resulta en este sentido la llamada *Doctrina Parot*, en virtud de la cual se hizo posible “sortear la prohibición de retroactividad desfavorable” (Muñoz Clares, 2012, p. 5) 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” (Demetrio, 2004, p. 92). 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>11</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 (Muñoz Clares, 2012, p. 1 y ss; Rodríguez Yagüe, 2013, pp. 126 y ss).

---

<sup>11</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).

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 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>12</sup>, en la que se establece la violación de los artículos 5.1 y 7 del Convenio (Muñoz Clares, 2012, pp. 6 y ss). Mientras que en la STC 40/2012 de 29 de marzo no se concedió el amparo<sup>13</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>12</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>13</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).

B) 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 (Hormazábal, 1991, pp. 7 y ss). 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 autopoietico (Demetrio, 2010, pp. 13 ss; Donini, 2010, p. 20, esp. nota 45).

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 (Jakobs, 2012), 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 (Hirsch, 2001, p. 386).

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 de legitimidad política aplicables (como afirma Feijoo, 2010, p. 226), *pero esto no la convierte, a mi juicio, en un instrumento vacío de contenido, sino sólo en uno manipulable*. Afirmar lo contrario podría conducir a incurrir en algo parecido a lo que

denuncia Enrique Gimbernat (2003) 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” (p. 13).

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 (Alonso, 2011, p. 13; Ib., 2009a, p. 69; Ib., 2009b, p. 115; Roxin, 2013, pp. 6 y ss). 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 (Fernández, 2004, *passim*). 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 (Alcácer, 2003, pp. 116-119). Más allá va Schünemann (2007) al afirmar que la negación de la teoría penal del bien jurídico implica a su vez la negación de los fundamentos del estado de derecho democrático liberal (p. 257).

### **3. Derechos Fundamentales como límite al Derecho penal**

#### **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 de un Estado, sino que aparece vinculado a normas superiores, la Constitución, pero también los tratados internacionales suscritos por dicho

Estado que protegen derechos fundamentales a los que aquél por su propia naturaleza afecta<sup>14</sup>, puede asimismo entrar en conflicto con ellas.

En este sentido advierte José Manuel Paredes Castañón (2013) 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>15</sup>.

### **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 imponiendo una condena penal (STC 110/2000, de 05 de mayo, FJ 5<sup>16</sup>, entre otras). *Los*

---

<sup>14</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, pp. 83 y ss).

<sup>15</sup> Agradezco al autor que me haya permitido consultar y citar el texto antes de su publicación.

<sup>16</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 S TEDH 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

*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 (Viganò, 2012, pp. 311 ss, 322 ss).

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 “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 6º)<sup>17</sup>.

---

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>17</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

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 (Donini, 2010, p. 18). En todo caso, un “control de constitucionalidad mínimo”, como afirma Paredes Castañón (2013), 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 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>18</sup>, entre otras). Más

---

(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>18</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

concretamente en la STC 110/2000, de 05 de mayo<sup>19</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 (Rodríguez Montañés, 2009, p. 1667).

---

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>19</sup> Vid. supra extracto de la sentencia citado en la nota 8.