

# **De la legalidad penal a la juridicidad proporcional como criterio de limitación de la potestad punitiva**

**Roberto Andrés Navarro Dolmestch**

Tesis Doctoral UDC / 2021

**Directora: Patricia Faraldo Cabana**

Programa Oficial de Doctorado en Derecho  
regulado por el R.D. 99/2011, de 28 de enero



UNIVERSIDADE DA CORUÑA



## A QUIEN CORRESPONDA

PATRICIA FARALDO CABANA, Catedrática de Derecho Penal de la Universidade da Coruña, en mi condición de directora de la tesis doctoral desarrollada por el doctorando Roberto Andrés Navarro Dolmestch, bajo el título «De la legalidad penal a la juridicidad proporcional como criterio de limitación de la potestad punitiva»

## A U T O R I Z O :

El depósito de la tesis doctoral, que cumple con los requisitos exigidos por la Universidade da Coruña para optar al grado de doctor.

Y para que conste a los efectos oportunos expido, a solicitud del interesado, la presente constancia en A Coruña a 14 de mayo de 2021.

Fdo.: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Patricia Faraldo Cabana



## Resumen

Esta tesis doctoral aborda el análisis de las incapacidades estructurales de la legalidad penal para actuar como limitación a la potestad punitiva. Sobre la base de la constatación de tales incapacidades, se propone que es la proporcionalidad, en el sentido en el que ha sido primeramente desarrollada por la jurisdicción constitucional alemana, la que podría actuar eficazmente como tal aparato de contención del poder punitivo del Estado. La adopción de la proporcionalidad como estatuto de limitación de la potestad punitiva requiere adaptarla a las exigencias conceptuales del Derecho Penal, dando lugar a lo que se propone denominar juridicidad proporcional.

La adopción de la juridicidad proporcional requiere, en todo caso, la aceptación de la premisa de que la prohibición penal contenida en la norma primaria o de conducta que emana del tipo penal, así como la consecuencia que emana de la norma secundaria que complementa a la anterior, son injerencias en derechos fundamentales. Esto es, que, por regla general, la conducta prohibida por el tipo penal se encuentra dentro del supuesto de hecho de derechos fundamentales, como la libertad u otros. Si se acepta este presupuesto, se puede concluir que, en tanto injerencia, la prohibición penal debe cumplir con los estándares de la juridicidad proporcional.



## Resumo

Esta tese doutoral aborda a análise das incapacidades estruturais da legalidade penal para actuar como limitación á potestade punitiva. Sobre a base da constatación de tales incapacidades, proponse que é a proporcionalidade, no sentido no que foi desenvolvida pola xurisdición constitucional alemá, a que podería actuar eficazmente como tal aparello de contención do poder punitivo do Estado. A adopción da proporcionalidade como estatuto de limitación da potestade punitiva require adaptala ás esixencias conceptuais do Dereito Penal, dando lugar ao que se propón denominar *juridicidad proporcional*.

A adopción da *juridicidad proporcional* require, en todo caso, a aceptación da premissa de que a prohibición penal contida na norma primaria ou de conduta que emana do tipo penal, así como a consecuencia que emana da norma secundaria que complementa á primeira, son inxerencias en dereitos fundamentais. Isto é, que, por regra xeral, a conduta prohibida polo tipo penal atópase dentro do suposto de feito da liberdade ou doutros dereitos fundamentais. Se se acepta a corrección deste orzamento, pódese concluír en que, en tanto inxerencia, a prohibición penal debe cumprir cos estándares da *juridicidad proporcional*.



## Abstract

This doctoral thesis addresses the analysis of structural incapacities of Criminal Law to act as a limitation to punitive power. On the basis of the verification of such incapacities, it is proposed that it is proportionality, in the sense that it was unleashed by the German constitutional jurisdiction, that it could act effectively as such a containment device for the punitive power of the State. The adoption of proportionality as a statute of limitation of the punitive power requires its adaptation to conceptual grounds of the Criminal Law, giving rise to what is proposed to be called proportional lawfulness.

The adoption of proportional lawfulness requires, in any case, acceptance of the premise that the criminal prohibition contains a primary norm or conduct norm that emanates from the offence description by law, as well as a consequence that emanates from the secondary norm that complements the first one, are irrelevant in fundamental rights. By general rule, a forbidden criminal conduct falls within the scope of freedom or other fundamental rights. It is accepted to correct this plan, it can be concluded that, as interference, the criminal prohibition must comply with the standards of proportional lawfulness.



# Contenido

Resumen . . . . .	v
Resumo . . . . .	vii
Abstract . . . . .	ix
Contenido . . . . .	xi
Abreviaturas utilizadas. . . . .	xix
Índice de autoridades. . . . .	xxi
Introducción general . . . . .	1

## Capítulo I. El origen de la legalidad penal

1. Introducción al Capítulo I . . . . .	13
2. El modelo penal ilustrado . . . . .	15
2.1. La ley . . . . .	15
2.2. La Ilustración y el Derecho Penal . . . . .	17
2.3. Juridicidad y legalidad penal . . . . .	20
2.3.1. Legalidad como <juridicidad> . . . . .	20
2.3.2. Legalidad penal. . . . .	22
2.3.3. La libertad y el Derecho Penal en la comprensión ilustrada. Remisión . . . . .	27
2.4. El programa humanizador . . . . .	27
3. La influencia del Estado legalista. Remisión . . . . .	32
4. La regulación positiva de la legalidad penal. . . . .	33
4.1. La legalidad penal y su positivización nacional en la cul- tura jurídica continental. . . . .	33
4.2. Legalidad penal y <i>common law</i> . . . . .	34

4.2.1. ¿Legalidad penal en el <i>common law</i> ? . . . . .	34
4.2.2. ¿Positivización de la legalidad penal en la cultura jurídica anglosajona? . . . . .	39
4.3. La positivización de la legalidad penal en el Ordena- miento jurídico español . . . . .	41
4.4. La positivización supranacional de la legalidad penal en el Derecho internacional de los derechos humanos . . . . .	44
<b>5. igualdad penal y estrategia. . . . .</b>	<b>45</b>
5.1. El componente jurídico . . . . .	46
5.2. El componente político de la legalidad penal . . . . .	47
5.2.1. Legalidad penal y correlación de fuerzas . . . . .	50
5.2.2. La decisión sobre el orden a conservar . . . . .	51
5.2.3. Desviaciones históricas del modelo . . . . .	56
5.2.3.1. La concepción de legalidad penal en España . . . . .	56
5.2.3.2. Las experiencias europeas no democráticas del siglo xx . . . . .	59
5.3. Evaluación de la legalidad penal . . . . .	67
5.3.1. P <sub>1</sub> : legalidad penal como garantía de libertad . . . . .	67
5.3.2. P <sub>2</sub> : legalidad penal como instrumento de control . . . . .	68
5.3.3. P <sub>3</sub> : decisiones democráticamente óptimas . . . . .	68
<b>6. La legalidad penal y Estado de Derecho: fundamentos democráticos. . . . .</b>	<b>70</b>
6.1. Derechos fundamentales y legalidad penal . . . . .	71
6.2. Seguridad jurídica: predictibilidad y previsibilidad . . . . .	72
6.2.1. Predictibilidad y mandato de determinación y certeza. . . . .	76
6.2.2. Previsibilidad como prohibición de analogía . . . . .	77
6.2.3. Fundamento de la predictibilidad y la previsibilidad . . . . .	77
6.2.3.1. Legalidad penal y culpabilidad . . . . .	78
6.2.3.2. Legalidad penal y fines de la pena . . . . .	78
<b>7. Legalidad penal y separación de poderes. . . . .</b>	<b>79</b>

## Capítulo II.

### El desarrollo de la legalidad penal. ¿Su crisis?

<b>8. Introducción al Capítulo II. . . . .</b>	<b>85</b>
<b>9. Modelo de legitimación y crisis . . . . .</b>	<b>86</b>
<b>10. Tres enfoques de la «crisis» de la legalidad penal . . . . .</b>	<b>88</b>
<b>11. Primer enfoque: la juridicidad . . . . .</b>	<b>89</b>
11.1. Toma de posición: crisis de la juridicidad, pero en sentido descriptivo . . . . .	97
<b>12. Segundo enfoque: función garantista de la legalidad penal . . . . .</b>	<b>98</b>
12.1. Descripción del fenómeno . . . . .	98

12.2.	Toma de posición: crisis antigua y ausencia de mecanismos garantistas alternativos . . . . .	103
12.2.1.	Neoabsolutismo parlamentarista . . . . .	104
12.2.2.	Más espada que escudo . . . . .	111
12.2.3.	El problema: ausencia de mecanismos alternativos de garantía. . . . .	116
13.	<b>Tercer enfoque: capacidad limitadora de la legalidad penal . . . . .</b>	117
13.1.	Descripción del enfoque. . . . .	117
13.2.	Toma de posición: la legalidad penal carece de función limitadora . . . . .	119
14.	<b>¿Prescindir de la legalidad penal? . . . . .</b>	122

**Capítulo III.  
Concepto de juridicidad proporcional**

15.	<b>Introducción al Capítulo III . . . . .</b>	125
16.	<b>Norma que fundamenta la pena . . . . .</b>	126
17.	<b>Distintas posibilidades para admitir una norma que fundamenta la pena . . . . .</b>	129
17.1.	La admisibilidad por el tipo de conducta prohibida . . . . .	129
17.2.	La admisibilidad por producción . . . . .	132
17.3.	La admisibilidad por representatividad y consenso . . . . .	133
17.4.	La validez en tanto injerencia. . . . .	135
18.	<b>Libertad y Derecho Penal: la conducta prohibida y la pena como injerencias sobre derechos fundamentales . . . . .</b>	136
18.1.	El enfoque minimizador: la pena restringe la libertad . . . . .	136
18.2.	Enfoque maximizador: la norma penal como injerencia. . . . .	138
18.2.1.	Planteamiento del problema . . . . .	138
18.2.2.	La conducta típica y la pena como injerencias diferenciadas . . . . .	138
18.2.2.1.	La conducta típica . . . . .	139
18.2.2.2.	La pena. . . . .	145
18.2.3.	La norma penal es infraconstitucional . . . . .	146
18.2.4.	¿Derecho a cometer delitos? . . . . .	146
18.3.	Síntesis . . . . .	148
19.	<b>La juridicidad proporcional como regla jurídica . . . . .</b>	149
19.1.	Principios y reglas. . . . .	150
19.2.	Juridicidad proporcional penal como regla. . . . .	152
20.	<b>Juridicidad proporcional: ¿derecho o garantía? . . . . .</b>	156
20.1.	La juridicidad proporcional como derecho fundamental . . . . .	156
20.2.	El concepto de garantía . . . . .	159
20.3.	Toma de posición: la juridicidad proporcional como garantía . . . . .	160

**Capítulo IV.**  
**Estructura y operatividad**  
**de la juridicidad proporcional**

<b>21. Introducción al Capítulo IV . . . . .</b>	<b>163</b>
<b>22. Operatividad de la juridicidad proporcional: el control jurisdiccional . . .</b>	<b>164</b>
22.1. Juridicidad proporcional como garantía primaria. . . . .	165
22.2. Juridicidad proporcional como garantía secundaria . . . . .	167
22.2.1. Aplicación de la norma que fundamenta la pena al caso concreto. . . . .	168
22.2.2. Resultado desproporcionado de la norma en el caso concreto .	169
22.2.3. Corrección de una distorsión en la aplicación de la ley . . . . .	173
<b>23. Requisitos formales de la juridicidad proporcional: la vali-</b>	
<b>    dez de la norma penal prohibitiva y de la pena . . . . .</b>	<b>174</b>
23.1. La autorización constitucional para la injerencia . . . . .	174
23.1.1. En el Derecho interno español. . . . .	176
23.1.2. En el Derecho supranacional de los derechos humanos . . . . .	179
23.1.2.1. La diferencia entre <law> y <ley> . . . . .	181
23.1.3. En el Derecho europeo . . . . .	181
23.2. Injerencia contenida en una ley . . . . .	183
23.3. La exigencia de <i>lex stricta</i> . . . . .	184
<b>23.3.1. <i>Lex stricta</i> según la legalidad penal. . . . .</b>	<b>184</b>
<b>23.3.2. <i>Lex stricta</i> según la juridicidad proporcional. . . . .</b>	<b>185</b>
23.4. Injerencia penal e injerencias no-penales . . . . .	188
23.5. Juridicidad proporcional como regla de reconocimien-	
to, regla primaria y regla de adjudicación según sus destinatarios . . . . .	189
23.5.1. El legislador como destinatario de la juridicidad proporcional. .	190
23.5.2. El juez y el órgano jurisdiccional como destina-	
tarios de la juridicidad proporcional . . . . .	192
23.5.3. La juridicidad proporcional como regla de atri-	
bución y técnica de remisión . . . . .	194
<b>24. Los requisitos materiales de la juridicidad proporcional: la</b>	
<b>    legitimidad de la prohibición penal y de la pena . . . . .</b>	<b>196</b>
24.1. Marco conceptual . . . . .	197
24.2. Diferentes sentidos de la proporcionalidad en el Derecho Penal. . . . .	199
24.3. La justificación de la proporcionalidad . . . . .	204
<b>25. Los componentes del test de proporcionalidad. . . . .</b>	<b>212</b>
<b>26. El componente del fin adecuado . . . . .</b>	<b>213</b>
26.1. El fin de la prohibición es autónomo del de la pena . . . . .	215

26.2.	El fin adecuado de la prohibición penal . . . . .	217
26.2.1.	Subfunción de selección de conflictos . . . . .	220
26.2.1.1.	Acción de selección . . . . .	220
26.2.1.2.	Operación de selección . . . . .	225
26.2.2.	Subfunción de motivación de respeto. . . . .	227
26.2.2.1.	Los derechos fundamentales . . . . .	229
26.2.2.2.	Los otros valores . . . . .	232
26.2.2.3.	El carácter prospectivo de la subfunción de motivación. . . . .	234
26.2.2.3.1.	La prohibición de eficacia retroactiva en la legalidad penal . . . . .	235
26.2.2.3.2.	La prohibición de eficacia retroactiva en la juridicidad proporcional . . . . .	237
26.2.3.	Subfunción de prevención de conflictos . . . . .	241
26.2.4.	Síntesis: los fines adecuados . . . . .	241
26.2.4.1.	El delito de exhibición obscena (artículo 185 CPe) . . . . .	242
26.2.4.2.	Acceso carnal a un adolescente (artículo 365 CP chileno) . . . . .	245
26.2.4.3.	Rebelión (artículo 472 CPe) . . . . .	250
26.2.4.4.	Injurias y calumnias a la Corona . . . . .	253
26.2.4.5.	Prohibición penal del mercado de órganos humanos . . . . .	257
27.	<b>El componente de la conexión racional.</b> . . . .	261
27.1.	Prohibición del mercado de órganos humanos . . . . .	266
28.	<b>El componente de la necesidad.</b> . . . .	268
28.1.	La necesidad como componente de la proporcionalidad en general. . . . .	268
28.2.	La necesidad como componente de la juridicidad proporcional . . . . .	269
28.2.1.	Necesidad y <i>ultima ratio</i> . . . . .	270
28.2.2.	Fuente de las medidas alternativas a la prohibición penal . . . . .	272
28.2.3.	Las restricciones a la operación del componente de la necesidad . . . . .	273
28.2.4.	Comparación de una prohibición penal con otra hipotética prohibición penal alternativa . . . . .	274
29.	<b>El componente de la ponderación (proporcionalidad en sentido estricto)</b> . . . . .	277
30.	<b>Juridicidad proporcional y comportamiento anormal del Derecho Penal</b> . . . . .	282
30.1.	Expansión . . . . .	286
30.2.	Abuso de los efectos simbólicos del Derecho Penal . . . . .	297
30.3.	Populismo penal y fenómenos encubiertos . . . . .	299
30.4.	Actitud punitivista . . . . .	305

## Capítulo V.

## **La revolución de los derechos fundamentales**

<b>31. Introducción al Capítulo V . . . . .</b>	<b>309</b>
<b>32. La «revolución de los derechos fundamentales» . . . . .</b>	<b>310</b>
<b>33. La eficacia horizontal de los derechos: el modelo constitucional . . . . .</b>	<b>313</b>
33.1. Legalidad penal y constitucionalización del Derecho . . . . .	317
33.1.1. Legalidad penal: entre lo formal y lo material . . . . .	319
33.1.2. La constitucionalización del Derecho . . . . .	326
33.1.3. La ausencia de principios como un caso de búsqueda errónea .	328
33.1.4. La igualdad . . . . .	329
33.2. Juridicidad proporcional y constitucionalización del Derecho . . . . .	331
<b>34. Los derechos fundamentales como criterios para la acción estatal . . . . .</b>	<b>332</b>
34.1. Legalidad penal y deber de promoción de los derechos fundamentales .	333
34.2. Juridicidad proporcional y deber de promoción de los derechos fundamentales. . . . .	334
<b>35. La supranacionalización de los derechos fundamentales . . . . .</b>	<b>334</b>
35.1. Legalidad penal y la supranacionalización de los dere- chos fundamentales . . . . .	336
35.1.1. La autonomía de los Derechos internos . . . . .	339
35.1.2. La apertura de las fuentes de la legalidad penal en el DIDH . .	341
35.1.3. El concepto de Derecho (iure) en el CEDH . . . . .	345
35.1.3.1. Tenor literal: la diferenciación entre <Ley> y <Law>	345
35.1.3.2. Concepto unitario de law/Derecho en el CEDH . .	346
35.1.3.3. Interpretación judicial y creación del Derecho Penal	347
35.1.3.4. Accesibilidad y predictibilidad. . . . .	349
35.1.4. Irretroactividad en el DIDH: la cláusula Núremberg . . . . .	353
35.1.4.1. Irretroactividad y nullum crimen sine iure. . . . .	355
35.1.4.2. Carácter excepcional de la cláusula Núremberg. . .	356
35.1.4.3. La cláusula Núremberg en el desarrollo del TEDH .	357
35.1.5. Efectos en el ámbito interno de la legalidad penal según el DIDH. . . . .	360
35.2. Juridicidad proporcional y supranacionalización de los derechos fundamentales. . . . .	368
<b>Conclusiones. . . . .</b>	<b>369</b>
<b>Anexos. . . . .</b>	<b>377</b>
<b>36. Tabla 5. Consagración positiva de la legalidad penal en paí-     ses de cultura jurídica continental que integran la Unión     Europea y la Organización de Estados Americanos . . . . .</b>	<b>377</b>

37. Tabla 6. Aspectos de la legalidad penal positivizados en países miembros de la Unión Europea . . . . .	388
38. Tabla 7. Aspectos de la legalidad penal positivizados en países miembros de la Organización de Estados Americanos . . . . .	390
39. Tabla 8. Consagración positiva de la legalidad penal en países de cultura del <i>common law</i> pertenecientes a la <i>Commonwealth</i> . . .	392
40. Tabla 9. Tabla comparativa de las disposiciones sobre legalidad penal contenidas en tratados internacionales incorporados al ordenamiento interno español . . . . .	407
41. Tabla 10. Cláusulas específicas de restricción incluidas en el CEDH . . . .	410
42. Tabla 11. Cláusulas específicas de restricción incluidas en el PIDCP . . . .	411
Bibliografía citada . . . . .	413



## Abreviaturas utilizadas

AP	Audiencia Provincial.
BOE	Boletín Oficial del Estado español ( <a href="https://www.boe.es/">https://www.boe.es/</a> ).
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos adoptada en San José de Costa Rica entre el 7 al 22 de noviembre de 1969.
CCe	España. Código Civil. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. «Gaceta de Madrid» n° 206, de 25 de julio de 1889.
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea. Versión consolidada publicada en el DOUE de 7.6.2016, pp. 389-405. Incorporado al Ordenamiento español por medio de la ratificación del Tratado de modificación del Tratado de la Unión Europea y del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (Tratado de Lisboa), BOE n° 286, de 27.11.2009.
CDN	Convención de Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de ratificación por España publicado en el BOE n° 313, de 31.12.1990.
CE	España: Constitución Española, BOE n° 311 de 29 de diciembre de 1978.
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Instrumento de Ratificación, BOE n° 243, de 10.10.1979. Enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. Asimismo, Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983, BOE n° 108 de 06.05.1999.
CEDH-P7	Protocolo n° 7 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, (Convenio n° 117 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984. Instrumento de ratificación por España, BOE 15.10.2009.
CPe	España: Código Penal español, aprobado por la L.O. 10/1995, BOE n° 281, de 23 de noviembre de 1995.

CPch	Chile: Código Penal chileno, DO de 12 de noviembre de 1874.
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948.
DPI	Derecho Penal Internacional.
ECIJ	Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Jurisdicción obligatoria aceptada por el Reino de España por medio de declaración unilateral, BOE nº 275, de 16.11.1990.
ECPI	Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado en Roma el 17 de julio de 1998. Ratificado por España el 7 de mayo de 2002 (BOE nº 126, de 27 de mayo de 2002). Modificado por Instrumento de ratificación de la Enmienda al artículo 8 y las Enmiendas relativas al crimen de agresión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptadas en Kampala el 10 y 11 de junio de 2010 (BOE nº 310, de 24 de diciembre de 2014).
FJ	Fundamento Jurídico.
GG	Constitución Federal de Alemania (por sus siglas en alemán: <i>Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland</i> ) según la traducción al español proporcionada por el Parlamento alemán, disponible en <a href="https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf">https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf</a>
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. BOE nº 260, de 17 de septiembre de 1882.
L.O.	Ley Orgánica.
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966.  Instrumento de Ratificación de España, BOE nº 103, de 30 de abril de 1977. Asimismo, Instrumento de adhesión de 17 de enero de 1985, de España al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966, BOE nº 79 de 02.04.1985; e Instrumento de ratificación de España del Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinados a abolir la pena de muerte adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1989, BOE nº 164 de 10.07.1991.
TCch	Tribunal Constitucional chileno.
TCe	Tribunal Constitucional español.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TFUE	Unión Europea. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versión consolidada publicada en el DOUE de 7 de junio de 2016, C202, pp. 47-199. Ratificado mediante Instrumento de Ratificación del Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, BOE de 27.11.2009.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TUE	Unión Europea: Tratado de la Unión Europea. Versión consolidada publicada en el DOUE de 7.6.2016, pp. 15-45.
TS	España: Tribunal Supremo español.
S(s)	Sentencia(s).

# Índice de autoridades

## Sentencias de tribunales nacionales

- Commonwealth v. Mochan: Estados Unidos de Norteamérica. Superior Court of Pennsylvania. Commonwealth v. Mochan, 110 A.2d 788, 790 (Pa. Super. Ct. 1955).
- Knüller Ltd. V D.P.P.: Reino Unido. House of Lords. Sentencia Knüller (Publishing, Printing and Promotions) Ltd. v D.P.P. [1973] AC 435 HL, de 14.06.1972.
- McBoyle v. U.S.: Estados Unidos de Norteamérica. US Supreme Court. Sentencia 283 U.S. 25 (51 S.Ct. 340, 75 L.Ed. 816), de 09.03.1931.
- R v Oakes [1986]: Canadá. Supreme Court, sentencia de 28 de febrero de 1986. Reporte; 1 SCR 103.
- R v T: Reino Unido. Sentencia [2011] EWCA Crim 729, de 25.03.2011.
- S v Makwanyane and Another (CCT3/94) [1995] ZACC 3: Sudáfrica. Constitutional Court of South Africa, sentencia de 6.6.1995, caso The State c. T Makwanyane y M Mchunu.
- SAN 16/2005: España. Audiencia Nacional. Ponente Miguel Menéndez de Luarca. Sentencia ROJ 2016/2005 de 19.4.2005. ECLI:ES:AN:2005:2016.
- SAP Navarra 86/2018: España. Audiencia Provincial de Navarra. Ponente José Cobo Sáenz. Sentencia ROJ 86/2018, de 20.03.2018. ECLI:ES:APNA:2018:86. ID Cendoj: 312011370022018100033. Resolución nº 38/2018.
- Sh v D.P.P.: Reino Unido: House of Lords. Sentencia [1961] UKHL 1, [1962] AC 220, de 04.05.1961.
- STCch Rol 1683-10. Chile: Tribunal Constitucional. Autos Rol N° 1683-10. Sentencia de 4.1.2011.
- STCch Rol 3570-17. Chile: Tribunal Constitucional. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Pontificia Universidad Católica de Chile respecto del artículo 294 bis del Código del Trabajo y la segunda frase contenida en el artículo 4°, inciso primero de la Ley N° 19.886, en los autos RIT S-99-2016, caratulados <Sindicato de Empresa Pontificia Universidad Católica de Chile Salud UC con Pontificia Universidad Católica de Chile>, seguidos ante el 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago, por recursos de nulidad, bajo el Rol Reforma Laboral 1047-2017. Rol 3702-17, de 29 de noviembre de 2018.
- STCch Rol 3702-17. Chile: Tribunal Constitucional. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Universidad de Chile respecto del inciso primero del artículo 4° de la Ley N° 19.886, en los autos sobre recurso de protección, caratulados <Universidad de Chile con Dirección de Compras y Contratación Pública>, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 43854-2017. Rol 3702-17, de 29 de noviembre de 2018.
- STCCh Rol 3729(3751)-17: Chile. Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 3729(3751)-17, de 28.08.2017, Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de

- Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, correspondiente al boletín N° 9895-1.
- STCe 2/1987: España. Tribunal Constitucional. Sentencia n° 2/1987, de 21 de enero. ECLI:ES:TC:1987:2. BOE 10.02.1987.
- STCe 3/1988: España. Tribunal Constitucional. Sentencia n° 3/1988, de 21 de enero. ECLI:ES:TC:1988:3. BOE 05.02.1988.
- STCe 8/1992: España. Tribunal Constitucional. Sentencia n° 8/1992, de 16 de enero. ECLI:ES:TC:1992:8. BOE 13.2.1992.
- STCe 9/2011: España. Tribunal Constitucional. Sentencia n° 9/2011, de 28 de febrero. ECLI:ES:TC:2011:9. BOE 29.03.2011
- STCe 10/2015: España. Tribunal Constitucional. Sentencia n° 10/2015, de 2 de febrero. ECLI:ES:TC:2015:10. BOE 02.03.2015.
- STCe 13/2003: España. Tribunal Constitucional. Sentencia n° 13/2003, de 28.01.2003. ECLI:ES:TC:2003:13. BOE 19.02.2003.
- STCe 13/2013: España. Tribunal Constitucional. Sentencia n° 13/2013, de 28 de enero. ECLI:ES:TC:2013:13. BOE 26.02.2013.
- STCe 14/2021: España. Tribunal Constitucional. Sentencia n° 14/2021, de 28 de enero. ECLI:ES:TC:2021:14. BOE 23.2.2021.
- STCe 17/1987: España. Tribunal Constitucional. Sentencia n° 17/1987, de 13 de febrero. ECLI:ES:TC:1987:17. BOE 04.03.1987.
- STCe 21/1993: España. Tribunal Constitucional. Sentencia n° 21/1993, de 18 de enero. ECLI:ES:TC:1993:21. BOE 12.02.1993.
- STCe 22/1990: España. Tribunal Constitucional. Sentencia n° 22/1990, de 15 de febrero. ECLI:ES:TC:1990:22. BOE 02.03.1990.
- STCe 24/1996: España. Tribunal Constitucional. Sentencia 24/1996, de 13 de febrero. ECLI:ES:TC:1996:24. BOE 18.03.1996.
- STCe 24/2004: España. Tribunal Constitucional. Sentencia n° 24/2004, de 24 de febrero. ECLI:ES:TC:2004:24. BOE 26.03.2004.
- STCe 25/1984: España. Tribunal Constitucional. Sentencia n° 25/1984, de 23 de febrero. ECLI:ES:TC:1984:25. BOE 09.03.1984.
- STCe 25/2002: España. Tribunal Constitucional. Sentencia n° 25/2002, de 11 de febrero. ECLI:ES:TC:2002:25. BOE 14.03.2002.
- STCe 25/2004: España. Tribunal Constitucional. Sentencia n° 25/2004, de 26 de febrero. ECLI:ES:TC:2004:25. BOE 26.03.2004.
- STCe 26/1981: España. Tribunal Constitucional. Sentencia n° 26/1981, de 17 de julio. ECLI:ES:TC:1981:28. BOE de 13.8.1981.
- STCe 26/1994: España. Tribunal Constitucional. Sentencia n° 26/1994, de 27 de enero. ECLI:ES:TC:1994:26. BOE 02.03.1994.
- STCe 28/1988: España. Tribunal Constitucional. Sentencia n° 28/1988, de 23 de febrero. ECLI:ES:TC:1998:28. BOE 18.03.1988.
- STCe 29/2008: España. Tribunal Constitucional. Sentencia n° 29/2008, de 20 de febrero. ECLI:ES:TC:2008:29. BOE 14.03.2008.
- STCe 32/1984: España. Tribunal Constitucional. Sentencia de 08.03.1984. ECLI:ES:TC:1984:32. BOE 03.04.1984.
- STCe 34/1996: España. Tribunal Constitucional. Sentencia n° 34/1996, de 11 de marzo. ECLI:ES:TC:1996:34. BOE 17.04.1996.
- STCe 34/2005: España. Tribunal Constitucional. Sentencia 34/2005, de 17 de febrero. ECLI:ES:TC:2005:34. BOE 22.03.2005.
- STCe 34/2009: España. Tribunal Constitucional. Sentencia n° 34/2009, de 09.02.2009. ECLI:ES:TC:2009:34. BOE 14.03.2009.
- STCe 37/2011: España. Tribunal Constitucional. Sentencia n° 37/2011, de 28 de marzo. ECLI:ES:TC:2011:37. BOE 28.04.2011.
- STCe 37/2018: España. Tribunal Constitucional. Sentencia n° 37/2018, de 23 de abril. ECLI:ES:TC:2018:37. BOE 29.05.2018.
- STCe 38/2003: España. Tribunal Constitucional. Sentencia n° 38/2003, de 27 de febrero. ECLI:ES:TC:2003:38. BOE 14.03.2003.
- STCe 41/1998: España. Tribunal Constitucional. Sentencia n° 41/1998, de 24 de febrero. ECLI:ES:TC:1998:41. BOE 31.03.1998.
- STCe 41/2010: España. Tribunal Constitucional. Sentencia n° 41/2010, de 22 de julio. ECLI:ES:TC:2010:41. BOE 9.8.2010.
- STCe 42/1987: España. Tribunal Constitucional. Sentencia n° 42/1987, de 7 de abril. ECLI:ES:TC:1987:42. BOE 05.05.1987.
- STCe 42/1999: España. Tribunal Constitucional. Sentencia n° 42/1999, de 22 de marzo.

- ECLI:ES:TC:1999:42. BOE 27.04.1999.
- STCe 44/2012: España. Tribunal Constitucional. Sentencia 44/2012, de 29 de marzo. ECLI:ES:TC:2012:44. BOE 27.04.2012.
- STCe 45/2009: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 45/2009, de 19 de febrero. ECLI:ES:TC:2009:45. BOE 14.3.2009.
- STCe 48/2001. España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 48/2001, de 26 de febrero. ECLI:ES:TC:2001:48. BOE 30.03.2001.
- STCe 48/2006: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 48/2006, de 13 de febrero. ECLI:ES:TC:2006:48. BOE 16.03.2006.
- STCe 48/2007: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 48/2007, de 12 de marzo. ECLI:ES:TC:2007:48. BOE 17.04.2007.
- STCe 49/1999: España. Tribunal Constitucional. Sentencia 49/1999, de 5 de abril. ECLI:ES:TC:1999:49. BOE 27.04.1999.
- STCe 50/2003: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 50/2003, de 17 de marzo. ECLI:ES:TC:2003:50. BOE 16.04.2003.
- STCe 52/2003: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 52/2003, de 17.03.2003. ECLI:ES:TC:2003:52. BOE 16.04.2003.
- STCe 53/1994: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 53/1994, de 24 de febrero. ECLI:ES:TC:1994:53. BOE 17.03.1994.
- STCe 55/1989: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 55/1989, de 23 de febrero. ECLI:ES:TC:1989:55. BOE 14.3.1989.
- STCe 55/1996: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 55/1996, de 28 de marzo. ECLI:ES:TC:1996:55. BOE 27.4.1996.
- STCe 57/2010: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 191/2009, de 4 de octubre. ECLI:ES:TC:2010:57. BOE 29.10.2010.
- STCe 59/2008: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 59/2008, de 14 de mayo. ECLI:ES:TC:2008:59. BOE 04.06.2008.
- STCe 60/2008: España. Tribunal Constitucional. Sentencia 60/2008, de 26 de mayo. ECLI:ES:TC:2008:60. BOE 26.06.2008.
- STCe 60/2010: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 60/2010, de 7 de octubre. ECLI:ES:TC:2010:60. BOE 20.10.2010.
- STCe 61/1990: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 61/1990. ECLI:ES:TC:1990:61. BOE 04.05.1990.
- STCe 62/1982: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 62/1982, de 15 de octubre. ECLI:ES:TC:1982:62. BOE 17.11.1982.
- STCe 62/1994: España. Tribunal Constitucional. Sentencia 62/1994, de 28 de febrero. ECLI:ES:TC:1994:62. BOE 24.03.1994.
- STCe 63/2005: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 63/2005, de 14 de marzo. ECLI:ES:TC:2005:63. BOE 19.04.2005;
- STCe 69/1989: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 68/1989, de 20 de abril. ECLI:ES:TC:1989:69. BOE 19.05.1989.
- STCe 70/2002: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 70/2002, de 3 de abril. ECLI:ES:TC:2002:70. BOE 25.4.2002.
- STCe 73/2014: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 73/2014, de 8 de mayo. ECLI:ES:TC:2014:73. BOE 4.6.2014.
- STCe 75/1984: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 75/1984, de 27 de junio. ECLI:ES:TC:1984:75. BOE 30.07.1984
- STCe 75/2002: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 75/2002, de 8 de abril. ECLI:ES:TC:2002:75. BOE 25.04.2002.
- STCe 76/2008: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 76/2008, de 3 de julio. ECLI:ES:TC:2008:76. BOE 24.7.2008.
- STCe 79/2002: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 79/2002, de 8 de abril. ECLI:ES:TC:2002:79. BOE 25.04.2002.
- STCe 8/2001: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 8/2001, de 15 de enero. ECLI:ES:TC:2001:8. BOE 16.02.2001.
- STCe 83/1984.: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 83/1984, de 24 de julio, BOE 24.08.1984.
- STCe 83/1990: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 83/1990, de 4 de mayo. ECLI:ES:TC:1990:83. BOE 30.05.1990.
- STCe 86/2017: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 86/2017, de 4 de julio. ECLI:ES:TC:2017:86. BOE 19.07.2017.
- STCe 87/2001: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 87/2001, de 2 de abril. ECLI:ES:TC:2001:87. BOE 01.05.2001.
- STCe 89/1983: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 89/1983, de 2 de noviembre. ECLI:ES:TC:1983:89. BOE 02.12.1983.
- STCe 89/1993: España. Tribunal Constitucional.

- nal. Sentencia nº 89/1993, de 12 de marzo. ECLI:ES:TC:1993:89. BOE 15.4.1993.
- STCe 89/2019: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 89/2019, de 2 de julio. ECLI:ES:TC:2019:89. BOE 12.8.2019.
- STCe 90/2006: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 90/2006, de 27 de marzo. ECLI:ES:TC:2006:90. BOE 4.5.2006.
- STCe 90/2012: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 90/2012, de 7 de mayo. ECLI:ES:TC:2012:90. BOE 05.06.2012.
- STCe 91/2000: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 91/2000, de 30 de marzo. ECLI:ES:TC:2000:91. BOE 04.05.2000.
- STCe 91/2009: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 91/2009, de 20 de abril. ECLI:ES:TC:2009:91. BOE 23.05.2009.
- STCe 93/1992: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 93/1992, de 11 de junio. ECLI:ES:TC:1992:93. BOE nº 169 de 15.06.1992.
- STCe 97/2010: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 97/2010, de 15 de noviembre. ECLI:ES:TC:2010:97. BOE 17.12.2010.
- STCe 99/2008: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 99/2008, de 24 de julio. ECLI:ES:TC:2008:99. BOE 19.9.2008.
- STCe 100/2003: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 100/2003, 2 de junio. ECLI:ES:TC:2003:100. BOE 01.07.2003.
- STCe 101/2012: España. Tribunal Constitucional. Sentencia 101/2012, de 8 de mayo. ECLI:ES:TC:2012:101. BOE 05.06.2012.
- STCe 111/1993: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 111/1993, de 25 de marzo. ECLI:ES:TC:1993:111. BOE de 27.04.1993.
- STCe 112/2016: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 112/2016, de 20 de junio. ECLI:ES:TC:2016:112. BOE 28.7.2016.
- STCe 113/2002: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 113/2002, de 9 de mayo. ECLI:ES:TC:113:2002. BOE 05.06.2002.
- STCe 113/2012: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 113/2012, de 24 de mayo. ECLI:ES:TC:2012:113. BOE 20.06.2012.
- STCe 114/2012: España. Tribunal Constitucional. Sentencia 114/2012, de 24 de mayo. ECLI:ES:TC:2012:114. BOE 20.06.2012.
- STCe 118/1992: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 118/1992. ECLI:ES:TC:1992:118. BOE 14.10.1992.
- STCe 120/1990: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 120/1990, de 27 de junio. ECLI:ES:TC:1990:120. BOE 30.7.1990.
- STCe 120/1998: España. Tribunal Constitucional. Sentencia 120/1998, de 15 de junio. ECLI:ES:TC:1998:120. BOE 17.07.1998.
- STCe 120/2005: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 120/2005, de 10 de mayo. ECLI:ES:TC:2005:120. BOE 08.06.2005.
- STCe 120/2006. España: Tribunal Constitucional. Sentencia nº 120/2006, de 24 de abril. ECLI:ES:TC:2006:120. BOE 26.05.2006.
- STCe 122/1987: España. Tribunal Constitucional. Sentencia 122/1987, de 14 de julio. ECLI:ES:TC:1987:122. BOE 29.07.1987.
- STCe 123/2001: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 123/2001, de 4 de junio. ECLI:ES:TC:2001:123. BOE 03.07.2001.
- STCe 123/2002: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 123/2002, de 20 de mayo. ECLI:ES:TC:2002:123. BOE 19.06.2002.
- STCe 123/2016: España. Tribunal Constitucional. Sentencia 123/2016, de 23 de junio. ECLI:ES:TC:2016:123. BOE 28.07.2016.
- STCe 125/2001: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 125/2001, de 4 de junio. ECLI:ES:TC:2001:125. BOE 03.07.2001.
- STCe 126/2001: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 126/2001, de 4 de junio. ECLI:ES:TC:2001:126. BOE 03.07.2001.
- STCe 127/1990: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 127/1990, de 5 de julio. ECLI:ES:TC:1990:127. BOE 30.07.1990.
- STCe 127/1994: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 127/1994, de 5 de mayo. ECLI:ES:TC:2014:73. BOE 31.5.1994.
- STCe 127/2001: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 127/2001, de 4 de junio. ECLI:ES:TC:2001:127. BOE 3.7.2001.
- STCe 127/2009: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 127/2009, de 26 de mayo. ECLI:ES:TC:2009:127. BOE 20.6.2009.
- STCe 129/1996: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 129/1996, de 9 de julio. ECLI:ES:TC:1996:129. BOE 12.8.1996.
- STCe 129/1999: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 129/1999, de 1 de julio.

- ECLI:ES:TC:1999:129. BOE 30.07.1999.
- STCe 129/2003: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 129/2003, de 30 de junio. ECLI:ES:TC:2003:129. BOE 30.07.2003.
- STCe 129/2006: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 129/2006, de 24 de abril. ECLI:ES:TC:2006:129. BOE 26.05.2006.
- STCe 129/2008: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 129/2008, de 27 de octubre. ECLI:ES:TC:2008:129. BOE 21.11.2008.
- STCe 133/1987: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 133/1987, de 21 de julio. ECLI:ES:TC:1987:133. BOE 11.08.1987.
- STCe 133/1999: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 133/1999, de 15 de julio. ECLI:ES:TC:1999:133. BOE 18.08.1999.
- STCe 135/2010: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 135/2010, de 2 de diciembre. ECLI:ES:TC:2010:135. BOE 05.01.2011.
- STCe 136/1999: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 136/1999, de 20 de julio. ECLI:ES:TC:1999:136. BOE 18.08.1999.
- STCe 137/1990: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 137/1990, de 19 de julio. ECLI:ES:TC:1990:137. BOE 30.7.1990.
- STCe 137/1997: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 137/1997, de 21.07.1997. ECLI:ES:TC:1997:137. BOE 06.08.1997.
- STCe 140/1986: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 140/1986, de 11 de noviembre. ECLI:ES:TC:1986:140. BOE 10.12.1986.
- STCe 142/1999: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 142/1999, de 22 de julio. ECLI:ES:TC:1999:142. BOE 26.08.1999.
- STCe 144/2011: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 144/2011, de 26 de septiembre. ECLI:ES:TC:144:2011. BOE 26.10.2011.
- STCe 145/1993: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 145/1993, de 26 de abril. ECLI:ES:TC:1993:145. BOE 28.05.1993.
- STCe 150/1989: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 150/1989, de 25 de septiembre. ECLI:ES:TC:1989:150. BOE 18.10.1989.
- STCe 150/1991: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 150/1991, de 4 de julio. ECLI:ES:TC:1991:150. BOE 29.7.1991.
- STCe 150/1997: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 150/1997, de 29 de septiembre. ECLI:ES:TC:1997:150. BOE 30.10.1997.
- STCe 151/1997: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 151/1997, de 29 de septiembre. ECLI:ES:TC:1997:151. BOE 30.10.1997.
- STCe 151/2005: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 151/2005, de 6 de junio. ECLI:ES:TC:2005:151. BOE 08.07.2005.
- STCe 154/1990: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 154/1990, de 15 de octubre. ECLI:ES:TC:1990:154. BOE 08.11.1990.
- STCe 160/1986: España. Tribunal Constitucional. Sentencia 160/1986, de 16 de diciembre. BOE 31.12.1986.
- STCe 160/2019: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 160/2019, de 12 de diciembre. ECLI:ES:TC:2019:160. BOE 11.01.2020.
- STCe 161/1997: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 161/1997, de 2 de octubre. ECLI:ES:TC:1997:161. BOE 30.10.1997.
- STCe 161/2003: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 161/2003, de 15 de septiembre. ECLI:ES:TC:2003:161. BOE 09.10.2003.
- STCe 163/2004: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 163/2004, de 04.10.2004. ECLI:ES:TC:2004:163. BOE 09.11.2004.
- STCe 166/2012: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 166/2012, de 1 de octubre. ECLI:ES:TC:2012:166. BOE 01.11.2012.
- STCe 167/2001: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 167/2001, de 16.07.2001. ECLI:ES:TC:2001:167. BOE 14.08.2001.
- STCe 170/2002: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 170/2002, de 20.09.2002. ECLI:ES:TC:2002:170. BOE 24.10.2002.
- STCe 185/2000: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 185/2000, de 10.07.2000. ECLI:ES:TC:2000:185. BOE 11.08.2000.
- STCe 185/2014: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 185/2014, de 6 de noviembre. ECLI:ES:TC:2014:185. BOE 04.12.2014.
- STCe 188/1992: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 188/1992, de 16 de septiembre. ECLI:ES:TC:1992:188. BOE 14.10.1992.

- STCe 189/1998: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 189/1998, de 28 de septiembre. ECLI:ES:TC:1998:189. BOE 30.10.1998.
- STCe 191/2009: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 191/2009, de 28 de septiembre. ECLI:ES:TC:2009:191. BOE 21.10.2009.
- STCe 194/1998: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 194/1998, de 1 de octubre. ECLI:ES:TC:1998:194. ECLI:ES:TC:1998:194. BOE 30.10.1998.
- STCe 196/2013: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 196/2013, de 2 de diciembre. ECLI:ES:TC:2013:196. BOE 08.1.2014.
- STCe 199/2014: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 199/2014, de 15 de diciembre. ECLI:ES:TC:2014:199. BOE 20.01.2015.
- STCe 215/2016: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 215/2016, de 15 de diciembre. ECLI:ES:TC:2016:215. BOE 20.1.2016.
- STCe 218/2005: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 218/2005, 12 de septiembre. ECLI:ES:TC:2005:218. BOE 14.10.2005.
- STCe 218/2013: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 218/2013, de 19 de diciembre. ECLI:ES:TC:2013:218. BOE 17.01.2014.
- STCe 219/1989: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 219/1989, de 21 de diciembre. ECLI:ES:TC:1989:219. BOE 11.01.1990.
- STCe 221/2001: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 221/2001, de 31 de octubre. ECLI:ES:TC:2001:221. BOE 30.11.2001.
- STCe 228/2002: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 228/2002, de 9 de diciembre. ECLI:ES:TC:2002:228. BOE 10.01.2003.
- STCe 229/2003: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 229/2003, de 18.12.2003. ECLI:ES:TC:2003:229. BOE 20.01.2004.
- STCe 229/2007: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 229/2007, de 5 de noviembre. ECLI:ES:TC:2007:229. BOE 10.11.2007.
- STCe 232/1997: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 232/1997, de 16 de diciembre. ECLI:ES:TC:1997:232. BOE 21.01.1998.
- STCe 234/1997: España. Tribunal Constitucional. Sentencia 234/1997, de 18 de diciembre. ECLI:ES:TC:1997:234. BOE 21-01.1998.
- STCe 234/2007: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 234/2007, de 5 de noviembre, BOE 10.12.2007.
- STCe 235/2007: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 235/2007, de 7 de noviembre. ECLI:ES:TC:2007:235. BOE 10.12.2007.
- STCe 236/1997: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 236/1997, de 22.12.1997. ECLI:ES:TC:1997:236. BOE 21.01.1998.
- STCe 246/1991: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 246/1991, de 19 de diciembre. ECLI:ES:TC:1991:246. BOE 15.1.1992.
- STCe 256/1988: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 256/1988, de 21 de diciembre, ECLI:ES:TC:1988:256. BOE de 23.01.1989.
- STCe 262/2006: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 262/2006, de 11 de septiembre. ECLI:ES:TC:2006:262. BOE 11.10.2006.
- STCe 265/1994: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 265/1994, de 3 de octubre. ECLI:ES:TC:1994:265. BOE 08.11.1994.
- STCe 276/2000: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 276/2000, de 16 de noviembre. ECLI:ES:TC:2000:276. BOE 14.12.2000.
- STCe 278/2000: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 278/2000, de 27 de noviembre. ECLI:ES:TC:2000:278. BOE 04.01.2001.
- STCe 283/2006: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 283/2006, de 9 de octubre. ECLI:ES:TC:2006:283. BOE 16.11.2006.
- STCe 293/1993: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 293/1993, de 18 de octubre. ECLI:ES:TC:1993:293. BOE 9.11.1993.
- STCe 297/2005: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 297/2005, de 21 de noviembre. ECLI:ES:TC:2005:297. BOE 21.12.2005.
- STCe 300/2005: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 300/2005, de 21 de noviembre. ECLI:ES:TC:2005:300. BOE 21.12.2005.
- STCe 328/2006: España. Tribunal Constitucional. Sentencia 328/2006, de 20 de noviembre. ECLI:ES:TC:2006:328. BOE 20.12.2006.

- STCe 372/1993: España. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 372/1993, de 13 de diciembre. ECLI:ES:TC:1993:372. BOE 19.01.1994.
- STS 411/2009: España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente Enrique Bacigalupo Zapater. Sentencia ROJ 411/2009, de 26.01.2009. ECLI:ES:TS:2009:411. ID Cendoj : 28079120012009100074. Resolución nº 69/2009.
- STS 503/1957. España: Tribunal Supremo. Ponente: Federico Parera Albello. Sentencia ROJ 503/1957, de 8 de noviembre. ECLI:ES:TS:1957:503.
- STS 643/2019. España: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentencia ROJ 643/2019, de 26.02.2019. ECLI:ES:TS:2019:643. ID Cendoj 28079120012019100154. Resolución nº 752/2018.
- STS 753/2006. España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente Julián Sánchez Melgar. Sentencia ROJ 753/2006, de 28.02.2006. ECLI:ES:TS:2006:756. ID Cendoj: 28079120012006100135. Resolución nº 197/2006.
- STS 9099/2007: España. Tribunal Supremo. Sala de lo Pena. Ponente Miguel Menéndez de Luarca, de 1.10.2007. Sentencia ROJ 9099/2007. ECLI:ES:TS:2007:9099. ID Cendoj: 28079120012007101134. Resolución nº 798/2007.
- STS 801/2012: España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente José Maza Martín. Sentencia ROJ 801/2012, de 30 de enero. ECLI: ES:TS:2012:801. ID Cendoj 28079120012012100073. Resolución nº 71/2012.
- STS 2048/2019: España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente Vicente Magro Servet. Sentencia ROJ 2048/2019, de 20.06.2019. ECLI:ES:TS:2019:2048. ID Cendoj 28079120012019100383. Resolución nº 324/2019.
- STS 2200/2019: España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente Susana Polo García. Sentencia ROJ 2200/2019, de 04.07.2019. ECLI:ES:TS:2019:2200. ID Cendoj 28079120012019100394, nº de resolución 344/2019.
- STS 3114/2014: España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente Julián Sánchez Melgar. Sentencia ROJ 3114/2014, de 10 de junio. ECLI: ES:TS:2014:3114. ID Cendoj 28079120012014100559. Resolución nº 509/2014.
- STS 3338/2011: España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente Francisco Monterde Ferrer. Sentencia ROJ 3338/2011, de 25 de abril. ECLI: ES:TS:2011:3338. ID Cendoj 28079120012011100402. Resolución nº 299/2011.
- STS 3364/1988: España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente Luis Vivas Marzal. Sentencia ROJ 3364/1988, de 6 de mayo. ID Cendoj 28079120011988101282. ECLI: ES:TS:1988:3364.
- STS 3806/1980: España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente Fernando Cotta Márquez de Prado. Sentencia ROJ 3806/1980, de 15 de octubre. ECLI:ES:TS:1980:3806. Id Cendoj 28079120011980100001.
- STS 3864/2013. España: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente Carlos Granados Pérez. Sentencia de ROJ 3864/2013, 15.07.2013. ECLI:ES:TS:2013:3864. ID Cendoj 28079120012013100602. Resolución nº 657/2013.
- STS 4141/2015: España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente José Soriano Soriano. Sentencia ROJ 4141/2015, de 5 de octubre. ECLI: ES:TS:2015:4141. ID Cendoj 28079120012015100565. Resolución nº 549/2015.
- STS 4167/2018: España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente Miguel Menéndez de Luarca. Sentencia ROJ 4167/2018, de 14 de diciembre. ECLI: ES:TS:2018:4167. ID Cendoj 28079120012018100642. Resolución nº 656/2018.
- STS 4271/2005. España: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente Julián Sánchez Melgar. Sentencia ROJ 4271/2005, de 28 de junio. ID Cendoj 28079120012005100890. ECLI: ES:TS:2005:4271. Resolución nº 954/2005.
- STS 4632/2009: España. Tribunal Supremo. Sala en lo Penal. Ponente Francisco Monterde Ferrer. Sentencia ROJ 4632/2009, de 25.06.2009. ID Cendoj 28079120012009100691. ECLI:ES:TS:2009:4632. Resolución nº 731/2009.
- STS 4903/2013: España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentencia ROJ 4903/2013, de 11 de

- octubre. ID Cendoj 28079120012013100740. ECLI: ES:TS:2013:4903. Resolución nº 746/2013.
- STS 6405/2009: España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente Juan Berdugo Gómez de la Torre. Sentencia ROJ 6405/2009, de 21 de octubre. ID Cendoj 28079120012009100974. ECLI: ES:TS:2009:6405. Resolución nº 968/2009.
- STS 7030/2011: España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente Julián Sánchez Melgar. Sentencia ROJ 7030/2011, de 21 de octubre. ID Cendoj 28079120012011101073. ECLI: ES:TS:2011:7030. Resolución nº 1060/2011.
- STS 8070/2011: España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente José Soriano Soriano. Sentencia ROJ 8070/2011, de 28 de noviembre. ID Cendoj 28079120012011101263. ECLI: ES:TS:2011:8070. Resolución nº 1281/2011.
- STS 10135/1990: España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente Luis Vivas Marzal. Sentencia ROJ 10135/1990, de 18 de abril. ID Cendoj: 28079120011990104691. ECLI: ES:TS:1990:10135.
- STS 13490/1988: España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente José Jiménez Villarejo. Sentencia ROJ 13490/1988, de 22 de abril. ECLI:ES:TS:1988:13490. ID Cendoj 28079120011988102277.
- STS 13655/1988: España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente Luis Vivas Marzal. Sentencia ROJ 13655/1988, de 6 de mayo. ID Cendoj 28079120011988102438. ECLI: ES:TS:1988:13655.
- STS 14834/1990: España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Ponente Manuel García Miguel. Sentencia ROJ 14834/1990, de 15 de febrero. Id Cendoj: 28079120011990106562. ECLI: ES:TS:1990:14834.

## Sentencias de tribunales supranacionales

- Decisión TEDH 14685/04, *caso Penart c. Estonia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, decisión de 24.01.2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0124DEC001468504.
- Decisión TEDH 23052/04 y 24018/04, *caso Kolk y Kislyiy c. Estonia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, decisión de 17.01.2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0117DEC002305204.
- Decisión TEDH 34854/02, *caso Tess c. Letonia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, decisión de 12.12.2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1212DEC003485402.
- Decisión TEDH 51552/10, *caso Simsic c. Bosnia y Herzegovina*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, decisión de 10.04.2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0410DEC005155210.
- Decisión TEDH 65389/09, *caso Van Anraat c. Holanda*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, decisión de 06.07.2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0706DEC006538909.
- STEDH 31–32/1997/815–816/1018–1019, *caso Sheffield and Horsham c. Reino Unido*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 30.7.1998. ECLI:CE:ECHR:1998:0730JUD002298593.
- STEDH 101/15, *caso Navalnyye c. Rusia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 17.10.2017, ECLI:CE:ECHR:2017:1017JUD000010115.
- STEDH 2346/02, *caso Pretty c. Reino Unido*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 29.4.2002. ECLI:CE:ECHR:2002:0429JUD000234602.
- STEDH 3111/10, *caso Ahmet Yildirim c. Turquía*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 18.12.2012, ECLI:CE:ECHR:2012:1218JUD000311110.
- STEDH 5786/08 (GC), *caso Söderman c. Suecia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Cámara, sentencia de 12.11.2013. ECLI:CE:ECHR:2013:1112JUD000578608.
- STEDH 6538/74, *caso The Sunday Times c. Reino Unido*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Plenario, sentencia de 29.04.1979, ECLI:CE:ECHR:1979:0426JUD000653874.
- STEDH 7151/75 y 7152/75, *caso Sporrang y Lönnroth c. Suecia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia

- de 23.9.1982. ECLI:CE:ECHR:1982:-0923JUD000715175.
- STEDH 7345/12, *caso Glien c. Alemania*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 28.11.2013, ECLI:CE:ECHR:2013:1128JUD000734512.
- STEDH 8803-8811/02, 8813/02 y 8815-8819/02, *caso Doğan y Otros c. Turquía*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 29.06.2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0629JUD000880302.
- STEDH 8927/11, *caso Ruban c. Ucrania*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 12.07.2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0712JUD000892711.
- STEDH 9174/02, *caso Korbely c. Hungría*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Cámara, sentencia de 19.09.2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0919JUD000917402.
- STEDH 9532/81, *caso Rees c. Reino Unido*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 17.10.1986. ECLI:CE:ECHR:1986:1017JUD000953281.
- STEDH 10211/12 y 27505/14, *caso Ilenseher c. Alemania*: Europa. Tribunal europeo de Derechos Humanos, Gran Cámara, sentencia de 04.12.2018, ECLI:CE:ECHR:2018:-1204JUD001021112.
- STEDH 10249/03, *caso Scoppola c. Italia (Nº 2)*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Cámara, sentencia de 17.09.2009, ECLI:CE:ECHR:2009:-0917JUD001024903.
- STEDH 10843/84, *caso Cossey c. Reino Unido*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Plenario, sentencia de 27.9.1990. ECLI:CE:ECHR:1990:0927JUD001084384.
- STEDH 10890/84, *caso Gropper Radio AG y Otros c. Suiza*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Plenario, sentencia de 28.03.1990. ECLI:CE:ECHR:1990:-0328JUD001089084.
- STEDH 11082/06 y 13772/05, *caso Khodorovskiy y Lebedev*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 25.07.2013, ECLI:CE:ECHR:2013:-0725JUD001108206.
- STEDH 11801/85, *caso Kruslin c. Francia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 24.04.1990, ECLI:CE:ECHR:1990:0424JUD001180185.
- STEDH 11843/03, 11847/03 y 11849/03, *caso Custers, Deveaux y Turk c. Dinamarca*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 03.05.2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0503JUD001184303.
- STEDH 12096/14 y 39335/16, *caso Rola c. Eslovenia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 04.06.2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0604JUD001209614.
- STEDH 12157/05, *caso Liivik c. Estonia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 25.06.2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0625JUD001215705.
- STEDH 12323/11, *caso Michaud c. Francia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 05.12.2012, ECLI:CE:ECHR:2012:1206JUD001232311.
- STEDH 14038/88, *caso Soering c. Reino Unido*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Plenario, sentencia de 07.07.1989, ECLI:CE:ECHR:1989:0707JUD001403888.
- STEDH 14307/88, *caso Kokkinakis c. Grecia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 25.03.1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0525JUD001430788.
- STEDH 15065/07, *caso Aras con Turquía*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 18.11.2014, ECLI:CE:ECHR:2014:1118JUD001506507.
- STEDH 15312/89, *caso G. c. Francia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 27.09.1995, ECLI:CE:ECHR:1995:-0927JUD001531289.
- STEDH 15318/89, *caso Loizidou c. Turquía*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 23.03.1995, ECLI:CE:ECHR:1995:0323JUD001531889.
- STEDH 16084/90, *caso Protopapa c. Turquía*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 24.02.2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0224JUD001608490.
- STEDH 17475/09, *caso Varvara c. Italia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 29.10.2013, ECLI:CE:ECHR:2013:1029JUD001747509.
- STEDH 17792/07, *caso Kallweit c. Alemania*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 13.01.2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0113JUD001779207.

- STEDH 17862/91, *caso Cantoni c. Francia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 11.11.1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1115JUD001786291.
- STEDH 1828/06, 34163/07 y 19029/11, *caso G.I.E.M. S.R.L. y Otros c. Italia*: Europa. Tribunal Europeo de Derchos Humanos, Gran Cámara, sentencia de 28.06.2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0628JUD000182806.
- STEDH 19359/04, *caso M. c. Alemania*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 17.12.2009, ECLI:CE:ECHR:2009:1217JUD001935904.
- STEDH 20008/07, *caso Mautes c. Alemania*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 13.01.2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0113JUD002000807.
- STEDH 20134/05, *caso Alimuçaj c. Albania*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 07.02.2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0207JUD002013405.
- STEDH 20166/92, *caso S.W. c. Reino Unido*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 22.11.1995, ECLI:CE:ECHR:1995:1122JUD002016692.
- STEDH 20190/92, *caso C.R. c. Reino Unido*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 22.11.1995, ECLI:CE:ECHR:1995:1122JUD002019092.
- STEDH 20372/11, *caso Vyerentsov c. Ucrania*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 11.04.2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0411JUD002037211.
- STEDH 21906/04, *caso Kafkaris c. Chipre*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Cámara, sentencia de 12.02.2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0212JUD002190604.
- STEDH 21987/93, *caso Aksoy c. Turquía*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 18.12.1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1218JUD002198793.
- STEDH22414/93, *caso Chahalc. Reino Unido*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Cámara, sentencia de 15.11.1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1115JUD002241493.
- STEDH 22429/07 y 25195/07, *caso Parmak y Bakir c. Turquía*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 03.12.2019, ECLI:CE:ECHR:2019:-1203JUD002242907.
- STEDH 2312/08 y 34179/08, *caso Maktouf and Damjanović*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Gran Cámara, sentencia de 18.07.2013, ECLI:CE:ECHR:2013:-0718JUD000231208.
- STEDH 23178/94, *caso Aydin c. Turquía*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 25.09.1997, ECLI:CE:ECHR:1997:0925JUD002317894.
- STEDH 22429/07 y 25195/07, *caso Parmak y Bakir c. Turquía*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 03.12.2019, ECLI:CE:ECHR:2019:-1203JUD002242907.
- STEDH 23279/14, *caso Bergmann c. Alemania*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 07.01.2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0107JUD002327914.
- STEDH 23341/06, *caso Martirosyan c. Armenia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 05.02.2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0205JUD002334106.
- STEDH 23372/94, *caso Larissis y Otros c. Grecia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 24.02.1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0224JUD002337294.
- STEDH 23536/94 y 24408/94, *caso Başkaya y Okçuoğlu c. Turquía*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 08.07.1999, ECLI:CE:ECHR:1999:-0708JUD002353694.
- STEDH 24069/03, 197/04, 6201/06 y 10464/07, *caso Öcalan c. Turquía*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 18.03.2014, ECLI:CE:ECHR:2014:-0318JUD002406903.
- STEDH 24129/11, *caso O.R. y L.R. c. Moldavia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 30.10.2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1030JUD002412911.
- STEDH 24705/16 y 24818/16, *caso Berardi y Mularoni c. San Marino*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 10.01.2019, ECLI:CE:ECHR:2019:-0110JUD002470516.
- STEDH25067/94y25068/94, *caso Erdoğan e İnce c. Turquía*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentenciade08.07.1999, ECLI:CE:ECHR:1999:0708JUD002506794.
- STEDH 25336/04, *caso Grori c. Albania*: Eu-

- ropa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 07.07.2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0707JUD002533604.
- STEDH 25680/94, *caso I. c. Reino Unido*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 11.7.2002. ECLI:CE:ECHR:2002:0711JUD002568094.
- STEDH 25711/94, *caso Oliveira c. Suiza*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 30.07.1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0730JUD002571194.
- STEDH 25774/05, *caso Bistrović c. Croacia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 31.5.2007. ECLI:CE:ECHR:2007:0531JUD002577405.
- STEDH 25964/94, *caso Ahmed c. Austria*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 17.12.1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD002596494.
- STEDH 26261/05 y 26377/06, *caso Kasymakhunov y Saybatalov c. Rusia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 14.03.2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0314JUD002626105.
- STEDH 26629/95, *caso Witold Litwa v. Polonia*: Europa. Tribunal Europeo de Derecho Humanos, sentencia de 4.4.2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0404JUD002662995.
- STEDH 26922/14, *caso Toranzo Gómez v. España*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 20.11.2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1120JUD002692214.
- STEDH 27360/04 y 42225/07, *caso Schummer c. Alemania (nº 1)*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 13.04.2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0113JUD002736004.
- STEDH 28859/16, *caso Drėlingas c. Lituania*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 12.03.2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0312JUD002885916.
- STEDH 28957/95, *caso Christine Goodwin c. Reino Unido*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 11.7.2002. ECLI:CE:ECHR:2002:0711JUD002895795.
- STEDH 29295/95 y 29363/95, *caso Ecer y Zeyrek c. Turquía*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 27.02.2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0227JUD002929595.
- STEDH 29295/95;29363/95, *caso Ecer y Zeyrek c. Turquía*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 27.02.2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0227JUD002929595.
- STEDH 29896/14, *caso Jevtović c. Serbia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 03.12.2019, ECLI:CE:ECHR:2019:1203JUD002989614.
- STEDH 30059/15, *caso Boukrourou y Otros c. Francia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 16.11.2017, ECLI:CE:ECHR:2017:1116JUD003005915.
- STEDH 30060/04, *caso Jendrowiak c. Alemania*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 14.04.2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0414JUD003006004.
- STEDH 32377/12, *caso Werra Naturstein GmbH & Co Kg c. Alemania*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 19.1.2017. ECLI:CE:ECHR:2017:0119JUD003237712.
- STEDH 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 y 33210/96, *caso Coëme y Otros c. Bélgica*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 22.06.2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0622JUD003249296.
- STEDH 32772/02, *caso Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Suiza (Nº 2)*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Gran Cámara, sentencia de 30.6.2009. ECLI:CE:ECHR:2009:0630JUD003277202.
- STEDH 34044/96, 35532/97 y 44801/98, *caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Cámara, sentencia de 22.03.2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0322JUD003404496.
- STEDH 35343/05, *caso Vasiliauskas c. Lituania*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Cámara, sentencia de 20.10.2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1020JUD003534305.
- STEDH 36376/04, *caso de Kononov c. Letonia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 24.07.2008., ECLI:CE:ECHR:2008:0724JUD003637604.
- STEDH 36417/16, *caso X. c. Suecia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 09.01.2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0109JUD003641716.

- STEDH 36925/07, *caso Güzelyurtlu y Otros c. Chipre y Turquía*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Cámara, sentencia de 29.01.2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0129JUD003692507.
- STEDH 37201/97, *caso K.-H.W. c. Alemania*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 22.03.2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0322JUD003720197
- STEDH 37462/09, *caso Žaja c. Croacia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 04.10.2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1004JUD003746209.
- STEDH 38395/12, *caso Dallas c. Reino Unido*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 11.02.2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0211JUD003839512.
- STEDH 38450/12, *caso E.S. c. Suecia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 25.10.2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1025JUD003845012.
- STEDH 39692/09, 40713/09 y 41008/09, *caso Austin y Otros c. Reino Unido*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 15.3.2012. ECLI:CE:ECHR:2012:0315JUD003969209.
- STEDH 42750/09, *caso del Río Prada (3ra. Secc.)*: Europa. Tribunal Europeo de Derecho Humanos, Tercera Sección, sentencia de 10.07.2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0710JUD004275009.
- STEDH 42750/09, *caso Del Río Prada c. España (GC)*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Cámara, sentencia de 21.10.2013, ECLI:CE:ECHR:2013:1021JUD004275009.
- STEDH 42931/10, *caso Camilleri c. Malta*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 23.01.2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0122JUD004293110.
- STEDH 43328/14, *caso Seychell c. Malta*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 28.08.2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0828JUD004332814.
- STEDH 43631/09, *caso Harroudj c. Francia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 4.10.2012. ECLI:CE:ECHR:2012:1004JUD004363109.
- STEDH 43977/13, *caso Kadusic c. Suiza*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 09.01.2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0109JUD004397713.
- STEDH 45554/08, *caso Ashlarba c. Georgia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 15.07.2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0715JUD004555408.
- STEDH 45771/99, *caso Veeber c. Estonia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 21.01.2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0121JUD004577199.
- STEDH 45776/16, *caso Jodic c. Rumania*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 18.02.2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0218JUD004577616.
- STEDH 4646/08, *caso O.H. c. Alemania*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 24.11.2011, ECLI:CE:ECHR:2011:1124JUD000464608.
- STEDH 4837/06, *caso Segame SA c. Francia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 07.06.2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0607JUD000483706.
- STEDH 48812/09, *caso Kopytok c. Rusia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 15.01.2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0115JUD004881209.
- STEDH 51099/10, *caso Grecu c. República de Moldavia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 30.05.2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0530JUD005109910.
- STEDH 51111/07 y 42747/07, *caso Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia (Nº 2)*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 14.01.2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0114JUD005111107.
- STEDH 53984/00, *caso Radio France y Otros c. Francia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 30.03.2004. ECLI:CE:ECHR:2004:0330JUD005398400
- STEDH 54468/09, *caso Huhtamäki c. Finlandia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 06.03.2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0306JUD005446809
- STEDH 55103/00, *caso Pubk c. Estonia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 10.02.2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0210JUD005510300.
- STEDH 57592/08, *caso Hutchinson c. Reino Unido*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Cámara, sentencia

- de 17.01.2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0117JUD005759208.
- STEDH 59552/08, *caso Roblena c. República Checa*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Cámara, sentencia de 27.01.2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0127JUD005955208.
- STEDH 61827/09, *caso K c. Alemania*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 07.06.2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0607JUD006182709.
- STEDH 62936/00, *caso Moiseyev c. Rusia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 09.10.2008, Gran Cámara, sentencia de 19.09.2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0919JUD000917402.
- STEDH 65210/09, *caso G. c. Alemania*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 07.06.2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0607JUD006521009.
- STEDH 66847/12, *caso Haarde c. Islandia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 23.11.2017, ECLI:CE:ECHR:2017:1123JUD006684712.
- STEDH 67335/01, *caso Achour c. Alemania*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Cámara, sentencia de 29.03.2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0329JUD006733501.
- STEDH 67503/13, *caso Koprivnikar c. Eslovenia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 27.01.2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD006750313.
- STEDH 68273/14 y 68271/14, *caso Gestur Jónsson y Ragnar Halldór Hall c. Islandia*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 30.10.2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1030JUD006827314.
- STEDH 68762/14 y 71200/14, *caso Aliyev c. Azerbaiyán*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 20.09.2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0920JUD006876214.
- STEDH 74357/01, 26764/02 y 27434/02, *caso Kuolelis, Bartoševičius y Burokevičius c. Lituania*: Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 19.02.2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0219JUD007435701.
- STEDH 74613/01, *caso Jorgic c. Alemania*: Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 12.07.2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0712JUD007461301.
- STJUE Asunto 14/86: Europa. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 11.6.1987, Recopilación 1987, pág. 2.545.
- STJUE C-122/17: Europa. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 7.8.2018, ECLI:EU:C:2018:631.
- STJUE C-193/17: Europa. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 22.01.2019, ECLI:EU:C:2019:43.
- STJUE C-224/09: Europa. Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 0.10.2010, ECLI:EU:C:2010:594.
- STJUE C-261/20: Europa. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 15.06.2020, petición de decisión prejudicial.
- STJUE C-326/15: Europa. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 21.9.2017, ECLI:EU:C:2017:719.
- STJUE C-413/15: Europa. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 10.10.2017, ECLI:EU:C:2017:745.
- STJUE C-509/17: Europa. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 16.05.2019, ECLI:EU:C:2019:424.
- STJUE C-569/16 y C-570/16: Europa. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 6.11.2018, ECLI:EU:C:2018:871.
- STJUE C-573/17: Europa. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 24.06.2019, ECLI:EU:C:2019:530.
- STJUE C-605/15: Europa. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 21.9.2017, ECLI:EU:C:2017:718.
- STJUE C-684/16: Europa. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 6.11.2018, ECLI:EU:C:2018:874.
- STMI (Núremberg). Sentencia del Tribunal Militar Internacional (Núremberg), de 01.10.1946, caso Estados Unidos de Norteamérica, República Francesa, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas contra Hermann Göring, Rudolf Hess y otros.

## Normas jurídicas españolas

- CE 1845: España. Constitución de la Monarquía Española de 23.05.1845
- CE 1869: España. Constitución de la Nación Española, promulgada el 06.06.1869.
- CE 1876: Constitución de la Monarquía Española, aprobada el 03.06.1876.
- CE 1931: España. Constitución de la República Española, aprobada el 09.12.1931.
- CE: España: Constitución Española de 1978.
- CPe 1822: España. Código Penal, promulgado el 09.07.1822.
- CPe 1870: España. Código Penal de 18.06.1870, publicado en la Gaceta de Madrid de 31.08.1870.
- CPe: España. Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal español. BOE nº 281 de 24 de noviembre de 1995
- CPR: Chile. Constitución Política de la República de Chile de 1980, aprobada mediante decreto ley Nº 3.464, DO 11.09.1980.
- GG: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. BGBl S.1, de 23 de mayo de 1949 (según traducción al español proporcionada por el Gobierno alemán disponible en [<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>]).
- LECr: España. Ley de Enjuiciamiento Criminal. R.D. de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. BOE nº 260, de 17 de septiembre de 1882.
- Ley 39/1981: España. Ley 39/1981, de 28 de octubre, por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas. BOE nº 271, de 12.11.1981.
- Ley 4/2015. España: Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. BOE nº 101, de 28.4.2015.
- Ley 40/1979: España. Ley sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios, de 10 de diciembre. BOE nº 298, de 13.12.1979.
- Ley de Bases 79/1961: España. Ley 79/1961, de 23 de diciembre, de bases para la revisión y reforma del Código Penal y otras leyes penales. BOE nº 309, de 27.12.1961.
- L.O. 1/2003: España: Ley Orgánica 1/2003 para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los Concejales. BOE nº 60, de 11.3.2003.
- L.O. 1/2004: España. Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE nº 313, de 29.12.2004
- L.O. 1/2015: España. Ley Orgánica 1/2015 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal. BOE nº 77 de 31.3.2015.
- L.O. 1/2019: España. Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional. BOE nº 45 de 21.2.2019.
- L.O. 2/1979: España. Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. BOE nº 239, de 5.10.1979.
- L.O. 2/1998. España: Ley Orgánica 2/1998 por la que se modifican el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. BOE nº 143, de 16.6.1998.
- L.O. 2/2000: España: Ley Orgánica 2/2000 de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de prohibición del desarrollo y el empleo de armas químicas. BOE nº 8, de 10.1.2000.
- L.O. 2/2005: España. Ley Orgánica 2/2005, de 22 de junio, de modificación del Código Penal. BOE nº 149, de 23.6.2005.
- L.O. 2/2010: España. Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. BOE nº 55, de 4.3.2010.
- L.O. 2/2015: España: Ley Orgánica 2/2015 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo. BOE nº 77, de 31.3.2015.
- L.O. 2/2019: España. Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente. BOE nº 53, de 2.3.2019.
- L.O. 2/2000: España. Ley Orgánica 2/2000, de 7

- de enero, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de prohibición del desarrollo y el empleo de armas químicas. BOE nº 8, de 10.1.2000.
- L.O. 3/1998: España: Ley Orgánica 3/1998, de 25 de mayo, de Reforma del Código Penal. BOE nº 126, de 26.5.1988.
- L.O. 3/2000: España. Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. BOE nº 10, 12.1.2000.
- L.O. 3/2001: España: Ley Orgánica 3/2011 por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General. BOE nº 25, de 29.1.2011.
- L.O. 3/2002: España: Ley Orgánica 3/2002 por la que se modifican la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, y la Ley Orgánica 13/1985, del Código Penal Militar, en materia de delitos relativos al servicio militar y a la prestación social sustitutoria. BOE nº 123, de 23.5.2002.
- L.O. 3/2011: España. Ley Orgánica 3/2011, 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. BOE nº 25, de 29.1.2011.
- L.O. 4/2000: España: Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE nº 10, de 12.1.2000.
- L.O. 4/2005: España: Ley Orgánica 4/2005 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, en materia de delitos de riesgo provocados por explosivos. BOE nº 243, de 11.10.2005.
- L.O. 5/1988: España: Ley Orgánica 5/1988 sobre modificación de los artículos 431 y 432 y derogación de los artículos 239, 566.5º, 567.1.º y 3.º y 577.1.º del Código Penal. BOE nº 140, de 11.6.1988.
- L.O. 5/2000: España: Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores. BOE nº 11, de 13.1.2000.
- L.O. 5/2010: España. Ley Orgánica 5/2010 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal. BOE nº 152, de 23.6.2010.
- L.O. 6/2007: España: Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. BOE nº 125, de 25.5.2007.
- L.O. 7/1998: España: Ley Orgánica 7/1998 de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, por la que se suprimen las penas de prisión y multa para los supuestos de no cumplimiento del servicio militar obligatorio y prestación social sustitutoria y se rebajan las penas de inhabilitación para dichos supuestos. BOE nº 239, de 6.10.1998.
- L.O. 7/2000: España: Ley Orgánica 7/2000 de modificación de la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo. BOE nº 307, de 23.12.2000.
- L.O. 7/2003: España: Ley Orgánica 7/2003 de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. BOE nº 156, de 1.7.2003.
- L.O. 7/2006: España: Ley Orgánica 7/2006 de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte. BOE nº 279, de 22.11.2006.
- L.O. 7/2012: España: Ley Orgánica 7/2012 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. BOE nº 312, de 28.12.2012.
- L.O. 8/1983: España. Ley Orgánica 8/1983 de Reforma urgente y parcial del Código Penal. BOE nº 152, de 27.6.1983.
- L.O. 8/2000: España: Ley Orgánica 8/2000 de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE nº 307, de 23.12.2000.
- L.O. 9/2002: España: Ley Orgánica 9/2002 de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores. BOE nº 296, de 11.12.2002.
- L.O. 10/1995: España. Ley Orgánica Constitucional 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE nº 281, de 24.11.1995.
- L.O. 11/1999: España: Ley Orgánica 11/1999 de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995. BOE nº 104, de 1.5. 1999.
- L.O. 11/2013: España. Ley Orgánica 11/2003

de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. BOE nº 234, de 20.3.2003.

L.O. 13/2007: España: Ley Orgánica 13/2007 para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas. BOE nº 278, de 20.11. 2007.

L.O. 14/1999: España: Ley Orgánica 14/1999 de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. BOE nº 138, de 10.6.1999.

L.O. 15/2003: España. Ley Orgánica 15/2003 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995

del Código Penal. BOE nº 283, de 26.11.2003.

L.O. 15/2007: España: Ley Orgánica 15/2007 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal en materia de seguridad vial. BOE nº 288, de 1.12.2007.

L.O. 20/2003: España: Ley Orgánica 20/2003 de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código Penal. BOE nº 309, de 26.12.2003.

R.D. 1723/2012: España: Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad. BOE nº 313, de 29.12.2012.

## Normas jurídicas de la Unión Europea

Decisión marco 2002/946/JAI. Europa: Consejo de la Unión Europea. 2002/946/JAI: Decisión marco del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. DOUE L 328 de 5.12.2002, pp. 1-3. Código CELEX: 32002F0946.

Decisión marco 2003/568/JAI. Europa: Consejo de la Unión Europea. Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. DOUE L 192 de 31.7.2003, pp. 54-56. Código CELEX: 32003F0568.

Decisión marco 2004/757/JAI. Europa: Consejo de la Unión Europea. Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas. DOUE L 335 de 11.11.2004, pp. 8-11. Código CELEX: 32004F0757.

Decisión marco 2005/212/JAI. Europa: Consejo de la Unión Europea. Decisión marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. DOUE L 68 de 15.3.2005, pp. 49-51. Có-

digo CELEX: 32005F0212.

Decisión marco 2005/222/JAI. Europa: Consejo de la Unión Europea. Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información. DOUE L 69 de 16.3.2005, pp. 67-71. Código CELEX: 32005F0222.

Decisión Marco 2008/841/JAI. Europa: Consejo de la Unión Europea. Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada. DOUE DO L 300 de 11.11.2008, pp. 42-45. Código CELEX: 32008F0841.

Decisión Marco 2008/913/JAI. Europa: Consejo de la Unión Europea. Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal. DOUE L 328 de 6.12.2008, pp. 55-58. Código CELEX: 32008F0913.

Decisión Marco 2008/919/JAI. Europa: Consejo de la Unión Europea. Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo. DOUE L 330 de 9.12.2008, pp. 21-23. Código CELEX: 32008F0919.

- Decisión marco del Consejo (2001/500/JAI). Europa: Consejo de la Unión Europea. 2001/500/JAI: Decisión marco del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito. DOUE L 182 de 5.7.2001, pp. 1-2. Código CELEX: 32001F0500.
- Decisión marco del Consejo 2001/413/JAI. Europa: Consejo de la Unión Europea. 2001/413/JAI: Decisión marco del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo. DOUE L 149 de 2.6.2001, pp. 1-4. Código CELEX: 32001F0413.
- Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo. Europa: Consejo de la Unión Europea. Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo. DOUE L 164 de 22.6.2002, pp. 3-7. Código CELEX: 32002F0475.
- Decisión marco del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre falsificación de moneda y protección del euro (1). Europa: Consejo de la Unión Europea. Decisión marco del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro. DOUE L 140 de 14.6.2000, pp. 1-3. Código CELEX: 32000F0383.
- Decisión marco del Consejo, de 6 de diciembre de 2001, sobre falsificación de moneda y protección del euro (2). Europa: Consejo de la Unión Europea. Decisión marco del Consejo, de 6 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Decisión marco 2000/383/JAI sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda, con miras a la introducción del euro. DOUE L 329 de 14.12.2001, pp. 3-3. Código CELEX: 32001F0888.
- Directiva (UE) 2016/343. Europa: Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Directiva (UE) 2016/343, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio. DOUE L 65 de 11.3.2016, pp. 1-11. Código CELEX: 32016L0343.
- Directiva (UE) 2016/343. Europa: Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea. Directiva (UE) 2016/343, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio. DOUE L 65 de 11.3.2016, pp. 1-11. Código CELEX: 32016L0343.
- Directiva (UE) 2016/800. Europa: Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea. Directiva (UE) 2016/800, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales. DOUE L 132 de 21/05/2016, pp. 1-20. Código CELEX: 32016L0800.
- Directiva (UE) 2017/1371. Europa: Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea. Directiva (UE) 2017/1371, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho Penal. DOUE L 198 de 28/07/2017, pp. 29-41. Código CELEX: 32017L1371.
- Directiva (UE) 2017/2103. Europa: Consejo de la Unión Europea, Parlamento Europeo. Directiva (UE) 2017/2103, de 15 de noviembre de 2017, por la que se modifica la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo para incluir las nuevas sustancias psicotrópicas en la definición de droga y por la que se deroga la Decisión 2005/387/JAI del Consejo. DOUE L 305 de 21/11/2017, pp. 12-18. Código CELEX: 32017L2103.
- Directiva (UE) 2017/541. Europa: Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea. Directiva (UE) 2017/541, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo. DOUE L 88 de 31/03/2017, pp. 6-21. Código CELEX: 32017L0541.
- Directiva (UE) 2018/843. Europa: Consejo de la Unión Europea, Parlamento Europeo. Directiva (UE) 2018/843, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/

- CE y 2013/36/UE (Texto pertinente a efectos del EEE). DOUE L 156 de 19/06/2018, pp. 43-74. Código CELEX: 32018L0843.
- Directiva 2008/99/CE. Europa: Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea. Directiva 2008/99/CE, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal (Texto pertinente a efectos del EEE). DOUE L 328 de 6.12.2008, pp. 28-37. Código CELEX: 32008L0099.
- Directiva 2009/123/CE. Europa: Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea. Directiva 2009/123/CE, de 21 de octubre de 2009, por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones (Texto pertinente a efectos del EEE). DOUE L 280 de 27.10.2009, pp. 52-55. Código CELEX: 32009L0123.
- Directiva 2009/52/CE. Europa: Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea. Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. DOUE L 168 de 30.6.2009, pp. 24-32. Código CELEX: 32009L0052.
- Directiva 2010/45/UE. Europa: Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, de 7 de julio de 2010, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante. DOUE L 207 de 6.8.2010, pp. 14-29. Código CELEX: 32010L0053.
- Directiva 2011/36/UE. Europa: Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Directiva 2011/36/UE, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. DOUE L 101 de 15.4.2011, pp. 1-11. Código CELEX: 32011L0036.
- Directiva 2011/85/UE. Europa: Consejo de la Unión Europea. Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros. DOUE L 306 de 23.11.2011, pp. 41-47. Código CELEX: 32011L0085.
- Directiva 2011/93/UE. Europa: Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea. Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. DOUE L 335 de 17.12.2011, pp. 1-14. Código CELEX: 32011L0093.
- Directiva 2012/29/UE. Europa: Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea. Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. DOUE L 315, de 14.11.2012, pp. 57-73. Código CELEX: 32012L0029.
- Directiva 2013/40/UE. Europa: Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo. DOUE L 218 de 14.8.2013, pp. 8-14. Código CELEX: 32013L0040.
- Directiva 2014/42/UE. Europa: Consejo de la Unión Europea, Parlamento Europeo. Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea. DOUE L 127 de 29/04/2014, pp. 39-50. Código CELEX: 32014L0042.
- Directiva 2014/57/UE. Europa: Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea. Directiva 2014/57/UE, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado (Directiva sobre abuso de mercado). DOUE L 173 de 12/06/2014, pp. 179-189. Código CELEX: 32014L0057.
- Directiva 2014/62/UE. Europa: Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea. Directiva 2014/62/UE, de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación, y por la que se sustituye la Decisión marco 2000/383/JAI del Consejo. DOUE L 151 de 21/05/2014, pp. 1-8. Código CELEX: 32014L0062.
- Directiva 98/84/CE. Europa: Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea. Directiva 98/84/CE, del de 20 de noviembre de 1998

relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso. DOUE L 320 de 28.11.1998, pp. 54-57. Código CELEX: 31998L0084.



## Introducción general

El 29 de agosto de 1935, dos meses después de la reforma del régimen Nazi al Código Penal del Reich que introdujo la analogía, el Senado de la Ciudad Libre de Danzig aprobó una reforma similar a la legislación penal aplicable a esa ciudad, que se encontraba bajo un régimen jurídico especial establecido en el Tratado de Versalles. La norma original disponía que un acto solo era punible si la penalidad aplicable estaba previamente prescrita por una ley en vigor antes de la comisión del acto. Esta regla, común en la actualidad, fue sustituida por la siguiente: «El que cometa un acto que la ley declare punible o que merezca ser sancionado de acuerdo con las concepciones fundamentales de la ley penal o el sano sentimiento popular, será castigado. Si no hubiera ley que directamente cubra el acto, será castigado de acuerdo con aquella ley cuya concepción fundamental se parezca más al acto».

Motivado por la reclamación de partidos políticos de oposición, el Consejo de la Liga de las Naciones requirió de la Corte Permanente de Justicia Internacional una opinión consultiva sobre la adecuación de esa modificación legal a la Constitución de Danzig. La Corte, en una de las primeras declaraciones internacionales sobre legalidad penal<sup>1</sup>, resolvió que la modificación legal era contraria a la Constitución de Danzig. En lo medular, la Corte declaró que:

El problema de la represión del delito puede ser enfocado desde dos puntos de vista diferentes, uno desde el individuo y el otro desde la comunidad. Desde el primer punto de vista, el objeto es proteger al individuo del Estado: este objeto encuentra su expresión en la máxima *Nulla pœna sine lege*. Desde el segundo punto de vista, el objeto es proteger a la comunidad del delincuente, el principio básico vendría siendo la noción *Nullum crimen sine pœna*. Los decretos de 29 de agosto de 1935 se basan en la segunda de esas concepciones; la Constitución de Danzig, en la primera. Para esto la Constitución toma como punto de partida los derechos fundamentales del individuo<sup>2</sup>.

---

1 FERDINANDUSSE (2006, p. 222).

2 CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL (1935, p. 19). Sobre el pronunciamiento de la Corte Permanente Internacional Permanente de Justicia, ver GALLANT (2009, pp. 62-64, 2012, p. 319).

A partir de la traumática experiencia europea del ascenso de los totalitarismos y de la guerra, y en el mismo sentido en que resolvió la Corte Permanente de Justicia Internacional, la historia y el desarrollo jurídico de la postguerra confirieron a la legalidad penal un sitio destacado. Ella se incluyó en prácticamente todas las Constituciones aprobadas en tal período, ocupó un lugar destacado en la DUDH y se incluyó en todos los catálogos de derechos fundamentales supranacionales. Se trató de una revigorización de la legalidad penal, con la esperanza que ella actuara como una garantía de los ciudadanos frente al ejercicio del poder estatal representado, en este caso, por la potestad punitiva<sup>3</sup>. Se necesitaba de instrumentos de contención del poder con un doble objetivo: evitar un resurgimiento de las experiencias totalitarias sangrientas que fueron vencidas, también sangrientamente en la II Guerra Mundial, por un lado; y disponer de un arsenal jurificado que permitiera defenderse del bloque comunista afianzado luego del reparto del mundo por las potencias aliadas al término del enfrentamiento bélico. Sin embargo, este intento de revigorizar a la legalidad penal no tuvo en cuenta que, ya desde el siglo anterior, ella había perdido su potencial limitador de la potestad punitiva. Los diseñadores de este proceso no repusieron las restricciones materiales a la potestad punitiva que la Ilustración había logrado introducir, por ejemplo, en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Probablemente en forma intencionada, o sin siquiera lograr identificarlo, los diseñadores de este proceso de reconstrucción política y jurídica que siguió al término de la II Guerra Mundial sembraron una forma alternativa de control a la potestad punitiva que posteriormente se desarrolló como la proporcionalidad.

En la fisonomía que los derechos nacionales continentales le confieren a la legalidad penal, esta garantiza que la responsabilidad penal por la comisión de un delito solo puede ser determinada si se ha verificado la ejecución de una conducta que esté descrita en una ley parlamentaria como un delito. Asimismo, solo puede imponerse la pena que también esté prevista en una ley parlamentaria. En suma, que solo la ley parlamentaria puede establecer los delitos y determinar las penas aplicables a ellos, lo que se expresa en el axioma *nullum crimen nulla poena sine lege parlamentaria*<sup>4</sup> (*scripta, praevia, stricta y certa*). A nivel supranacional, esto es en los tratados internacionales sobre derechos humanos, sin embargo, el axioma sufre una modificación que consiste en una ampliación del catálogo de fuentes del Derecho habilitadas para decidir sobre la conducta punible y la pena. En este escenario, el axioma debe ser leído como *nullum crimen nulla poena sine iure*, ya que, junto con la ley, también pueden describir delitos y determinar penas, las

---

3 LUZÓN PEÑA (1989, p. 6) estima que el *ius puniendi* es el «derecho a penar», de modo que considera desaconsejable el uso de la etiqueta de «Derecho Penal subjetivo» para referirse a ese derecho. Sin embargo, creo que no puede pretenderse la existencia de un *derecho* a penar, sino, a lo sumo, de una facultad radicada en el Estado, por lo que he optado por utilizar la expresión *potestad punitiva*, haciendo míos los fundamentos que, sobre esa distinción y opción, proporciona QUINTERO OLIVARES (1976, pp. 30-ss).

4 Como acertadamente lo propone GRANDI (2011, p. 285), es más preciso agregar la partícula «parlamentaria» a continuación de *lege* para dejar fuera de dudas que la referencia a la ley es exclusivamente a aquella fuente formal del Derecho que emana del Parlamento o Congreso. En el mismo sentido, MUÑOZ DE MORALES ROMERO (2019, p. 189); NIETO MARTÍN (2016, p. 372).

fuentes del Derecho internacional (tratados internacionales, principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, decisiones de tribunales internacionales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones).

La legalidad penal forma parte del legado cultural, político y jurídico de la Ilustración, recibido por la sociedad occidental. La Ilustración fue, en una apretada síntesis, la revolución burguesa de los siglos XVII y XVIII que sentó las bases del actual modelo de relaciones dentro de las sociedades occidentales. En este contexto teórico, se aspira a un Ordenamiento jurídico racional, y con ello, a un Derecho Penal con la misma característica.

Sin embargo, la política criminal de las últimas décadas ha ido tomando un curso que, de acuerdo con quienes lo denuncian, aleja al Derecho Penal de ese ideal ilustrado. Una creciente cantidad de conductas que han pasado a ser constitutivas de delitos de nueva creación, una persistente anticipación de la reacción penal (por medio de la tipificación como delitos consumados de conductas que constituyen meros actos preparatorios o a través de la punibilidad de los delitos de peligro), una flexibilización de los mandatos de determinación y certeza y una actuación sobre colectivos específicos de personas con un fuerte componente de Derecho Penal de autor, serían, a grandes rasgos, las características de esta nueva política criminal. En todo caso, aun sin tales distorsiones, un estatuto de limitación de la potestad punitiva es, de todos modos, imprescindible.

El discurso legitimador de esta orientación del Derecho Penal y de la política criminal está fuertemente basado en una retórica de aseguramiento de los derechos fundamentales, ya sea en forma directa (la flexibilización de las categorías liberales de imputación es necesaria para una adecuada protección de intereses que coinciden con derechos) o indirecta (el aseguramiento de la seguridad ciudadana y el orden público operarían como garantía de los derechos fundamentales). Sin embargo, entre esa legitimación discursiva y los efectos *reales* de la orientación se produce un efecto paradójico: el resultado final de la orientación expansiva tiene un mayor coste en término de la vigencia efectiva de la libertad y de otros derechos.

En el centro de este escenario se halla la legalidad penal. Tanto su difundida positivización, como su firme incorporación al discurso jurídico, no han impedido, sin embargo, el avance de esta nueva orientación del Derecho Penal. ¿Por qué la legalidad penal no ha podido contener este giro punitivo de la política criminal? ¿Cuenta el Ordenamiento jurídico con instrumentos que permitan hacerle frente, reencauzando la política criminal? Estos aparecen como los interrogantes fundamentales que serán parte del objeto de esta investigación. Sus respuestas no son fáciles, sobre todo porque requieren adoptar puntos de vista críticos en una materia, como la legalidad penal, que se ha abordado desde una perspectiva analítica aséptica a su cuestionamiento.

Las razones por las que la legalidad penal no ha operado como un instrumento de constricción del giro punitivista son variadas y se encuentran, algunas de ellas, interrelacionadas.

Una de ellas consiste en que en la conformación del Estado liberal que siguió a la Ilustración, la legalidad penal fue despojada de los criterios materiales de limitación del

ejercicio de la potestad punitiva. Lo que ha llegado a las actuales Constituciones es una versión débil o debilitada de la legalidad penal, si se la compara, por ejemplo, con la francesa *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789. Esta versión débil de la legalidad penal significa que ella ha llegado a nosotros como un instrumento normativo de carácter formal, preocupado, principalmente, de la creación de la norma penal, pero despreocupada de sus límites materiales o de la extensión de la prohibición penal.

El debilitamiento de la legalidad penal operado por el Estado liberal es, a su vez, un fenómeno multicausal. En tanto ideología, el liberalismo debió enfrentar una lucha contra el *ancien régime* por la conquista del poder. Entre el estado inicial de ideología reprimida y el final de establecimiento del Estado liberal, marcó un tránsito que se manifestó también en el discurso construido en torno al sistema penal. Así, mientras se iniciaba la lucha contra el Antiguo Régimen, el discurso en torno al Derecho Penal era esencialmente crítico. En clave refundacional, el sistema penal absolutista debía reconstruirse porque, tal como era comprendido, constituía un peligro para la burguesía. En esta lógica, es completamente coherente que se atribuyera a la legalidad penal un rol de garantía, pero, particularmente, que se la asignara una función limitadora de la potestad punitiva.

El discurso cambió, cuando las circunstancias cambiaron. El triunfo del proyecto político y económico de la burguesía dio inicio a la Modernidad y permitió la consolidación del Estado liberal; la posición hegemónica recién conquistada, supuso también un cambio de posición respecto del sistema penal. El Derecho Penal producido a la luz del Estado liberal dejó de ser una amenaza, por lo que ya no fueron necesarias constricciones para su ejercicio. Su producción se entregó al Parlamento, institución, por naturaleza, digna depositaria de esa confianza porque en ella estaban representados los intereses burgueses, por lo que no podía esperarse de tal órgano norma alguna que fuera peligrosa para el sistema. El Derecho Penal dejó de ser un producto impuesto por el Monarca y protector de la nobleza, para pasar a ser una herramienta de control creada por el propio Estado liberal, y para la protección de sus propios intereses. El Derecho Penal dejó de ser un *extraneus* del cual había que protegerse, para pasar a ser un *intraneus* útil y amoldado a las nuevas necesidades. Esta nueva relación con el sistema penal se expresó discursivamente en la confianza de la ley como un producto racional, una fiel representante de la *volonté général* y de la soberanía nacional.

Pero tanto esa voluntad general, la soberanía en el pueblo y la Razón como motor de la acción legislativa tienen solo un valor de justificación retórica, porque no son más que metáforas carentes de simetría con la realidad sensible. Ni el Parlamento, por su propia naturaleza, iba a ser más racional que lo que fue el absolutismo como productor de normas jurídicas, sobre todo si la racionalidad es un concepto relacional que solo adquiere contenido en un contexto determinado; ni la ley es receptora de una voluntad general, si la generalidad se entiende en el sentido de universalidad; asimismo, la soberanía radicada en el pueblo solo indicó que no estaba ubicada en el Monarca, pero, nuevamente, el pueblo no puede ser entendido universalmente como todos los miembros de la comunidad, ya que la revolución burguesa excluyó al proletariado.

En este contexto, dejó de ser necesaria la función de garantía que originalmente los revolucionarios asignaron a la legalidad penal, al menos en una versión fuerte, como protección frente al poder tiránico. Ello no significa que la legalidad penal haya sido privada completamente de su rol garantista, sino solo que este se debilitó. La legalidad penal debía actuar como una contención que garantizara que el Parlamento era el único autorizado para producir normas penales, atendida la confianza en dicho órgano, como baluarte del orden establecido. Adicionalmente, la ley penal debía otorgar certeza sobre el contenido de la prohibición penal y de la pena, un requisito básico para una correcta operación del complejo sistema de intercambio que el liberalismo requería implementar. Su rol de garantía quedó reducido solo a eso. Esa es la razón por la que, de acuerdo con su propia estructura, la legalidad penal no puede operar como límite al completo ejercicio de la potestad punitiva, sino solo como uno de sus elementos de justificación.

La mítica formulación de la ley como *volonté général* esconde un programa de uso del sistema penal, pero solo frente a determinada tipología de conflictos, representados por aquellos funcionales al orden liberal. Se excluyen, por tanto, conflictos que se producen por la quiebra de intereses distintos o críticos con los del liberalismo. He ahí el «viejo y buen Derecho Penal liberal»<sup>5</sup>, el Derecho Penal <clásico> derivado de la tradición política de la Ilustración, construido sobre un núcleo ideal compuesto por los principios de taxatividad y subsidiariedad e integrado por delitos de lesión<sup>6</sup>. La legalidad penal fue construida para ese Derecho Penal, pero no para uno que pretenda su actualización y su diversificación pluralista.

La crítica al rol de la legalidad penal en la construcción del Derecho Penal liberal tiene un sentido estrictamente descriptivo. Estimo que no es necesario prescindir de la legalidad penal. Mi tesis de trabajo se enfoca en la búsqueda de otros instrumentos normativos de control del ejercicio de la potestad punitiva más completos que la legalidad penal.

La instauración del orden liberal burgués debilitó estructuralmente a la legalidad penal. A ella se le sustrajeron aquellos elementos que, en el ideal ilustrado, le iban a permitir desempeñarse como límite material al ejercicio de la potestad punitiva. El surgimiento del neoconstitucionalismo en el período postguerra, en la segunda mitad del siglo pasado, reafirmó esa debilidad estructural de la legalidad penal. Paralelamente, en ese mismo período, comenzó a gestarse otra revolución política, por medio del surgimiento del discurso y de la ideología de los derechos humanos. Esta nueva forma descriptiva de las relaciones, con, a la vez, fuertes pretensiones prescriptivas, se encuentra en proceso de desarrollo. Ello ha hecho que la ideología de los derechos humanos no haya terminado aún por asentarse y definirse, de modo que se presenta aún incoherencias, y no ha acabado de desarrollar su aspecto prescriptivo.

La década de 1980 marcó el inicio del proyecto implementador del neoliberalismo que acabó imponiéndose como una ideología y una práctica política<sup>7</sup> a través de una bue-

---

5 La expresión es utilizada por SILVA SÁNCHEZ (2011, p. 149).

6 HASSEMER (1992, p. 237).

7 COUSO (2018, p. 85).

na parte del globo. Las dinámicas que se producen en un escenario neoliberal generan presión sobre el sistema penal y terminan por producir diversas formas de expansionismo a las que la legalidad penal, estructuralmente debilitada, no está en condiciones de resistir. Creo que la descripción acertada del fenómeno es como sigue. El neoliberalismo reduce el espacio de discusión pública, jibariza la *res publica*: las decisiones ya no se adoptan en el espacio de discusión política, ya que las materias objeto del poder público se reducen. Las decisiones trascendentes en materias como el modelo de relaciones laborales, la política económica, el sistema sanitario o el modelo de desarrollo dejan de ser parte del ejercicio del poder, porque ellas ya se encuentran decididas por la ideología neoliberal. Esto produce una inevitable pérdida de la participación política de los ciudadanos, porque quedan pocos asuntos sobre los cuales tomar decisiones y, por tanto, pocas cuestiones pueden ser debatidas.

Una de las escasas áreas que permanecen sujetas a las decisiones políticas nacionales es, precisamente, la política criminal, aunque no del todo exenta de decisiones globalizantes. De esta forma, la política criminal sigue siendo, en una medida mucho mayor que otras materias, un espacio sujeto a la interacción política. No es que la postmodernidad construyó personas renuentes a ejercer como ciudadanos, políticamente asépticos; es que en el modelo neoliberal no hay espacios para que los personas actúen como ciudadanos. Y esto se demuestra porque, cuando se trata de decisiones de política criminal, los ciudadanos sí actúan como tales. Existen grupos de presión, se organizan plataformas ciudadanas demandando respuestas penales y parece que, en esta área, hay muchas más personas con una opinión formada y dispuestas a interactuar en el juego político en defensa de sus puntos de vista. Las élites gobernantes están conscientes de la reducción de la *res publica* a que ha llevado el neoliberalismo; como no están dispuestas a desafiar esa ideología, pero requieren del apoyo ciudadano en las urnas, han dado con una fórmula de ingeniería política que consiste en utilizar el espacio de decisión que brinda la política criminal como *la* arena política, un espacio en el que los ciudadanos pueden influir y adoptar decisiones. En otras palabras, que la política criminal es utilizada por las élites para simular una discusión política extensa, pero que, en realidad, solo entrega algo a los ciudadanos sobre lo cual discutir y adoptar decisiones y, con ello, generar un espejismo de participación en asuntos públicos. Ese espejismo se caracteriza porque en él los ciudadanos pueden dar forma a la política criminal con márgenes relativamente amplios de libertad, pero el coste que, a cambio están asumiendo, consiste en la imposibilidad de influir y de decidir en otros ámbitos, como la política económica. En este sentido, el aumento del rigor del sistema penal o la creación de nuevos delitos frente a fenómenos delictuales, reales o supuestos, por los que los ciudadanos se sienten afectados, son la consecuencia de la ingeniería adoptada por las élites. La simetría entre el contenido de la política criminal y el «sentir» de los ciudadanos es directamente proporcional a la necesidad de legitimar el modelo de política parcializada y, por ello, de asegurar su supervivencia. Por ejemplo, la pena de prisión permanente revisable se justificó en el Preámbulo de la L.O. 1/2015 como una reacción a «delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido».

La legalidad penal, en su faceta tradicional formal no protege de un Derecho Penal como *prima ratio*, de un proceso de expansión del conjunto de las prohibiciones ni contra la desproporción de las penas<sup>8</sup>, porque efectivamente no ha sido esa su vocación.

Se ha pretendido explicar esta dinámica de relaciones por medio de conceptos como el «populismo autoritario» de HALL<sup>9</sup>, la «punitividad populista» de BOTTOMS<sup>10</sup> o el «populismo penal» de PRATT<sup>11</sup>. Habrá de determinarse si tales explicaciones son o no convincentes. Lo importante es dejar establecido que la estrategia política de simulación de un espacio público conlleva un riesgo importante. Como la discusión es en torno a la política criminal, esta puede estructurarse –y, como de hecho ha ocurrido– en torno a discursos en los que la clave central es la producción de un estatuto de regulación de protección de los ciudadanos honestos frente al delincuente, considerado como otro diferente. Esa discursividad puede llegar a adquirir un giro totalitario<sup>12</sup>.

QUINTERO OLIVARES afirma que «la sumisión al principio de legalidad, hoy, no puede conformarse con la simple y escrupulosa aplicación de la «*lex stricta et scripta*» y las demás garantías: ha de ir más allá y llegar al ideal de justicia material que el derecho positivo dice perseguir»<sup>13</sup>. Sin embargo, esta pretensión choca frontalmente con la propia estructura de la legalidad penal. Su incapacidad para enfrentar estos nuevos escenarios obliga a buscar otros institutos jurídicos que puedan desarrollar esa función. Una posible estrategia es la reforma de los textos constitucionales, incorporando en ellos una referencia expresa a los principios limitadores de la potestad punitiva que han sido desarrollados por la dogmática. Como se analizará en su momento, estimo que esta estrategia es la menos efectiva y la más difícil de realizar.

Por el contrario, a mi juicio, no se requieren modificaciones de los textos normativos, sino buscar en ellos en el lugar correcto. La alternativa que me parece más adecuada es incorporar definitivamente a la proporcionalidad en el discurso de legitimación dogmática del Derecho Penal, pero también en el de su control jurisdiccional constitucional.

### **La hipótesis de trabajo**

Esta investigación se construye bajo la hipótesis de que la legalidad penal tiene limitaciones estructurales para actuar como límite a la potestad punitiva. Esta última, a su vez, requiere de tales limitaciones, por el peligro que ella representa para la vigencia de los derechos fundamentales.

Identificada la imposibilidad en la que se encuentra la legalidad penal, la contención a la potestad punitiva puede lograrse por medio de la introducción al Derecho Penal de la proporcionalidad que ha sido producida tanto por la doctrina constitucionalista,

---

8 BACIGALUPO (2012, p. 75).

9 S. HALL (1988, p. 84)

10 BOTTOMS (1995, pp. 39-41).

11 PRATT (2007).

12 VERGARA (2019a, pp. 229-ss).

13 QUINTERO OLIVARES (1996, p. 2).

como por la jurisdicción constitucional en una buena parte del mundo occidental y por la jurisdicción supranacional. Al estar disponible este mecanismo de contención, otras estrategias como la reforma de los textos constitucionales para incorporar a ellos principios sobre el ejercicio del poder punitivo se consideran poco recomendables.

La adopción por el Derecho Penal de la proporcionalidad supone transitar del axioma de la legalidad penal al de la juridicidad proporcional, como propongo denominarlo.

La proporcionalidad, en general, aunque tiene una tibia recepción en el texto de la Constitución Española, sí posee un reconocimiento expreso en el Derecho europeo.

La hipótesis central de apoyo a la construcción de la juridicidad proporcional consiste en que la prohibición penal restringe la libertad de actuación y, eventualmente otros derechos fundamentales, según cual sea la forma específica que adopta la prohibición penal. Por ello, la prohibición penal que emana de la norma primaria es una injerencia en derechos fundamentales y, por tanto, para su validez y legitimidad, la norma penal debe cumplir con el estatuto de limitación a los derechos fundamentales. Tal estatuto es la proporcionalidad.

Mi hipótesis de trabajo consiste en que el sistema democrático estaría mejor preparado para responder a las exigencias de un Derecho Penal mínimo si se transitara de una legalidad esencialmente formal, cuya esencia está en la exigencia de una *lex previa y stricta*<sup>14</sup>, a una comprensión de esta en un sentido de *proporcionalidad*, es decir, como una garantía que opera frente a la restricción de derechos fundamentales, que es, básicamente, en lo que consiste una ley que fundamenta la pena. La pretensión final no es encontrar una solución mágica que revierta el problema del debilitamiento de la legalidad penal –solución que no existe–, sino explorar una interpretación del Ordenamiento jurídico en concordancia con el desarrollo de la teoría general de los derechos fundamentales.

El debilitamiento de la legalidad penal puede expresarse, sintéticamente, como el paso de su comprensión original como *regla* a su entendimiento actual como *principio*. Se ha pasado de la legalidad penal como una norma jurídica de cumplimiento obligatorio sin que sean posibles excepciones, a un mandato de optimización, es decir, una disposición cuyo cumplimiento admite excepciones si otro interés aparece como prevalente frente al de seguridad que implica la legalidad penal<sup>15</sup>. Esta evolución de <regla a principio> puede apreciarse no sólo en la actividad del legislador, sino también de los operadores jurídicos (fiscales y jueces)<sup>16</sup>. Este debilitamiento se expresa en un recurso por el legislador cada vez más constante al Derecho Penal, a la construcción de tipos

---

14 La exigencia de ley *certa* es posterior, ver BACIGALUPO ZAPATER (2012, p. 58)

15 GARCÍA ALBERO (2008, p. 63).

16 Un buen ejemplo de este cambio de comprensión puede observarse en la STS 753/2006 que contiene lo que se conoce como <Doctrina Parot>. En este caso, la necesidad de una ejecución más rigurosa de las penas impuestas por delitos de terrorismo se entendió como un valor prevalente al de la legalidad penal, con el sacrificio consecuente de esta última. El TEDH corrigió el criterio jurisprudencial asentado por la STS 753/2006, confiriéndole prevalencia a la legalidad penal, reafirmando con ello su carácter de regla. Ver STEDH 42750/09 y STEDH 42750/09 (GC), *caso Del Río Prada c. España (GC)*. Un análisis sobre el problema jurídico de la aplicación de la ley penal en el tiempo que conlleva este caso puede consultarse en NÚÑEZ FERNÁNDEZ (2013b) y en RÍOS MARTÍN y SÁEZ RODRÍGUEZ (2014).

penales abiertos o indeterminados y a la inclusión en estos de elementos normativos y regulativos, que terminan transformando las que deberían ser descripciones de hechos (como podría ser el paradigmático <matar a otro>) en conjuntos de valoraciones.

### **La estructura de esta tesis**

Esta tesis se compone de cinco Capítulos, además de una Introducción y sus Conclusiones.

En el Capítulo I se da cuenta de los elementos conceptuales que integraron la legalidad penal en su nacimiento ilustrado. La identificación de estos elementos es importante porque permite luego analizar cuál de ellos siguen aún perteneciendo a la legalidad penal y cuáles le han sido sustraídos en la evolución que ha tenido desde su surgimiento. En este Capítulo también se analiza la regulación positiva de la legalidad penal, tanto en el Derecho interno español como en el DIDH. Especial atención se dedica a analizar la naturaleza tanto jurídica como política que tiene la legalidad penal y cómo esta se desarrolla tanto en momentos de normalidad histórica como lo hizo en las experiencias autoritarias y totalitarias europeas del siglo XX. Asimismo, se analizan los fundamentos democráticos de la legalidad penal de predictibilidad y previsibilidad de la reacción penal. El Capítulo se cierra con una referencia a la relación entre Derecho Penal y separación de poderes.

El Capítulo II se embarca en la misión de construir un análisis crítico de la legalidad penal. Este se realiza a través de la revisión de lo que se ha considerado una «crisis» de la legalidad penal, para concluir que ella tiene mucho más de aparente que de realidad. Este estudio se realiza con relación a tres aspectos: la supuesta crisis de la juridicidad, la de la función de garantía de la legalidad penal y la de su función limitadora de la potestad punitiva.

El Capítulo III comienza con el análisis del modelo alternativo de limitación de la potestad punitiva, representado por lo que me he permitido denominar juridicidad proporcional. En él, se definen los elementos estructurantes de tal concepción, tal como el de norma que fundamenta la pena y la relación entre libertad y Derecho Penal. Este último aspecto constituye el elemento nuclear en la construcción de la juridicidad proporcional, porque él considera a la prohibición penal y a la pena como injerencias en derechos fundamentales. Este Capítulo concluye con un intento por demostrar que la juridicidad proporcional es una regla (en contraposición a un principio en el esquema conceptual propuesto por RAWLS) y una garantía (en contraposición a un derecho).

El Capítulo IV parte con el desarrollo de la juridicidad proporcional como garantía y cómo esta opera como control jurisdiccional; para luego, entrar al análisis de los requisitos formales de la juridicidad proporcional, constituidos por la exigencia de una ley que opera como criterio de validez de la norma penal.

A renglón seguido, se analizan los componentes materiales de la juridicidad, esto es, el fin adecuado, la necesidad, la conexión racional y la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. Se trata en este caso de un intento por adaptar los componentes de

la teoría general de la proporcionalidad para su adecuado funcionamiento en su aplicación al Derecho Penal. En este punto es necesario advertir que esta referencia a los componentes de la juridicidad proporcional no pretende llegar a ser una teoría final y definitiva, porque ello excedería los límites de esta investigación. Por el contrario, tiene como objetivo esbozar esos elementos para determinar su rendimiento dentro de la justificación de la legitimidad de la norma penal.

El Capítulo V, por su parte, aborda la temática de la revolución de los derechos humanos desde una triple perspectiva: la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, estos como justificación de la acción estatal y la supranacionalización de tales derechos. Luego de hacer una síntesis conceptual de cada una de ellas, se pretende hacer una comparación entre la legalidad penal y la juridicidad proporcional, para demostrar que esta última es, estructuralmente hablando, más compatible con la ideología de los derechos humanos que la legalidad penal.

Finalmente, se incluye un apartado en el que se sintetizan las conclusiones a las que el desarrollo de esta investigación me ha permitido arribar.

El apartado de los anexos contiene la información adicional a la que, en algunas partes del texto de esta investigación, se hace referencia.

Solo me resta agregar en esta Introducción general, que adhiero a una concepción de Derecho punitivo que pasa por comprender que la persecución penal no es, para todos los casos, ni la mejor forma de control social ni la más efectiva. Por eso, comparto plenamente la aspiración de la vigencia real de la dañosidad, la fragmentariedad, el carácter de *ultima ratio* y la culpabilidad como elementos estructurantes tanto del propio Derecho Penal como fenómeno regulativo, como de la política criminal, es decir, del Derecho Penal aplicado. Pero un esfuerzo de interpretación del Ordenamiento jurídico se requiere para conferir al Derecho Penal mayores niveles de racionalidad y ese es el sentido en el que espero que el lector comprenda el resultado de esta investigación.

### **Aspectos metodológicos**

La metodología que se ha empleado en el desarrollo de esta investigación es de tipo esencialmente dogmática. En consecuencia, se han utilizado en ellas fuentes bibliográficas producidas por autores españoles y extranjeros, contenidas en monografías, obras colectivas y artículos de revistas científicas. Asimismo, se han utilizado sentencias dictadas por tribunales españoles, principalmente, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo; así como sentencias de tribunales extranjeros y supranacionales, con especial referencia, en este último caso, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por último, se ha recurrido el material normativo, tanto español como supranacional, indicado en el índice de autoridades.

Con relación a los enfoques adoptados, es necesario hacer un par de alcances.

El primero, consiste en que esta investigación no pretende hacer una exhaustiva revisión del abundante desarrollo dogmático que se ha producido en torno a la legalidad penal para describir su contenido y estructura. Por eso, el lector no se encontrará con

una revisión de los distintos aspectos en los que se compone la legalidad penal según la estructura que comúnmente adopta la dogmática para su análisis. La adopción de este enfoque se fundamenta en que tal análisis lo consideré innecesario, porque uno de los objetivos de esta tesis no es describir el contenido de la legalidad penal, sino determinar cuál es su posible eventual rendimiento como aparato de limitación del poder punitivo del Estado. Adicionalmente, pero no con carácter fundamentalmente decisivo, prescindir de una descripción del contenido y estructura de la legalidad penal se fundamentó en la necesidad de conseguir una extensión adecuada de esta investigación. Por el contrario, asumir la tarea de describir la legalidad penal habría provocado un aumento considerable de su tamaño; y, lo más, importante, que tal extensión no habría garantizado una mayor densidad conceptual del análisis. Lo anterior, porque la descripción del contenido y de la estructura de la legalidad penal son temáticas fácilmente accesibles, disponibles en un conjunto extenso de fuentes bibliográficas y con un alto nivel de armonización conceptual; de esta forma, asumir esa tarea en esta investigación solo habría producido como efecto una tediosa reiteración de cuestiones sobre los que se ha escrito abundantemente.

El segundo alcance con relación a los enfoques adoptados en esta investigación, se relaciona con las áreas del conocimiento en las que he trabajado. Como uno de los objetivos es determinar el eventual rendimiento de la legalidad penal como límite a la potestad punitiva, su realización me ha obligado a explorar en otras áreas del conocimiento diferentes de la dogmática penal. Entre esas otras áreas, puede mencionarse la Filosofía del Derecho, la Sociología Jurídica y la Criminología. El fundamento para esta ampliación se encuentra en que una crítica a la legalidad penal no puede ser abordada solo desde el punto de vista dogmático que, para estos efectos, representa una mirada «desde dentro». El sentido crítico del análisis obligó a adoptar puntos de vista externos al Derecho Penal. Con ello no he pretendido llegar a niveles de profundidad conceptual en esas otras áreas del conocimiento vinculadas con el fenómeno jurídico, sino solo incorporar puntos de vista diferentes que arrojaran ideas y conceptos que me pudieran ayudar en la labor crítica.



# Capítulo I.

## El origen de la legalidad penal

### 1. Introducción al Capítulo I

Este Capítulo I tiene dos objetivos centrales. El primero pretende establecer los orígenes ilustrados de la legalidad penal, por medio de la exposición de los elementos estructurales con los que ella fue dotada en su formulación original.

Para ello, se parte de la constatación de que, desde los remotos orígenes de la cultura occidental, a la ley siempre se la ha asignado un rol como instrumento de regulación. En ese sentido, la Ilustración no aportó novedad alguna. En lo que sí innovó fue en la posición orgánica y en la función institucional que el Iluminismo le otorgó: la ley como forma hegemónica de regulación y como garantía general de la libertad, respectivamente. La ley dejó de ser un instrumento a merced del detentador del poder, para pasar a estar al servicio de las personas o, más específicamente, de la burguesía. Estas ideas, aplicadas al Derecho Penal, hicieron que la ley llegara a ser la fuente principal y única del Derecho Penal y que tuviera asignada una función de protección de los ciudadanos frente al ejercicio del poder estatal. La noción que subyace a este cambio fue, al menos en el discurso, revolucionaria: el contenido de la ley pasaba ser expresión de la voluntad general de la comunidad organizada expresada a través del parlamento como órgano representativo. Sin embargo, no debe perderse de perspectiva que este ideal nunca fue completamente alcanzado, así como que lo que se garantizaba eran los derechos en su versión de *derechos del hombre y del ciudadano*, centrados en la libertad económica y como salvaguardas frente al Estado en un contexto nacional.

Para ello, el §2 se enfoca en el análisis del modelo ilustrado de legalidad penal. La influencia que el Estado liberal legalista del siglo XIX tuvo sobre este desarrollo se reserva para un momento posterior. En el §4 se efectúa una revisión de la regulación positiva de la legalidad penal a la luz de las diferencias que, en este plano, se producen entre los sistemas pertenecientes a la cultura jurídica continental y anglosajona. Este elemento de distinción se torna importante cuando se analiza la positivización supranacional de la legalidad penal, esto, es en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Así,

mientras en los Ordenamientos continentales la legalidad penal puede ser sintetizada bajo la fórmula *nullum crimen nulla poena sine lege parlamentaria*, su formulación coherente con la positividad del DIDH es *nullum crimen nulla poena sine iure*. La sustitución de *lege* por *iure* es el resultado del sincretismo a nivel supranacional de la tradición continental y anglosajona sobre la legalidad penal. La comprensión que se tiene de la legalidad penal entre ambas culturas jurídicas tiene más en común de lo que tiende a pensarse. Como se analizará, las diferencias entre ambas culturas se relacionan más bien con su concreción. Así, en los sistemas germanos y románico-civilistas la legalidad penal adquiere una forma de rígido positivismo, mientras que en los del *common law* tiene un aspecto más flexible que lo lleva a reconocer la analogía en la interpretación de las normas escritas, técnica que en los primeros está vedada<sup>17</sup>. Los análisis dentro de ambas culturas se han centrado más en esta diferencia que en los aspectos comunes. Esta metodología analítica ha conducido a los juristas continentales a creer que el *common law* no reconoce la legalidad penal; y a los anglosajones, a acusar a los primeros de un formalismo extremo que termina por ser ineficaz en la protección de la libertad<sup>18</sup>. Sin perjuicio de la diferencia material de ambos sistemas jurídicos que consiste en una diferente comprensión y ejercicio de la soberanía, las estrategias adoptadas por cada modelo tienen un objetivo común: proteger a la persona del ejercicio del poder estatal y de sus agentes. Dicha protección se logra con la *predictibilidad* y la *previsibilidad*<sup>19</sup> de la reacción estatal<sup>20</sup>. Esta puede sintetizarse en el postulado más básico que conforma el axioma de la legalidad penal: «a una persona puede imponérsele una sanción penal solo si esa persona ha verificado una infracción penal».

El §5 pretende mostrar que la legalidad penal tiene una naturaleza compleja, integrada por un componente jurídico, que ha sido el objeto de análisis común de la dogmática penal; y por un componente político, tradicionalmente ausente en el trabajo de la doctrina penalista. Una evaluación rigurosa de la legalidad penal no puede prescindir de su componente político, porque es este el que permite explicar la evolución de la legalidad penal y cuál es el rendimiento que actualmente puede esperarse de ella. En otras palabras, que un análisis centrado en el componente jurídico, omitiendo el políti-

---

17 BASSIOUNI (2011, p. 296).

18 Como lo expresa Williams, «las limitaciones en la pena a través de una rígida aplicación del *nulla poena sine lege* no solo es superfluo, sino que tampoco necesariamente garantiza protecciones individuales» (Glanville L. WILLIAMS, *Criminal Law: The General Part* 464 (1953), citado por BASSIOUNI (2011, p. 335)).

19 Ver *Infra*, § 6.2.

20 En los sistemas continentales la soberanía se radica en el Parlamento, idea que dio origen al Estado legal de Derecho (y del cual el neoconstitucionalismo ha pretendido ser su principal corrector) y que explica la centralidad de la ley formal en esa cultura jurídica. En el sistema anglosajón, en cambio, la soberanía es más bien difusa y esta se encuentra subordinada al interés común y no está radicada exclusivamente en el Parlamento. Derivado de lo anterior, los sistemas continentales se caracterizan por una desconfianza estructural a los jueces heredada de los procesos históricos que conformaron la actual ordenación del ejercicio del poder. En el *common law*, por su parte, los jueces gozan de una posición institucional completamente diferente: la función legislativa (de *producción* normativa) no está radicalmente separada de la función jurisdiccional (de *aplicación* normativa). De hecho, la dogmática británica discute la subordinación de los jueces, en el sentido de si esta lo es al *common law* o al *statutory law* (GOLDSWORTHY, 2010, pp. 14-ss).

co, conduce a resultados conceptuales incompletos y que han llevado a la percepción de una crisis de la legalidad penal.

El §6, por su parte, analiza las tradicionales vinculaciones que se han establecido entre la legalidad penal y el Estado de Derecho. En este, se analizan los conceptos de predictibilidad y previsibilidad como notas características de la legalidad penal; y sientan las bases para el estudio de la vinculación entre la legalidad penal y la separación de poderes, tarea que se aborda en el §7 con el que concluye este Capítulo I.

## 2. El modelo penal ilustrado

### 2.1. La ley

La *ley* como instrumento de regulación y continente de normas jurídicas ha estado presente en la cultura jurídica occidental desde su conformación más remota como organización formalizada<sup>21</sup>. La ley ha contribuido a conformar la sociedad de cada momento histórico, desde la democracia griega clásica a la autocracia romana, la Europa medieval<sup>22</sup>, el estado absolutista y las modernas democracias<sup>23</sup>. La función regulativa de la ley, como su denominador común, es lo que explica su permanencia en el tiempo con independencia de los cambios políticos. Tanto las monarquías absolutas del Antiguo Régimen, como las modernas democracias, pero también los totalitarismos, por igual, han recurrido a la ley como técnica de expresión de las regulaciones jurídicas.

No obstante aquel denominador común, en cada momento histórico la ley ha tenido una diferente posición institucional determinada, en parte, por la comprensión que en cada época se ha tenido de la relación entre el detentador del poder y la justificación de esa titularidad. Un cambio de esa relación es lo que ilustra conceptualmente, por ejemplo, la transición desde el Antiguo Régimen al moderno Estado liberal<sup>24</sup>-ilustrado, expresado en la introducción por SIEYÈS de la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos<sup>25</sup>; es lo que permitió el ascenso del Parlamento británico después

---

21 En este sentido, PACHECO (1881a, pp. ix-x): «La ciencia de las leyes políticas y de las leyes civiles traen su principio desde la filosofía griega, origen de nuestra civilización: la ciencia de las leyes criminales no se remonta más allá del siglo décimo octavo. Bien puede decirse que nuestros padres la han hecho, y que la hemos visto nacer nosotros propios». Al respecto, resulta interesante la obra de DU BOYS (1872), quien realiza un análisis histórico del Derecho Penal, en el que hay abundantes referencias a la «ley» como forma de regulación en ordenamientos jurídicos antiguos. También en ROSENFELD (1894), quien realiza una revisión histórica del Derecho Penal español desde la antigüedad. En el mismo sentido, Maine, quien afirma que «puede establecerse que cuanto más arcaico es el código, más completa y minuciosa es su legislación penal. El fenómeno ha sido observado con frecuencia, y ha sido explicado, sin duda en gran medida correctamente, por la violencia habitual en las comunidades que por primera vez redujeron sus leyes a la escritura» (MAINE, 1908, p. 327).

En contra, BRAVO LIRA (1982), para quien el predominio de la ley como fuente de regulación es un fenómeno que puede apreciarse a partir del siglo XVIII.

22 Al respecto, ver THORNHILL (2011, pp. 77-ss).

23 DE CABO (2000, *pássim*). En sentido similar, FROSINI (2017, pp. 33-ss).

24 Sobre el concepto de Estado liberal, ver SÁENZ ROYO (2017, pp. 10-12).

25 ZOLO (2007, p. 14); LAQUIÈZE (2007, p. 261); MASFERRER y TAITSLIN (2014, p. 120). La distin-

de la Revolución Gloriosa de 1688-9<sup>26</sup> o el surgimiento de un Derecho supranacional producto de la ideología de los derechos humanos.

Que ninguna de las formas de Estado haya prescindido de la ley ha sido posible gracias a que la comprensión sobre su legitimidad ha ido variando, adaptándose a los nuevos escenarios de ejercicio del poder. Cada modelo de organización política le ha asignado a la ley un lugar diferente, desde la confusión de la ley con el detentador del poder y, por ende, de su fuente, pasando por la Ilustración que consideró a la ley como el instrumento más idóneo para expresar la voluntad general, el Estado liberal que considera a la ley como un instrumento de control, hasta el neoconstitucionalismo que le asigna a ella un rol de garantía<sup>27</sup>.

Conceptualmente, absolutismo no es tiranía<sup>28</sup>. El Estado absoluto, como etapa política previa al Estado liberal, se caracterizó por la radicación en el Monarca de la totalidad del poder<sup>29</sup>. «El príncipe no está obligado por la ley» («*Princeps legibus solutus est*»),

---

ción la propuso SIEYÉS en un panfleto publicado en enero de 1789 titulado «Qu'est ce que le tiers-état?». Este autor argumentó que el poder constituyente no está limitado, a diferencia de los poderes constituidos que están limitados por el primero.

26 GOLDSWORTHY (2010, pp. 273-274); BINGHAM (2018, pp. 60-64).

27 TAMANAHA (2004, p. 33) ofrece una clave sobre esta cuestión. Analizando el desarrollo histórico del Estado de Derecho, expone que en la Grecia clásica la ley ocupó un lugar de supremacía porque reflejaba la moralidad de la comunidad y su tradición, mientras que en la Edad Media la ley se orientó a la contención de reyes despóticos. En ambos períodos, la ley tenía una orientación colectiva, estaba justificada por el cuerpo social y no en atención a los individuos en particular. Solo con la llegada del liberalismo la ley adquiere su rol de garantía de la libertad de las personas.

Esta contraposición entre una visión colectivista y los nuevos influjos liberales pueden apreciarse con claridad a mediados del siglo XIX, por ejemplo, en la obra de ALCALÁ GALIANO (1843, pp. 113-114), quien discurre sobre ambos modelos:

Anteponerse el interés privado al comun, dando culto á la par que satisfaccion al egoísmo, rebaja y deprime al hombre, y ya es un daño presentarse como menos noble el fundamento en que el gobierno ó la sociedad descansan. Pero hay otro aspecto, mirado por el cual el individualismo no carece de nobleza, pues da dignidad á cada persona de por sí, haciendo de ella no una partecilla del estado, ó á modo de fraccion de una suma, sino un ente cuya importancia crece y se conserva segun es mayor el cuidado de conservar inmaculada y sana la propia honra [...]

El [...] principio, segun el cual deben las voluntades particulares doblarse, ceder, servir al interés general, es hermoso sobremanera, y la razon aconseja seguirle y la justicia le impone como precepto; pero por desgracia señores, en él se apoya todo linage de tiranía.

28 CANNING (1996, p. 25,186).

29 Tal afirmación corresponde, desde luego, a una visión modelizada de la realidad. Ningún sistema se presenta en estado puro en la realidad, y sus descripciones corresponden a modelos, toda vez que atendida la enorme complejidad de la realidad impediría dar cuenta de ella si no se prescindieran de sus elementos accesorios. De acuerdo con TAMANAHA, la idea de sumisión del poder a una norma (jurídica, natural o divina) tiene su origen en la práctica del juramento de los monarcas ante la Iglesia al momento de ser coronados. Aunque con resistencias más o menos intensas o explicitadas a las expectativas de poder del Papado, el juramento del monarca ante la autoridad eclesiástica al momento de la entronización revela la sujeción del rey tanto a una autoridad como a una superiores, aquella de carácter divino: «[l]os monarcas, de este modo, confirmaron, una u otra vez, que ellos estaban sometidos por el derecho [...] no sólo admitiendo, sino que respaldando la proposición de fidelidad al derecho como un estándar apropiado contra el que evaluar la conducta real» (TAMANAHA, 2004, p. 11).

podía leerse como prescripción en el Digesto (1.3.31)<sup>30</sup>, es decir, que la ley estaba subordinada a la voluntad del Monarca, cuyas potestades legislativas y de gobierno no tenían más límites que los derivados de la ley de Dios<sup>31</sup>. En este contexto, se afirmaba que «...el Rey es el único soberano en su Reino, y la soberanía no es más divisible que el punto en Geometría»<sup>32</sup>. Este esquema era sostenible conceptualmente porque, como enseña TOMÁS Y VALIENTE, la idea política básica del Estado absolutista consistía en que el titular de la soberanía (en sentido *Westfaliano*<sup>33</sup>) era el monarca, de modo que «[e]l Derecho estaba legitimado políticamente en cuanto emanaba de la voluntad del soberano»<sup>34</sup>. La preocupación central de los juristas de esa época consistió en «encontrar fundamentos legales para la omnipotencia del monarca, los derechos del rey, de cara a la resistencia que el Rey encontró en el ejercicio ordinario de su poder»<sup>35</sup>.

En consecuencia, el ejercicio de la potestad punitiva en el absolutismo, al menos en su comprensión continental<sup>36</sup>, respondió al modelo de «*Sed et quod principi placuit legis habet vigorem*»<sup>37</sup> («Lo que complace al príncipe tiene fuerza de ley»): el contenido de la norma quedaba, en definitiva, entregado al detentador del poder, es decir, al monarca.

## 2.2. La Ilustración y el Derecho Penal

La llegada de la Ilustración –y su producto posterior, el Estado liberal– reclamó una refundación estructural del Estado. La modificación más importante consistió en la disolución definitiva del binomio <monarca-legislador> y su sustitución por un nuevo paradigma de justificación: el de la soberanía radicada en la Nación o en el pueblo, es

---

30 GOSALBO-BONO (2010, p. 235); NEDZEL (2014, p. 293).

31 LAQUIÈZE (2007, p. 262); COSTA (2007, p. 77).

32 LE BRET (1632, p. 71). El autor agrega: «De todos modos, siempre será bueno para un gran Rey, tener las Leyes y los Edictos aprobados por sus Parlamentos, y los otros oficiales principales de la Corona, quienes están obligados a servirlo y aconsejarle con toda fidelidad» (p. 71).

33 Construido sobre la base del concepto de territorio, de modo que dentro de «cada territorio el soberano ejerce su poder de manera exclusiva y sin interferencias de otros soberanos o de otras instancias como el poder papal o imperial (*potestas legibus solutus*). Se trata del derecho a estar y ser dejado sólo en el espacio geográfico que corresponde a cada soberano» (NIETO MARTÍN, 2019, p. 21). En la descripción que efectúan HARDT y NEGRI (2017, p. 25), la soberanía surge «con la disolución territorial del imperio y, finalmente, con el nacimiento de los Estados-nación, esto fue reinterpretado como la base del Estado moderno, llegando a ser el motor de una continua concentración de poder. Esta noción de soberanía fue instrumental para la formación del derecho internacional Westfaliano, un orden construido sobre la base de soberanías nacionales».

34 TOMÁS Y VALIENTE (1983, p. 401).

35 LAQUIÈZE (2007, p. 261). Estas ideas serán retomadas en *Infra* §12.2.1.

36 El sistema del *common law*, como luego se analizará, tiene una larga tradición de sujeción del monarca a la norma jurídica, lo que se produjo no solo por la comprensión de que el Derecho debía dar cuenta de la tradición ancestral –y, de ese modo, se limitó el contenido de la norma–, sino que también porque la creación del Derecho (*law making*) se radicó en el Parlamento y no en el monarca directamente, como en la comprensión continental. Sobre el punto, ver, por ejemplo, DICEY (1979, p. xcvi).

37 DIGESTO 1.4.1, INSTITUTAS 1.2.6.

decir, el universo<sup>38</sup> representado por la comunidad. Este cambio estructural tuvo importantes influencias sobre el sistema penal y determinó las bases teóricas de cómo lo comprendemos actualmente.

Sin embargo, la relación de la Ilustración con el Derecho Penal fue compleja. Los pensadores ilustrados adoptaron una posición crítica hacia el Derecho Penal del Antiguo Régimen. *De los delitos y de las penas* de BECCARIA – «la joya de la corona de la Ilustración italiana»<sup>39</sup> – es un ejemplo notable de esa postura. A pesar de la fuerte capacidad empírico-descriptiva y crítica sobre el sistema penal del absolutismo, la Ilustración no logró, sin embargo, desarrollar con la misma intensidad una perspectiva prescriptiva sobre lo que debía ser el Derecho Penal de la Razón.

En efecto, su principal déficit se manifestó en una débil justificación de la potestad punitiva y en un inacabado estatuto de su limitación que, a poco andar, el liberalismo transformó y terminó por desdibujar.

La existencia misma del Derecho Penal no necesariamente se sometió a cuestionamiento. Probablemente imbuidos por una necesidad pragmática o «porque la confianza de los reformadores en la igual racionalidad del hombre común no era tan sólida como [los pensadores ilustrados] reclamaron»<sup>40</sup>, ellos no abogaron por prescindir del Derecho Penal (las posturas abolicionistas tardaron más tiempo en aparecer)<sup>41</sup>, como podría haberse esperado de la aplicación de sus ideas fundamentales. Incluso, no puede «afirmarse claramente que la Ilustración manejara un concepto unitario de lo que ha de ser un Derecho Penal propio de un Estado de Derecho»<sup>42</sup>. El Derecho Penal fue para la Ilustración una piedra en el zapato: si el caminante no puede desprenderse de ella, solo le resta, resignadamente, acomodarla en una posición lo menos molesta posible, y seguir caminando.

En términos de su justificación, la Ilustración se encontró con un problema de difícil resolución que no encontró una respuesta definitiva en ese momento histórico y se-

---

38 La definición de la soberanía en términos de universalidad requiere, de todos modos, una precisión. La forma política del Estado construido inmediatamente después de producida la revolución ilustrada no se correspondió con lo que hoy conocemos como democracia. Como lo señala VERGARA (2020a, p. 13), solo recién en el siglo XIX (y aun en el XX) se consolidaron los procesos de expansión del voto que terminaron por universalizar la participación democrática por medio del sufragio. Sin embargo, como lo advierte la misma autora, «[1] a incorporación de grupos oprimidos al sistema electoral expandió el derecho individual de elegir gobernantes a los grupos subalternos excluidos, pero esta inclusión en el sistema de elecciones no se tradujo en la liberación de estos grupos de su condición de subalternidad y opresión» (VERGARA, 2020a, p. 13)

39 HARTCOURT (2014, p. 39).

40 DUBBER (1998, p. 115).

41 De hecho, cuando una parte de los pensadores ilustrados adoptó la retribución como fundamento de la pena, no aportaron ningún elemento novedoso. La venganza fue el fundamento aceptado del castigo penal desde las primeras civilizaciones que, de todos modos, se permitió sujeta a criterios de proporcionalidad; y la retribución no es más que una expresión modernizada de ese sentimiento humano de revancha. La Ilustración, es necesario destacar, modernizó la venganza por medio de su espiritualización: se desvinculó de un vínculo fáctico entre el daño causado por el agresor y el daño que estaba permitido causarle como consecuencia de ese delito, y se modificó esa relación a una privación de sus bienes (libertad o patrimonio) (DUBBER, 2013, pp. 16-ss).

42 ARNOLD (2000, pp. 307-308).

guimos sin dar con ella<sup>43</sup>. Este problema consiste en que en el ideal ilustrado la sociedad se compone de personas racionales, en la que el delito aparece como un acto contrario a esa esencia. Esto plantea, al menos dos problemas. El primero, cómo reaccionar frente al delito; y el segundo, cómo determinar la posición de esa persona que, siendo un miembro racional del colectivo social, decidió, sin embargo, ejecutar un delito.

Una demostración de la difícil solución de esta problemática es la posición de los idealistas, particularmente de HEGEL, sobre el derecho a ser castigado<sup>44</sup>. Escribió este filósofo que la pena «no es sólo justa en sí; por ser justa es al mismo tiempo su voluntad existente en sí, una existencia de su libertad, su derecho. Es por lo tanto un derecho en el delincuente mismo, es decir, puesto en su voluntad existente, en su acción»<sup>45</sup>. Como en el sistema Hegeliano, heredero del kantiano, la persona es un valor en sí misma y la intervención sobre ella no se justifica sino en la medida de la reafirmación de su propio valor, la pena «honra al delincuente como un ser racional»<sup>46</sup>. Para que ello opere así, la pena solo puede fundamentarse en el hecho mismo ejecutado por el delincuente, negando con ello la inocuización, la disuasión y la rehabilitación como fines legítimos de la pena<sup>47</sup>. Para superar la perplejidad que produce un *derecho* a ser castigado (es decir, a ser encarcelado, a ser multado, etcétera) debe reconocerse en el castigo un beneficio para el sujeto al que debe imponérsele<sup>48</sup>. La alambicada construcción Hegeliana del «derecho a ser castigado»<sup>49</sup> –que hoy aparece ante nuestros ojos como una contradicción– da cuenta de la complejidad del problema de adoptar una posición frente al Derecho Penal. O, en la sentencia más drástica de DUBBER, que «la transformación del derecho a ser castigado en una necesidad de tratamiento ilustra conmovedoramente que el proyecto de la Ilustración ha fallado en legitimar el castigo estatal y que la hipocresía ha tomado el lugar de la legitimación»<sup>50</sup>.

---

43 En este sentido SATTAR (2019, p. 17), quien analiza el problema del uso del castigo como estrategia de protección de los derechos humanos y sostiene que esa relación, a su juicio, problemática, puede trazarse hasta la Ilustración. Sostiene este autor que, aunque los consensos a que llegaron los pensadores Iluministas sobre cuestiones como el carácter racional del ser humano, la superación del dogma religioso y la censura al uso arbitrario del poder, han impactado las formas contemporáneas de ejercicio y legitimación del poder, también han influido los desacuerdos que ellos tuvieron: «las posiciones de los pensadores liberales clásicos sobre los principios morales, incluidas las justificaciones penológicas, diferían ampliamente, lo que resultó en ciertas ambigüedades profundamente arraigadas en el discurso de los derechos humanos tal como lo conocemos hoy».

44 DUBBER (1998, pp. 117-1119).

45 HEGEL (1999, párr. 100).

46 HEGEL (1999, párr. 100).

47 HEGEL (1999, párr. 100).

48 MORRIS (1968, *pássim*).

49 Una defensa de la concepción del merecimiento de la pena como un derecho, en MORRIS (1968). Este autor formula su tesis argumentando que la imposición de una pena derivada de la comisión de un delito es un derecho natural, inalienable y absoluto, que se deriva del derecho a ser tratado como persona y que la negación de este derecho implica la negación de todos los derechos y deberes morales (p. 476). Una visión crítica de la concepción, en DEIGH (1984, *pássim*).

50 DUBBER (1998, pp. 17-18). Una explicación de la concepción sobre el castigo de Locke, en MAC-CORMICK y GARLAND (1998, pp. 17-18).

Sin perjuicio de la evaluación parcialmente crítica que pueda formularse sobre la Ilustración en términos de su rendimiento, no puede negarse su influencia y, de hecho, una parte importante de ese aparato conceptual ha llegado hasta nuestros días. Con relación al objeto de esta investigación, son dos los aspectos que me interesa destacar con relación a la influencia Iluminista: el de la legalidad penal y el del programa humanizador.

## 2.3. Juridicidad y legalidad penal

### 2.3.1. Legalidad como <juridicidad>

En general, *legalidad* es la condición predicable de aquellos sistemas jurídicos en los que la <ley>, en tanto norma jurídica, desempeña un rol articulador del conjunto de las relaciones que quedan sometidas a ese sistema o reguladas por él. Legalidad, en este sentido, es equivalente a «regularidad jurídica»<sup>51</sup>. Luego, según sea el grado de obligatoriedad de la ley en dichas regulaciones habrá un grado mayor o menor de legalidad. Los sistemas que le asignan un grado mayor o superior de obligatoriedad podrían denominarse como de *estricta legalidad*; mientras que los de menor nivel, de *mera legalidad*<sup>52</sup>. Esos podrían coincidir con la naturaleza del rol asignado a la ley: material, en los primeros; formal, en los segundos<sup>53</sup>.

La legalidad es una condición ineludible para una democracia moderna, a tal punto que, sin dicha sujeción al Ordenamiento jurídico, un sistema difícilmente podría ser calificado como democrático. Pero dicha condición no es privativa de la democracia, ya que ella también existió, con diferentes intensidades, en los sistemas jurídico-políticos

---

51 VEDEL y DEVOLVÉ (1990, p. 440).

52 Aunque estas mismas denominaciones son utilizadas con sentidos distintos en la doctrina. Así, por ejemplo, BERGALLI (1998, p. 59) emplea la expresión <mera legalidad> para referirse a la juridicidad y la define como un principio básico del derecho público que determina las condiciones de existencia, validez y aplicabilidad de las normas jurídicas. En FERRAJOLI (2016, p. 95) la *mera legalidad* «se limita a exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*)», mientras que «el principio de *estricta legalidad* exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*)». De esta forma, la estricta legalidad queda vinculada a un conjunto de limitaciones materiales de ejercicio de la potestad punitiva. En una obra de posterior publicación de su primera edición que *Derecho y razón*, FERRAJOLI aplica esta distinción vinculándola con la violencia formal que representa el Derecho Penal y la violencia informal propia de la actividad criminal. A su juicio, la estricta legalidad determinará los presupuestos dentro de los cuales el uso de la violencia estatal se torna legítimo. Dentro de esos presupuestos está la necesidad de la reacción penal. El autor recurre a dos ejemplos para ilustrar el problema: la sanción penal del consumo de estupefacientes y el aborto. En ambos casos, la violencia estatal a través del Derecho Penal es inútil porque tanto las toxicomanías como la interrupción voluntaria del embarazo causando la muerte del feto son fenómenos que van a seguir verificándose, independiente de la amenaza de sanción penal. Y, a su vez, la intervención penal genera otros efectos indeseados: aumento de la violencia en el caso de las toxicomanías y reducción a la clandestinidad del aborto (FERRAJOLI, 2008, pp. 177-180).

53 Una cuestión distinta consiste en determinar los ámbitos en los que se desenvuelve esa legalidad. En este punto, cuestiones como si la actividad del Estado queda o no cubierta por la legalidad, tanto en su propia conformación y actuación, como en la relación de este con los particulares; o si esta solo se aplica, por el contrario, a la regulación de los privados entre sí, pero se excluye al Estado.

previos al advenimiento de la democracia moderna y aun en los sistemas autoritarios y totalitarios<sup>54</sup>. La versión ilustrada de la legalidad trajo como novedad que tanto la producción de la norma legal, como la definición de sus contenidos, quedaban sometidas a la legalidad; en otras palabras, que la sujeción a la norma se aplica, antes que todo, a su creación y a la definición de su contenido. Sin embargo, y aquí un punto importante, la sujeción a la ley es un presupuesto, en sí mismo, vacío de contenido valorativo. Que la actuación de los órganos quede sometida a la ley nada dice sobre el contenido de la ley, de modo que, en esta lógica, el sometimiento puede ser tanto a una ley justa como a una injusta. Y los resultados que se derivan de una y otra son sustancialmente diferentes.

Aplicada a un concreto contexto jurídico-político, la sujeción a la norma –que es aquello en lo que consiste la *legalidad*– adquiere, al menos, dos formas en lo que interesa a esta investigación. La primera forma, que propongo denominar *juridicidad*, se refiere a aquel principio del Derecho público que determina que tanto las personas que forman parte de la comunidad como las instituciones que estos crean, deben sujeción al Ordenamiento jurídico. En esta comprensión se «coloca al accionar estatal bajo la «reserva» de una autorización jurídica. Contiene, por tanto, la «prohibición de actuar sin fundamento jurídico»<sup>55</sup>. La segunda de esas formas se refiere a aquel principio o regla que es característico del Derecho Penal y que se enuncia como axioma, con la difundida fórmula latina *nullum crimen nulla poena sine lege*. Esta distinción es conocida tanto por los sistemas continentales como para los que conforman el *common law*<sup>56</sup>; y en ambos tiene la misma connotación: que «los agentes públicos derivan su poder para perseguir, condenar y castigar solo sobre la base de delitos y sanciones penales previamente definidas»<sup>57</sup>.

El principio de *juridicidad*, básico en el Derecho público en los Ordenamientos jurídicos modernos<sup>58</sup>, determina las condiciones de existencia, validez y aplicabilidad de las normas jurídicas, elevándose a la categoría de criterio de legitimidad formal y material del sistema democrático. He preferido su denominación como *juridicidad* no solo para evitar confusiones terminológicas con el objeto de esta investigación, sino también para resaltar que la *juridicidad* indica un grado mayor de sujeción al Derecho que la que tuvo en su comprensión inicial a comienzos del siglo XIX, que supuso la superación de

---

54 Ver *Infra* §5.2.3.2 donde se analiza la utilización de la legalidad penal por las dictadura Fascista italiana y Franquista española.

55 KUHLEN (2012, p. 153).

56 CLAES y KROLIKOWSKI (2009, p. 89). De acuerdo con WESTEN, la sujeción al Derecho, es decir, el *Rule of law*, tiene una forma general que se aplica en todas las áreas del Derecho, según lo cual debe permitirse que las normas gobiernen. Y una segunda forma, que denomina específica, es la propia del Derecho Penal en la que el cumplimiento de la ley «se combina con los requisitos de <culpabilidad> y <proporcionalidad> para regular la distribución justa de los castigos criminales» (WESTEN, 2007, pp. 230-231).

57 CLAES y KROLIKOWSKI (2009, p. 89). Estos mismos autores se encargan de indicar las diferencias entre ambas culturas jurídicas: «de acuerdo con la doctrina jurídica continental clásica, pertenece (y debe pertenecer) a la competencia exclusiva del legislador proporcionar tal fundamento: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Una versión más débil de esta división de roles con respecto a la criminalización también se repite en la tradición del *common law*» (p. 28).

58 SOTO KLOSS (1992, pp. 333-334); PALLAVICINI (2012, p. 187).

«su carácter simplemente regulador de estructuras y normador de competencias para hacerse realizadora del Derecho-derecho»<sup>59</sup>.

En el sistema constitucional español, la sujeción de las personas y de las instituciones (incluido el legislador) al Ordenamiento jurídico está declarada en el artículo 9 CE, texto que garantiza el principio de juridicidad, por medio de la garantía por la Constitución del «principio de legalidad» (artículo 9.3 CE). Este se expresa en el deber de sujeción a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico, deber que tiene como destinatarios tanto a los «ciudadanos» como a los «poderes públicos» (artículo 9.1 CE)<sup>60</sup>. Si a ello se agrega, además, que la Constitución garantiza el principio de jerarquía normativa, del juego de los apartados 1º y 3º del artículo 9 CE se llega a una norma similar a la que emana del artículo 20.3 GG, según lo cual «[e]l poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho»<sup>61</sup>. Esta constatación será de importancia cuando se analice el contenido de la legalidad penal.

Entre la juridicidad como principio general del Derecho público y la legalidad penal existe una relación de género (juridicidad) a especie (legalidad penal). La legalidad penal, como garantía de libertad<sup>62</sup>, solo puede comprenderse en un contexto de sujeción no solo a la Constitución y a los procedimientos formales de producción normativa previstos en ella, sino también a los valores que de ella emanan, reflejo de los consensos básicos a los que una sociedad pueda arribar. Fuera de ese contexto axiológico, la legalidad penal pierde su esencia y se transforma en un instrumento al servicio exclusivo del poder estatal. Con esa sola funcionalidad, la legalidad penal puede ser incluso desechada porque otros instrumentos pueden ser más eficaces al poder.

### 2.3.2. Legalidad penal

La construcción del discurso político de la Ilustración en torno a la idea de soberanía perteneciente a la comunidad determinó el fin del axioma legitimador *Sed et quod principi placuit legis habet vigorem* y su sustitución por uno completamente nuevo y revolucionario: *nullum crimen nulla poena sine lege parlamentaria*, considerado «un principio fundamental del Derecho Penal de los países civilizados»<sup>63</sup>.

59 PANTOJA BAUZÁ (2000, p. 157).

60 Sin perjuicio de «cortocircuitos» que se pueden producir en el entramado jurídico. Un ejemplo es el conflicto entre el TCe y el TS de que da cuenta MUÑOZ CLARES (2011, *pássim*) sobre la determinación del momento en que debe considerarse interrumpido el plazo de prescripción de la acción penal.

61 GARCÍA DE ENTERRÍA (1984, p. 12) deriva de la disposición del artículo 9.3 CE una norma que identifica al Estado de Derecho con imperio de la ley que, a su vez, haya sido dictada dentro de la Constitución, obedezca a la voluntad popular y garantice los derechos humanos. Pero este mismo autor es claro en advertir dos cuestiones claves. La primera, que no se trata de una sujeción formal a la ley, descartando con ello una opción constitucional por un positivismo jurídico; y la segunda, que la <ley> debe entenderse en el sentido de <Derecho> u <ordenamiento jurídico>, es decir, integrado no solo por las normas aprobadas por el Parlamento, sino también por los valores constitucionales y las demás disposiciones aprobadas conforme con el texto constitucional (p. 23).

62 GÜNTHER (2016, p. 38).

63 GIL GIL (1999, p. 73).

La introducción de esta fórmula, aunque no del concepto que le subyace, se debe a FEUERBACH<sup>64</sup>. Ella ha alcanzado gran difusión<sup>65</sup> y tuvo una penetración inmediata luego de su formulación, como ya puede leerse, por ejemplo, en la obra de Achille MORIN<sup>66</sup> o en la de Joseph LEFORT<sup>67</sup>, temporalmente muy próximas a la de FEUERBACH.

La potestad punitiva consiste en la facultad de crear y aplicar el Derecho Penal<sup>68</sup> y su titularidad, formalmente, corresponde de manera exclusiva al Estado. Del núcleo esencial de la potestad punitiva emana una doble posibilidad jurídicamente amparada de restricción de la libertad personal. La primera, consiste en la facultad de establecer (imponer) prohibiciones de comportamiento que son las que emanan de los tipos penales<sup>69</sup>; la segunda, consiste en la restricción de libertad a través de la consecuencia jurídica imputada al incumplimiento de la prohibición de actuación, esto es, por medio de la pena, ya sea que esta consista en encierro (privación de libertad ambulatoria, la pena por antonomasia, a esa consecuencia) o la restricción de otros derechos<sup>70</sup>.

En la cultura jurídica continental, la conceptualización de la potestad punitiva en los términos expresados es, de todos modos, incompleta. Lo anterior, porque a ella debe

---

64 Su formulación original estuvo escindida en tres enunciados: *Nulla poena sine lege / Nulla poena sine crimine / Nullum crimen sine poena legali*. La contracción de ellas dio origen al axioma de formulación latina *nullum crimen nulla poena sine lege*. Al respecto, FEUERBACH (1801, párr. 24) escribió:

Los siguientes principios subordinados, que no están sujetos a ninguna excepción, se derivan de esto:

I. Toda adición de una pena presupone una ley penal (*Nulla poena sine lege*). Porque sólo la amenaza del mal por la ley justifica el concepto y la posibilidad legal de un castigo.

II. La imposición de una pena está condicionada por la existencia del acto amenazado. (*Nulla poena sine crimine*). Porque por ley la pena amenazada está vinculada al hecho [factum] como condición legalmente necesaria.

III. El hecho legalmente amenazado (la exigencia legal) está condicionado por la sanción legal (*Nullum crimen sine poena legali*). Porque la ley atribuye el mal como consecuencia jurídica necesaria a la violación específica de la ley.

65 GRECO (2010, p. 3).

La formulación *nullum crimen nulla poena sine lege* tuvo un fuerte impacto y sigue gozando de una gran influencia. En el plano dogmático, son innumerables las fuentes bibliográficas que la recogen. Una revisión de bases de datos de artículos científicos así lo demuestra (En la base de datos Heinonline.org, por ejemplo, el criterio de búsqueda «*nullum crimen*» arroja 4.900 entradas, mientras que en JStor, 846).

Asimismo, tampoco puede desconocerse la influencia que ha tenido esta formulación en el plano legislativo. Los motivos de la influencia que ha tenido esta formulación pueden ser, al menos, dos. El primero, que FEUERBACH propuso el axioma en latín, un idioma difundido entre las clases cultas de la época, lo que podría haber permitido una difusión más universal que lo que habría sido si lo hubiera formulado en alemán, la lengua del autor. El segundo, es que el autor trasplantó al plano jurídico la esencia de la legalidad penal que había sido propuesta por los filósofos ilustrados y, con ello, la puso a disposición de los juristas.

66 MORIN (MORIN, 1850).

67 LEFORT (LEFORT, 1877).

68 CARBONELL MATEU (1999, pp. 105-106). Prefiero denominarla *potestad punitiva* porque, a mi juicio, dicha expresión se desprende de su conceptualización como un derecho subjetivo, a que lleva denominarla como *ius puniendi*, tal como lo indica el mismo autor (p. 106).

69 En contra, LUZÓN PEÑA (2016, p. 27), quien adhiere a un concepto restringido de potestad punitiva referido solo a la facultad de imponer penas.

70 En este sentido, CARBONELL MATEU (1999, pp. 32, 43-46).

agregarse que la *forma* autorizada para su ejercicio es a través de una ley en sentido formal (ley parlamentaria), es decir, por medio de un acto estatal concreto que emana del Parlamento o Congreso (la ley) y que es producido de acuerdo con unas reglas específicas de producción normativa contenidas en la Constitución. Esta restricción sobre la forma de ejercicio de la potestad punitiva (solo a través de la ley) es lo que se conoce como *legalidad penal*.

Con referencia al artículo 103.2 GG, indica HASSEMER que la derivación a partir de la legalidad penal de un conjunto de mandatos goza de una «sorprendente unanimidad, y en concordancia con la larga tradición del *nullum crimen, nulla poena sine lege*»<sup>71</sup>. La unanimidad llega solo hasta la afirmación de la existencia de ese conjunto de mandatos derivados, pero no se extiende a cuáles serían ellos en concreto<sup>72</sup>. Por ejemplo, ROXIN estima que el conjunto de mandatos derivados de la legalidad penal está compuesto por el de *lex scripta, lex praevia, lex certa y lex stricta*<sup>73</sup>, mientras que CARBONELL MATEU agrega el de la prohibición de la doble punibilidad (*ne bis in idem*)<sup>74</sup>. Tal como ha apuntado GARCÍA RIVAS<sup>75</sup>, la disparidad se relaciona con la forma en que se concreta la legalidad penal. En este punto, destaca el autor la diferencia de tratamiento de la prohibición de analogía. En la doctrina alemana dicha prohibición tiene autonomía respecto del

---

71 HASSEMER (1996, p. 150).

72 DE VICENTE MARTÍNEZ (2004, pp. 35-36). La comprensión tradicional deriva de la legalidad penal (*nullum crimen nulla poena sine lege*) una serie de mandatos que se expresan en cuatro garantías básicas. Estos son la de legalidad criminal, legalidad penal, legalidad de ejecución y legalidad jurisdiccional; y de ellas se deriva, a su vez, un subconjunto de garantías. La garantía de legalidad criminal contiene el mandato en virtud del cual no hay delito sin ley (*nullum crimen sine lege*), es decir, que la conducta solo puede ser considerada como constitutiva de un delito penal en la medida que la ley lo haya descrito como tal. La garantía de legalidad penal, por su parte, expresada en el sub-axioma *nulla poena sine lege*, indica que una pena solo puede imponerse si esta está prevista en la ley como tal; y que ella debe imponerse en la medida o grado dispuesta por esa ley. De estas dos garantías se derivan en la comprensión tradicional las exigencias de reserva absoluta de ley, de taxatividad y de irretroactividad de la ley penal. La garantía de ejecución cubre el proceso de imposición de la pena; según esta garantía, el cumplimiento de la pena debe estar también definido en la ley. Por último, la garantía jurisdiccional obliga a que la responsabilidad penal solo pueda ser determinada por un tribunal competente e imparcial. En este sentido, QUINTERO OLIVARES (2007, pp. 31-35); LASCURAÍN SÁNCHEZ (2011, pp. 60-62); MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (2019, p. 90). RODRÍGUEZ DEVESA (1973, pp. 133-134) distingue tres garantías que él denomina «consecuencias implícitas»: (a) No hay delito sin ley, de la que se derivan (a.1) no hay delito sin ley que la tipifique, (a.2) no hay *delicta iruis naturalis*, y (a.3) los tribunales no pueden crear delitos; (b) No hay pena sin ley, de la que se derivan: (b.1) la ley debe determinar la clase de pena; (b.2) no pueden imponerse penas absolutamente indeterminadas; (b.3) los tribunales no pueden imponer penas distintas de las previstas en la ley; (b.4) no pueden variarse las circunstancias de ejecución; y (c) no hay pena sin juicio legal, de la que se derivan. MORESO (2001, p. 525) distingue tres aspectos de la legalidad penal que denomina «clásicos»: la prohibición de retroactividad (*nullum crimen sine lege previa*), la reserva de ley (*nullum crimen sine lege scripta*) y la exigencia de certeza o determinación (*nullum crimen sine lege stricta o sine lege certa*). En la exposición de LASCURAÍN SÁNCHEZ (2011, pp. 62-70) tales garantías consisten en que la norma penal debe: (a) tener rango de ley; (b) ser precisa; (c) ser vinculante para los jueces; y (d) ser irretroactiva.

73 ROXIN (2015, pp. 140-141). En el mismo sentido, PALAZZO (2010, p. 105); GROSSO GARCÍA (2019, pp. 105-113; 879-897).

74 CARBONELL MATEU (1999, pp. 154-ss).

75 GARCÍA RIVAS (1992, pp. 17-ss).

mandato de determinación; mientras que en la italiana la prohibición de la analogía se considera una derivación directa del mandato de determinación, con lo que las exigencias de *lex stricta* y *lex certa* serían dos nombres para referirse a un único mandato.

En síntesis, y sin perjuicio de las variaciones entre unos autores y otros, de la legalidad penal se derivan, en la comprensión tradicional, los siguientes mandatos «colorarios»<sup>76</sup>: (a) *lex scripta* (interdicción del derecho consuetudinario como fuente del Derecho Penal); (b) *lex praevia* (prohibición del efecto retroactivo de la ley penal); (c) *lex mitior* (aplicación obligatoria de la ley más beneficiosa); (d) *lex certa* (prohibición de leyes y penas indeterminadas); (e) *lex stricta* (prohibición de analogía); y (f) *ne bis in idem* (prohibición de doble criminalización). Estos mandatos, todos por igual, formarían parte del contenido esencial de la legalidad penal, de modo que ellos podrían ser derivados directamente de aquella.

El *continuum* en el que se desarrolla la historia de las ideas puede haber llevado a una parte de la doctrina a concluir que el antecedente de la actual comprensión de la legalidad penal en la cultura jurídica<sup>77</sup> continental<sup>78</sup> se encuentra en el Derecho griego o en el romano<sup>79</sup>.

Aunque es cierto, como se ha afirmado antes, que la ley como instrumento de regulación es un fenómeno que puede observarse desde las más tempranas etapas de configuración normativa de la sociedad occidental, debe concluirse, como lo hace la doctrina

---

76 BASSIOUNI (2013, p. 123).

77 El concepto se usa en el sentido de <sistema legal>, es decir, como «una serie de ideas, valores, expectativas o actitudes respecto de las instituciones jurídicas, compartidas en un medio social determinado» (CORRECHER MIRA, 2018, p. 108). El concepto de cultura jurídica puede ser comprendido desde varios puntos de vista y es problema complejo propio de la sociología jurídica. Una interesante exposición sobre el problema, en NELKEN (2010, *pássim*).

78 Entiendo como cultura continental o *civil law* a la tradición jurídica propia de la mayor parte de los países de Europa occidental, Latinoamérica, países del Oriente Próximo, grandes partes de África, Indonesia y Japón. Es heredera del antiguo Derecho romano que originó en Europa la base del *jus civile*, y en él ha confluído la ciencia jurídica alemana. Se caracteriza esta tradición del *civil law* por contar con un sistema de fuentes del Derecho principalmente escritas (códigos, leyes), poseedora de un específico modo de pensamiento jurídico con un estilo y una ideología jurídicos transversales (DE CRUZ, 1999, p. 43).

79 En este sentido, BERTOLDI (2006). Sobre posibles antecedentes remotos de la legalidad penal, RUIZ ROBLEDO (1997, pp. 140-143; 2003, pp. 39-ss).

Que la raíz conceptual de la legalidad penal no esté en el Derecho romano no significa, en ningún caso, negar su influencia. Esta se manifiesta en la fisonomía de un sinnúmero de instituciones jurídicas actuales, principalmente del Derecho privado; como lo advierte DU BOYS (1850, p. ix), en que el Derecho actual se ha formado por «la reunión del elemento cristiano, del romano y del bárbaro, ó sea galo-romano». En el Derecho público, la influencia más trascendente del Derecho romano estuvo en la configuración del Estado absolutista. Este es heredero del Derecho romano bizantino configurado a partir del siglo III y consolidado mediante el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. En esa época, y a partir de la adopción del cristianismo como religión del Imperio, se estructuró una forma política de carácter teocrático, según lo cual, el Emperador como señor y Dios, *dominus et deus*; emperador como delegatario de dios en la tierra (Sobre la doctrina cristiana que confluye en la conformación del Derecho Bizantino, ver CHADWICK (2007)), que transfirió la soberanía desde el pueblo, su titular durante la República romana, al Emperador (CANNING, 1996, pp. 4-6). Constantino sentó la idea de su Imperio como el reflejo terrenal del Reino de los Cielos (NICOL, 2007, p. 52).

mayoritaria<sup>80</sup>, que los fundamentos teóricos de la legalidad penal (y del Derecho Penal<sup>81</sup>), y la forma en que actualmente la comprendemos, solo pueden encontrarse en un periodo histórico más reciente: la revolución burguesa-ilustrada<sup>82</sup>. Al trazar el origen histórico de la legalidad penal, no debe confundirse el rol de la ley como instrumento o técnica de regulación y la <legalidad penal> como garantía de libertad<sup>83</sup>. De todos modos, fijar el origen de la legalidad penal en la Ilustración tampoco puede servir para excluir aportes previos que vincularon la definición del delito con la ley, como lo hizo Tiberii DECIANI en su *Tractatus Criminalis* publicado 1590. El jurista italiano escribió, más de dos siglos antes del surgimiento del pensamiento ilustrado, que «Delito es un hecho de los hombres, o dicho o escrito, con dolo o culpa, que una ley vigente prohíbe bajo pena, que ninguna justa causa puede excusar»<sup>84</sup>. Para explicar su definición, DECIANI consignó:

Dije hecho, que tiene un significado muy amplio. Dije, dicho o escrito, porque por escrito y de palabra son infracciones. Dije por malicia o culpa, porque, de lo contrario, no se le castiga a menos que la disposición de cometer un delito concorra. Cada definición de delito es por dolo y culpa. Dije, hombre, eso excluye al tonto como debería excluirse. Dije, una ley bajo prohibición de pena, para excluir tales acciones ilegales que no están sujetas a las sanciones de la ley. Dije, la ley vigente, para excluir la ley abrogada en todo o en parte. Dije, por fin, que no existe tal causa que pueda ser excusada por lo que excluir las ofensas es, en general, una de las cosas

---

80 En este sentido, BELING (1931, p. 319); HALL, J. (1937, pp. 165-166); ORTEGO COSTALES (1941, p. 61); CALAMANDREI (2019, p. 129); CUELLO CALÓN (1964, p. 199) RODRÍGUEZ MOURULLO (1978, p. 58); ESCRIVÁ GREGORI (1980, p. 153); COBO DE ROSAL y BOIX REIG (1982, p. 192); MADRID CONESA (1983, p. 8); RUIZ ROBLEDO (1997, p. 143; 2003, pp. 48-ss); FERRAJOLI (1999, p. 62, 2016, p. 33); AGUADO CORREA (1999, p. 55); CARBONELL MATEU (1999, pp. 108-109); COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN (1999, pp. 68-69); BRAUM (2000, p. 16); RUIZ ROBLEDO (2003, p. 363); ARNOLD (2000, pp. 307-308); QUINTERO OLIVARES et al. (2002, p. 68); FIERRO (2003, pp. 93-95); MOKHTAR (2005, p. 55); SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ et al. (2005, p. 101); FIANDACA (2007, p. 1248); LAMARCA PÉREZ (2011, p. 157); VIVES ANTÓN (2011, p. 663); PÉREZ BARBERA (2015, pp. 79-80); MIR PUIG (2016, pp. 110-111); RAUTER (2017, p. 19); MANTOVANI (2017, p. 4); FIANDACA y MUSCO (2019, pp. 49-50).

81 GÜNTHER (2016, pp. 37-38).

82 Como lo plantea RUIZ ROBLEDO (1997, p. 143), probablemente, el primer antecedente filosófico de la legalidad penal en su sentido ilustrado se encuentre en *Del espíritu de las leyes* de MONTESQUIEU:

En los Estados despóticos no hay leyes: el juez es él mismo su regla. En los Estados monárquicos hay una ley: cuando es terminante, el juez la sigue; cuando no, la interpreta. En el gobierno republicano, es propio de la naturaleza de la constitución que los jueces se ajusten á la letra de la ley. Ninguna ley puede interpretarse contra un ciudadano cuando se trata de su hacienda, de su honor ó de su vida (MONTESQUIEU (1906, p. 116)).

83 En este sentido, la relación entre la ley como instrumento de regulación y la legalidad penal es similar a la que puede trazarse con relación a los *cuasi-delitos* romanos y el delito imprudente. Que el Derecho romano haya reconocido la posibilidad de sancionar penalmente por culpa leve o grave, no significa que esa noción sea trasplantable a la actual de delitos culposos. Sobre los *cuasi-delitos* en el Derecho romano, LOZANO (1874, pp. 807-808).

84 DECIANI (1590, Capítulo III, §2). El texto original en latín es del siguiente tenor: «Delictum est factum hominis, vel dictum aut scriptum dolo vel culpa a lege vigente sub poena prohibitum, quod nulla iusta causa excusari potest».

que están prohibidas por la ley, pero hay una razón especial para excusarse, todas las cuales tienen un rango más amplio en su lugar propio<sup>85</sup>.

En suma, que la connotación jurídica y política que actualmente se atribuye a la legalidad penal es producto de pensamiento ilustrado. Esta afirmación no debe olvidar dos aspectos. El primero, la existencia de la ley como instrumento regulativo firmemente incardinado en la evolución jurídica y política previa a la revolución burguesa e, incluso, con la vinculación conceptual entre ley y delito. Segundo, la influencia que sobre el original concepto ilustrado ha tenido la evolución política y económica posterior a su formulación.

### 2.3.3. La libertad y el Derecho Penal en la comprensión ilustrada. Remisión

La filosofía ilustrada describió, a mi juicio, parcialmente la relación conflictiva entre Derecho Penal y libertad, enfoque que se ha mantenido hasta hoy. De acuerdo con el pensamiento ilustrado, el Derecho Penal restringe el derecho a la libertad por medio de la imposición de la pena. Aunque esa premisa es verdadera, solo lo es parcialmente: antes que, por la pena, el Derecho Penal restringe la libertad al imponer prohibiciones que emanan de los tipos penales y, en general, de las normas que fundamentan la pena. El delito de homicidio contiene una prohibición de matar; el de hurto, de apropiarse cosas ajenas muebles; el de tráfico de drogas prohíbe cultivar drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, etc.

Del enfoque restrictivo con el que tradicionalmente se enfoca en el análisis (libertad *versus* pena), se derivan importantes consecuencias para la construcción del moderno Derecho Penal. Entre ellas, la pregunta sobre la legitimidad de la prohibición penal ha estado prácticamente ausente, así como también lo ha estado la pregunta por los fines del Derecho Penal (o para qué prohibir penalmente). En general, estas han sido opacadas por la pregunta sobre los fines y legitimación de la pena que ha ocupado un lugar central en las discusiones<sup>86</sup>. Sobre estas cuestiones se volverá más adelante<sup>87</sup>.

## 2.4. El programa humanizador

Además del legado de la legalidad penal, la relación de la Ilustración con el Derecho Penal se manifiesta en la aspiración de humanización que la primera tuvo sobre el

---

85 DECIANI (1590, Capítulo III, §2). El texto original en latín es del siguiente tenor:

Dixit, factum, quòd scilicet verbum facere, latissimam habeat significationem. Dixi, dictum aut scriptum, quia & dicto& scripto comittuntur delicta. Dixi, dolo vel culpa, quia alias non puniuntur, nisi animus delinquendi concurrat. Quòd omnis diffinitio delictorum fit per dolum & culpam. Dixi, hominis, vt excluderē bruta, prout excludere debent. Dixi, a lege sub poena prohibitum, vt excluderē quoscunque actus illicitos, qui lege non prohibentur sub poena. Dixi, lege vigente, vt excluderem legem abrogatam in totum, vel in parte. Dixi demum, quod nulla ista causa excusari potest, vt excluderem delicta, quæ generaliter vna lege prohibentur, sed alia speciali quadam ratione excusantur, de quibus omnibus latius suo loco.

86 ALCÁCER GUIRAO (1998, p. 369).

87 Ver *Infra* §18.

segundo. El programa humanizador de la Ilustración es relevante para el objeto de esta investigación porque encuentra su versión actual en el reconocimiento de los derechos fundamentales (que son propiamente humanizantes) como límites a la acción punitiva del Estado; y con ello, un fundamento jurídico-político para la proporcionalidad, según se analizará más adelante.

En su origen, el programa humanizador de la Ilustración se concretó en la aspiración de que las sanciones penales tuvieran un contenido progresivamente menos duro, tanto en su naturaleza, como en duración y contenido aflictivo<sup>88</sup>, es decir, una «humanización del rigor de las penas previstas en el Derecho del Antiguo Régimen»<sup>89</sup>. La atrocidad en el Derecho Penal histórico tiene, a juicio de RAMOS VÁSQUEZ, tres manifestaciones: era expresión de la gravedad con la que la sociedad percibía el delito, era la forma de expiación adecuada a esa gravedad y una reacción a la violencia del reto que el delito significaba a la autoridad del monarca<sup>90</sup>.

Este contexto descrito es el que sirve para comprender el sentido de la demanda por humanización. La construcción ilustrada de la sociedad se hace sobre una base igualitaria común a todas las personas que obliga a negar la existencia de diferencias estructurales entre el juez y el acusado. Al ser los dos actores del proceso iguales, tanto en su naturaleza como en su condición de seres racionales, es lógico esperar que el juez empatice con el dolor del condenado que debe sufrir la pena. La Ilustración puso al sufrimiento y al dolor como elementos relevantes en el análisis de las instituciones jurídico-políticas<sup>91</sup>. Como reacción al Antiguo Régimen, caracterizado por penas extremadamente crueles (y, por ello, innecesariamente dolorosas basadas en un simple fundamento de venganza), el nuevo orden se vio en la necesidad de prescindir de ellas: las penas debían dejar de ser crueles<sup>92</sup>, «en oposición a la <economía de los excesos> característica del orden pre legal moderno, buscado para delimitar el grado de atribución de dolor y redimir a los infractores como sujetos productivos útiles»<sup>93</sup>. Como lo afirman HASSEMER y MUÑOZ CONDE, «[l]a historia de la humanización de las penas es la de su adecuación a una proporcionalidad que no resulte lesiva del sentimiento jurídico de cada época»<sup>94</sup> y se aspiró a que el principio de humanidad se constituyera en el «principio rector del Derecho Penal y de la Política criminal»<sup>95</sup>. El programa humanizador ilustrado esperaba que el Estado estuviera «obligado a ejercer [la potestad punitiva] como un ser humano

---

88 LUZÓN PEÑA (2016, p. 28).

89 MIR PUIG (2016, p. 127).

90 RAMOS VÁSQUEZ (2004, p. 261). Una exposición de los tipos penales que encarnaban la concepción del rigor penal del Antiguo Régimen, en BARÓ PAZOS (2013, pp. 113-114).

91 DUBBER (1998, p. 114).

92 Una exposición paradigmática de este enfoque es el que puede leerse en BERISTÁIN (2003, pp. 93-94), quien, junto con destacar el valor de la dignidad humana como uno de los valores articuladores de la justicia, determina el contenido del «axioma de la humanidad» con el valor de la compasión. En el mismo sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI (2013, *pássim*).

93 HALLSWORTH (2000, p. 146).

94 BACIGALUPO ZAPATER (1999, p. 149, 2005, p. 138).

95 HASSEMER y MUÑOZ CONDE (1989, p. 413).

pensante y sintiente, más que, por ejemplo, como un simple registro en un ordenador, una mercancía a ser negociada, una bestia a ser domada, un problema social, un espíritu malvado, un paria o un intocable»<sup>96</sup>. En suma, en la comprensión ilustrada, el principio de humanidad (o humanización) tiene un contenido fáctico, es decir, vinculado a un dato de la realidad sensible: el sufrimiento.

Sin embargo, estimo que la elaboración teórica sobre la humanización debe llevarse a un sentido distinto del fáctico propuesto por la Ilustración por tres razones. La primera, porque –salvo algunas excepciones que podrán discutirse– el Derecho Penal actual no es comparable con la intensidad afflictiva que presentaba el del Antiguo Régimen contra el cual surge el programa humanizador. La segunda razón consiste en que el sentido fáctico del programa humanizador ilustrado puede, hoy por hoy, ser utilizado como una fuente de descrédito del propio Derecho Penal. El Derecho Penal humanizado en sentido fáctico puede ser torcidamente acusado de representar «una aproximación “buenista” o humanitaria a la política criminal, que se conforma con garantizar que todo sistema de control penal, al margen del modelo seguido o de los objetivos pretendidos, no alcance unos niveles de dureza que se consideran inaceptables»<sup>97</sup>. Y la tercera razón consiste en que la conceptualización del programa humanizador requiere considerar el desarrollo que ha propiciado la ideología de los derechos humanos.

La exigencia de humanización debe ser dotada de un sentido normativo, relacionado con el contenido esencial de los derechos fundamentales como límite para la acción punitiva del Estado<sup>98</sup> y, por tanto, para la afirmación de la base de su autoridad (el Estado al servicio de las personas). El programa humanizador en clave normativa parte del reconocimiento de la intangibilidad de la persona, porque él lleva necesariamente a una «estrategia de humanización de las penas [que] supone, con la abolición de las que en cada momento se manifesten intolerables para la conciencia cívica, la defensa de la forma legal de la pena»<sup>99</sup>. Adicionalmente, no solo enfocada en la pena como consecuencia jurídica, como fue la principal preocupación de la Ilustración, sino también, y con la misma intensidad, en la selección de las conductas a criminalizar. Este proceso de humanización no se relaciona con la «sensibilización de la sociedad para con el delincuente que sufre un castigo»<sup>100</sup>, ni con la tendencia a una permanente menor severidad del Derecho Penal, sino con el reconocimiento de la intangibilidad humana (o «dignidad»<sup>101</sup>) como límite infranqueable tanto para la intervención como para la reacción penales. Puede ser sintetizado en que el delito deja de ser una desviación personal (pecado) para

---

96 GARDNER (1998, p. 34).

97 DÍEZ RIPOLLÉS (2011, p. 6, 2017, p. 3). Tal como este autor lo advierte, la moderación punitiva es una exigencia político-criminal, pero ella debe ser adecuadamente fundada.

98 Una comprensión similar de la humanización del Derecho Penal, en MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (2019, p. 81), para quienes «El principio de humanidad obliga siempre a reconocer que el delincuente, cualquiera que sea el delito que haya cometido, es un semejante, una persona humana que tiene derecho a ser tratada como tal y a reintegrarse en la comunidad como un miembro de pleno derecho».

99 FERRAJOLI (2016, p. 413).

100 FRISCH (2014, p. 20).

101 ORTS y GONZÁLEZ (2019, pp. 203-204).

pasar a ser un comportamiento dañoso; y la pena, deja de ser un castigo que produzca sufrimiento, para pasar a ser una restricción de derechos: el «fin [de la pena] es solo corregir con utilidad, y no atormentar á los delinquentes»<sup>102</sup>.

En la versión fáctica de la Ilustración sobre la humanización, su fundamento puede hallarse en pensadores y políticos que son «buenas personas» (empáticos con el sufrimiento ajeno y que, por tanto, sienten aversión a causar sufrimiento) hasta objetivos más oscuros y no confesados expresamente, relacionados con la necesidad de preservación de mano de obra poco calificada y que, por tanto, es especialmente útil en las fábricas como estrategia para la reducción de costes de producción mediante salarios paupérrimos.

Los argumentos de la oposición ilustrada a la tortura ofrecen una buena instancia para analizar la versión fáctica y la versión normativizada del programa humanizador. BECCARIA denunció a la tortura, oponiéndose firmemente a que «el dolor sea el crisol de la verdad, como si el juicio de ella residiese en los músculos y fibras de un miserable» y calificándola como un «monumento aún de la antigua y bárbara legislación, cuando se llamaban juicios de Dios las pruebas del fuego y del agua hirviendo y la incierta suerte de las armas». La oposición al uso de la tortura la fundamenta BECCARIA en varios argumentos. Entre ellos, que su uso produce el riesgo, que no debe tolerarse, de atormentar con ella a una persona inocente; que la tortura o el tormento no pueden operar como forma de expiación de la infamia en la que se situaba el delincuente: «[s]e cree que el dolor, siendo una sensación, purgue la infamia, que es una mera relación moral», afirmó el Marqués; finalmente, porque el uso de la tortura no solo no es capaz de garantizar que el testimonio así recogido sea verídico, sino porque esta forma de conseguirlo asegura, en realidad, un resultado contrario y, de esta manera, puede producirse el error de condenar a un inocente y absolver a un culpable<sup>103</sup>. Asimismo, BECCARIA pone de manifiesto la contradicción de la prohibición de las preguntas sugestivas como forma de interrogar en el proceso, destacando que «es notable la contradicción de las leyes, que juntamente con esta costumbre autorizan la tortura. Porque ¿cuál interrogación más sugestiva que el dolor?»<sup>104</sup>.

En suma, los argumentos de BECCARIA giran en torno a dos ideas centrales: la atrocidad de la tortura desde la perspectiva del dolor y su inutilidad procesal. Aunque tales argumentos gozan de un innegable valor no tienen, sin embargo, el carácter de irrefutables.

En efecto, la repulsa de la tortura por el dolor físico que estas causan no es una relación siempre válida, porque esa evaluación puede variar dentro de una concepción esoterizada<sup>105</sup>. Las ordalías, también denominadas «juicios de dios», «se fundaban, como premisa, en la convicción de que Dios, debidamente invocado para asistir a las partes, determinaría directamente el resultado de la prueba, haciendo evidente la inocencia o

---

102 DE LARDIZÁBAL Y URIBE (1732, pp. 11-12).

103 Para todas las citas precedentes de este párrafo, BECCARIA (1822, Capítulo XVI).

104 BECCARIA (1822, Capítulo XXXVIII).

105 Sobre los problemas del uso de la tortura en el proceso penal, ver NAVARRO-DOLMESTCH (2018, pp. 38-ss).

culpabilidad del sujeto que se sometía a ellas»<sup>106</sup>.

La atrocidad de la tortura es un juicio de valor y, como tal, queda determinado por el contexto en el que se evalúe. Es esperable que, por regla general, la mayoría de las personas condenemos la aplicación de tormentos; pero no puede negarse que el argumento puede encontrarse en escenarios específicos en los que su valor se relativice.

Desde la perspectiva de la prueba en el proceso penal, y tal como lo ha afirmado NIEVA FENOLL, las ordalías no operaban como un medio de verificación de una hipótesis de hechos, sino que simplemente era un procedimiento de solución de controversias. En las ordalías, «[e]l juez no aprecia absolutamente nada... No se comprueba ninguno de los hechos debatidos que dieron lugar a la ordalía, sino que simplemente se realiza un acto similar al de lanzar una moneda al aire para dar razón a uno u otro, o declarar culpables o inocentes simplemente»<sup>107</sup>. Aun como elemento de ponderación del valor probatorio de dos medios de prueba contradictorios dentro del proceso, es evidente que las ordalías no ofrecen muchas garantías de infalibilidad; pero no es menos cierto que sustituirlas por la decisión meramente potestativa del tribunal, llamado a decidir a cuál medio de prueba creerle más, sea esencialmente más confiable que aquellas.

El grado de vencibilidad de los argumentos proporcionados por BECCARIA para una prohibición de la tortura puede explicarse, a mi juicio, por el carácter fáctico del presupuesto que subyace a tales argumentos: el sufrimiento. Una conceptualización normativizada del programa humanizador permite fundar la prohibición de la tortura con un grado de invencibilidad mayor. Si el rol del dolor o del sufrimiento, como valor esencial que subyace a la prohibición de la tortura, es reemplazado por un diferente, como la dignidad humana, se puede llegar a resultados justificatorios más satisfactorios de la prohibición de la tortura, tanto dentro como fuera del proceso penal. Ya sea que lo que se considere relevante de la tortura es el sufrimiento, la humillación o la degradación de la persona, lo que importa es reconocer un límite normativo al Estado que le impide poner a la persona en la posición de que sufra o de que sea humillada o degradada. Tanto el cuerpo físico como la psiquis de la persona son la materialización de esa dignidad y, como tal, entonces, ese cuerpo-alma es intangible y queda absolutamente fuera de las posibles acciones del Estado. Ese mismo valor de la dignidad impide usar a la persona como un objeto; en este caso, como una fuente de información para el proceso, cuando para poder usarla como tal, se necesita quebrar el límite de la intangibilidad. Por esta

---

106 TARUFFO (2010, p. 16). FILANGIERI explica la aceptación de las ordalías, ya que “los juicios de Dios eran á un mismo tiempo favorables á la tranquilidad del ciudadano y al interés del gobierno” (1821, p. 130), como el carácter religioso de esas sociedades:

El acusado se esponia con mas gusto á una esperiencia, cuyo éxito dependia de la voluntad divina, que al juicio de otros hombres, de quienes se desdeñaba de depender; y estaba mas dispuesto á implorar al Dios tutelar de la inocencia, para que preservase sus carnes ó las de su campeon de la impresion del hierro hecho ascua ó del agua hirviendo, que á recurrir á la justicia y á la proteccion de un juez, si éste hubiese de juzgarle (FILANGIERI, 1821, p. 116).

Incluso, BENTHAM (1847, p. 7) validó históricamente el uso de las ordalías por la validez de recurrir a la intervención divina en la resolución de conflictos.

107 NIEVA FENOLL (2010, pp. 41-42)

vía de argumentación –que no es excluyente de la sostenida por BECCARIA, sino que la incluye– pueden lograrse mejores resultados.

El contenido normativo del programa humanizador tiene un alcance mayor que la opción por un contenido exclusivamente fáctico: todas las decisiones penales que adopte el legislador que produzcan un sufrimiento innecesario serán siempre contrarias a la exigencia de humanización; pero, adicionalmente, otras también lo serán y no porque sean crueles, sino porque representan una intromisión en el contenido esencial de un derecho fundamental. Así, por ejemplo, no solo la pena de prisión permanente revisable puede ser considerada inhumana por ser cruel, sino porque otras penas privativas de libertad de extensión menor también pueden llegar a serlo en un sentido normativo de la humanización. También pueden serlo decisiones sobre la elevación a la categoría de delito de ciertas conductas, como ocurre, por ejemplo, con aquellas que no respetan el derecho a la expresión pública de las opiniones (penalización de la protesta), entre otras.

De esta forma, los ejemplos que SILVA SÁNCHEZ da de humanización (abolición de la pena de muerte, supresión de las penas corporales, reducción de las penas privativas de libertad, humanización de la ejecución penitenciaria, penas alternativas a las privativas de libertad<sup>108</sup>), son todos, a mi juicio, correctos, pero no porque en ellos se haya decidido un Derecho Penal de menor rigor o más empático frente al sufrimiento, sino porque todos ellos demuestran que hemos sido capaces de reconocer la intangibilidad humana como un límite al ejercicio de la potestad punitiva.

Esta comprensión de la humanización como intangibilidad de la persona se ha aplicado también al derecho de la guerra a través de los Convenios de Ginebra, que reconocen como limitación a la actividad bélica el respeto de ese núcleo conformador de la persona<sup>109</sup>.

### 3. La influencia del Estado legalista. Remisión

Ha llegado a constituir un lugar común en la dogmática, la afirmación de que la fisonomía del moderno Derecho Penal es un legado de la Ilustración y que lo que hoy entendemos por legalidad penal se corresponde con la idea que sobre ella tuvieron los pensadores ilustrados<sup>110</sup>. Esa afirmación es solo parcialmente verdadera<sup>111</sup>. Como lo afirman RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, «...aquella rozagante ilusión que se puso en ella cuando se instauró el principio de legalidad se ha marchitado un tanto a lo

---

108 SILVA SÁNCHEZ (1992, p. 184).

109 AMBOS (2005b, pp. 106, 113).

110 MADRID CONESA (1982, pp. 19-20).

111 Aunque no se haya producido un modelo unitario de Derecho Penal en la Ilustración, sí existió una idea básica según lo cual este se construyó con una vocación de garantía de los derechos de los delincuentes, y no sobre la idea de la reducción de la delincuencia o de la prevención de futuros delitos. Esta idea de garantía es la que menos puede percibirse en el actual Derecho Penal y su proceso de desaparición del Derecho Penal comenzó en el siglo XIX con las críticas del positivismo criminológico sobre la ineficacia del sistema penal en la prevención delictual (MIR PUIG (2003, p. 104)).

largo de casi dos siglos que impera»<sup>112</sup>. Uno de los factores clave en esa evolución es, a mi juicio, la influencia que ejerció el Estado legalista del siglo XIX en la evolución de la legalidad penal posterior a su surgimiento ilustrado.

La conformación de lo que se denomina Estado legalista en el siglo XIX, entendido como una forma jurídico-política burguesa, determinó un condicionante que limitó la capacidad de la legalidad penal para desarrollar su potencial de garantía de la libertad. El Estado legalista significó sustraer de la legalidad penal gran parte de su contenido axiológico y dejarla reducida a un instrumento de carácter formal, preocupada solo de la forma de producción de la norma penal. Esta (in)evolución que produjo el Estado legalista en la legalidad penal se hizo evidente cuando, por un lado, se produjo el debilitamiento del Estado de bienestar que provocó una presión por recurrir al sistema criminal para la resolución de conflictos sociales; y, por otro, se quebró la hegemonía social y surgieron formas y modos de vida divergentes de la tradicional que pusieron en crítica la validez material del criterio representación y consenso que se encuentra en la base del sistema democrático. La legalidad penal nunca antes debió enfrentar fenómenos como los descritos. Los resultados que provocó la legalidad penal despojada de su contenido axiológico material enfrentada a los cambios sociales será analizado más adelante<sup>113</sup>.

#### **4. La regulación positiva de la legalidad penal**

Sin constituir un patrimonio exclusivo de la cultura jurídica continental<sup>114</sup>, la legalidad penal se encuentra en ella en una relación necesariamente obligatoria con el ejercicio de la potestad punitiva y con el Estado de Derecho<sup>115</sup>, afirmación que puede demostrarse por el análisis de los textos constitucionales respectivos.

##### **4.1. La legalidad penal y su positivización nacional en la cultura jurídica continental**

La referencia a la ley en el establecimiento del delito y de la pena es la regla general entre los países que forman parte de la cultura jurídica continental<sup>116</sup>. En este entorno, la característica común es que la definición de la conducta punible y la pena aplicable se encarga a la ley en sentido formal. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, entre los Estados miembro de la Unión Europea. De acuerdo con las normas de sus respectivas Constitu-

---

112 RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ (1994, p. 184). En contra, MADRID CONESA (1982, pp. 19-20), para quien la legalidad penal «sigue teniendo el mismo fundamento y contenido que en la Ilustración y la única diferencia respecto de otras etapas de su evolución radica en la revalorización de la que ha sido objeto en los Ordenamientos jurídicos, ya que en la actualidad es un derecho fundamental a cuyo respeto se halla obligado el propio legislador».

113 Ver *Infra* §12.2.1.

114 El aseguramiento de la legalidad penal también se encuentra en la tradición del *common law*, aunque con una estrategia diferente de la asumida por el *civil law*, según se analizará (ver *Infra* §4.2.1).

115 RODRÍGUEZ MOURULLO (1978, p. 59).

116 FORNASARI y MENGHINI (2008, p. 2).

ciones, tal es el caso de: Alemania (artículo 103.2); Austria (artículo 92.1), Bélgica (artículos 12 y 14); Bulgaria (artículo 5.3); República Checa (artículo 39); Chipre (artículo 12.1); Eslovaquia (artículo 49); Eslovenia (artículo 28); España (artículo 25.1); Estonia (artículo 23); Finlandia (§8, cap. 2); Francia (artículos 5 y 8 *Declaration*); Grecia (artículo 7.1); Hungría (artículo 57.4); Irlanda (artículo 15.5.1); Italia (artículo 25); Lituania (artículo 31); Luxemburgo (artículo 14); Países Bajos (artículos 16 y 89.2); Polonia (artículo 42.1); Portugal (artículos 29.1 y 29.4) y Rumania (artículos 15.2 y 23.12).

Las excepciones están representadas por Croacia, Dinamarca, Letonia y Suecia. La regulación o ausencia de regulación sobre legalidad penal en estos países adopta tres formas diferentes. La primera está constituida por la ausencia de mención constitucional sobre los delitos y las penas (Dinamarca y Letonia). La segunda, consiste en que los textos constitucionales contienen una previsión sobre los delitos y las penas, pero sin contener una regla de atribución al legislador o a otro órgano y, por tanto, carecen también de remisión. Es lo que ocurre con el texto constitucional de Suecia (artículo 10). Y la tercera forma que se aprecia en el continente europeo es una atribución y una remisión en los mismos términos en los que lo hace el artículo 7º CEDH, esto es, al derecho nacional e internacional. Es lo que ocurre en el caso de Croacia (artículo 31).

En los países de tradición continental que son miembros de la Organización de Estados Americanos, la referencia a la ley en el establecimiento del delito y de la pena es también la regla general. Cuentan en sus Constituciones con una remisión expresa a la ley, los siguientes: Brasil (artículo 5.XXXIX); Chile (artículo 19 N° 3); Colombia (artículo 28); Costa Rica (artículo 39); Cuba (artículos 59 y 61); Ecuador (artículo 24); El Salvador (artículo 15); Guatemala (artículo 17); Haití (artículo 173.2); Honduras (artículo 95); México (artículo 14); Nicaragua (artículo 34.11); Panamá (artículo 31); Paraguay (artículo 14); Perú (artículo 2.24.d); Surinam (artículo 131.2); Uruguay (artículo 12) y Venezuela (artículo 49.6). La excepción a esta constante la representan Argentina, Bolivia y República Dominicana, los cuales, a pesar de su pertenencia a la cultura continental, no construyen la legalidad penal en sus Constituciones como una regla de atribución ni recurren a la técnica de remisión a la ley.

El contenido específico de la legalidad penal, esto es, cada uno de sus aspectos que se encuentran positivizados, no coincide exactamente entre unos Estados y otros<sup>117</sup>.

## 4.2. Legalidad penal y *common law*

### 4.2.1. ¿Legalidad penal en el *common law*?

De acuerdo con una idea difundida, pero no por ella correcta, la cultura jurídica anglosajona no reconoce el axioma *nullum crimen nulla poena sine lege* y, por tanto, en

---

117 En la Tabla 6 puede consultarse la extensión positiva de la legalidad penal en los Ordenamientos internos en los países que son miembros de la Unión Europea; mientras que en la Tabla 7, la que tiene en los países miembros de la Organización de Estados Americanos.

el Derecho inglés no rige la legalidad penal<sup>118</sup>. Esa conclusión se basa en que el término <lege> del axioma significa <ley escrita> (*statutory law*), mientras que la principal fuente del Derecho penal inglés ha sido el *common law* que se ha ido desarrollando a través de las decisiones de las cortes y del desarrollo dogmático<sup>119</sup>. Como tal, ese derecho es principalmente no escrito (*customary law*)<sup>120</sup>, construido por los jueces (*judicial law making*) y en el que las decisiones judiciales previas tienen fuerza obligatoria (*stare decisis*). De esta forma, el Derecho anglosajón no estaría en condiciones de asegurar la legalidad penal.

La idea sobre la inexistencia de la legalidad penal en la tradición anglosajona es errada y no se corresponde con la realidad. De hecho, la tradición anglosajona reconoce la legalidad penal como una garantía frente al poder público y sus desviaciones tiránicas. Lo que ha ocurrido es que la evolución jurídico-política a ambos lados del Canal de la Mancha ha ido por derroteros diferenciados y, salvo un inicial influjo recíproco entre la tradición anglosajona y la continental, los desarrollos de ambos se escindieron y adoptaron sendas distintas<sup>121</sup>.

Se ha planteado que el origen de la legalidad en el mundo anglosajón se encontraría en la Carta Magna de 1215<sup>122</sup> y coincidiría también con el surgimiento del *Rule of law*<sup>123</sup>

.<sup>124</sup>

---

118 Una síntesis comparativa de la legalidad penal entre la tradición continental y la anglosajona, en PERRONE (2019, pp. 33-ss).

119 ASHWORTH y HORDER (2013, p. 8).

120 GLASER (1942, p. 30). De hecho, por ejemplo, la sodomía fue un delito previsto en el *common law* hasta la *Sexual Offences Act* de 1956 que previó un tipo penal (sec. 12), junto con el delito de indecencia entre hombres (secc. 13). El delito de sodomía fue parcialmente despenalizado por la *Sexual Offences Act* de 1967, que permitió los actos homosexuales entre hombres en privado, con consentimiento y entre personas mayores de 21 años. Sin embargo, esta ley se preocupó de sancionar la sodomía a bordo de barcos mercantes (!). Tanto del delito de sodomía como el de indecencia entre hombres fueron completamente despenalizados recién por la *Sexual Offences Act* de 2003. Con una crítica similar, AMBOS (2004, p. 43); ÍDEM (2005a, p. 43).

121 CUELLO CALÓN (1951, p. 29).

122 CUELLO CALÓN (1951, p. 28).

123 KIRSTE (2014, p. 30).

124 El aporte de la Carta Magna ha sido objeto de polémica. Del texto, ampliamente difundido entre nosotros (ya sea en su formulación inicial de 1215 por el rey Juan, o el posterior aprobado por su hijo, el rey Enrique III en 1225), destacan sus capítulos XXXVIII y XXXIX (en la redacción de 1215) y el cap. XXIX (en el texto de 1225), que son aquellos de los que «su reputación depende» (RADIN, 1947, p. 1060). Se le atribuye a Sir Edward COKE, en el siglo XVII, ser el artífice de la inmerecida consideración de la Carta Magna como el antecedente fundante del *Rule of law*. Su obra, *Institutes of laws of England*, es lo que modernamente llamaríamos un comentario de varias disposiciones jurídicas, entre ellas de la Carta Magna (según el texto aprobado por el rey Enrique III), incluyendo una traducción de esta al inglés; tarea a la que contribuyó, en el siglo siguiente, BLACKSTONE, quien presenta la Carta Magna como un instrumento jurídico, junto a otras *leges scriptae* (las leyes escritas del reino), dictado «por la majestad del rey, por y con el consejo y consentimiento de los lores espirituales y temporales, y de los comunes congregados en parlamento» (BLACKSTONE, 1809, párr. 3).

Se le critica a la Carta Magna haber sido «un documento diseñado para los magnates, ocasionado por sus conflictos personales con el Rey, destinado a afianzar los privilegios de los barones y estropeado por una reverencia injustificada por los prejuicios del pasado» (HELMHOLZ, 2016, p. 1477). Las críticas continúan: se le califica como «un antiguo fetiche, una especie de bolsa de medicina, desempolvada del archivo por Coke y convertida en el símbolo de la lucha contra el poder arbitrario; y que el verdadero efecto de la Carta, en su caso,

La creencia sobre la no vigencia de la legalidad penal en la cultura anglosajona es errada no solo porque a partir de la segunda mitad del siglo XIX la ley escrita comenzó a cobrar una creciente importancia que se mantiene hasta el presente<sup>125</sup>, sino también porque la idea de protección del individuo frente a la acción del gobierno, entre otros ámbitos, del propio Derecho Penal, se encuentra lo suficientemente asentada en el Derecho anglosajón, incluso antes de llegar a estarlo en los sistemas continentales. Asimismo, el concepto de legalidad penal es perfectamente conocido y abordado por la doctrina angloamericana<sup>126</sup>. BLACKSTONE, por ejemplo, junto con elogiar el modelo jurídico británico<sup>127</sup> y recalcar la necesidad de un juicio justo sin el que la imposición de la pena sería un acto «de despotismo grosero y notorio», advierte que «el encierro de la persona, apresurándolo secretamente a la cárcel, donde sus sufrimientos son desconocidos u olvidados, es un motor menos público, menos llamativo y, por lo tanto, más peligroso de gobierno arbitrario»<sup>128</sup>. DICEY, por su parte, afirmó que «Los ingleses están gobernados por el Derecho [*law*], y solo por el Derecho; un hombre puede entre nosotros ser castigado por incumplir el Derecho, pero no puede ser castigado por nada más»<sup>129</sup>.

---

había sido simplemente el endurecimiento de los privilegios de algunos cientos de pequeños reyes» (RADIN, 1947, p. 1062) Este autor afirma que la tradición propia del sistema anglosajón de que la mejor garantía para asegurar la libertad es la privación al ejecutivo de la facultad de establecer una tributación arbitraria, lo que se estatuyó con el *Statutum de Tallagio non Concedendo* (de octubre de 1297) (cit., p. 1072) adoptado bajo el reinado de Eduardo I y que es el antecedente de la *Petition of rights* de 1628. Todo parece indicar que, más que un reconocimiento de la moderna legalidad penal, el mérito de la Carta Magna estaría solo en disponer garantías procesales (J. HALL, 1937, p. 167).

A pesar del rigor con el que es juzgado el rol de la Carta Magna, estoy de acuerdo con FIORAVANTI en que, si bien es cierto que su fundamento inicial se encontró en el reconocimiento de un estatus privilegiado

[...] pero al mismo tiempo serían funcionales para inaugurar la cadena que conducirá a través de pasos sucesivos hacia garantías modernas de derechos individuales. En esta reconstrucción, por lo tanto, el mito de la Carta Magna no se forma por casualidad, sino porque el texto de 1215 representa en realidad, en las cosas, el comienzo de un discurso sobre los derechos y sus garantías, que ya en sus orígenes, vinculado al mundo medieval de privilegios, afirmaría contener en sí mismo el desarrollo posterior, la afirmación del derecho moderno del individuo (FIORAVANTI, 2016, p. 69).

125 ASHWORTH y HORDER (2013, p. 8).

126 A modo ejemplar, HALL (1937, *pássim*, 1960, pp. 27-69); WILLIAMS (1961, pp. 575-608); PACKER (1968, pp. 79-87), HALLEVY (2010, *pássim*).

127 BLACKSTONE (1807, p. 3): «Pero, aun con nosotros en Inglaterra, donde nuestro derecho monárquico se supone, con justicia, más próximo a la perfección; donde los delitos se describen con precisión y las penas menos inciertas y arbitrarias, [...] aun aquí encontraremos espacio para comentar algunos detalles que parecen querer revisión y enmienda».

128 BLACKSTONE (1809, p. 135).

129 DICEY (1979, p. 202). En la configuración del modelo constitucional norteamericano estuvo presente la necesidad de prever una garantía contra el poder persecutor penal del gobierno. HAMILTON, al respecto, escribió que «[l]a creación de delitos después de la comisión del hecho, o, en otras palabras, el sometimiento de los hombres al castigo por cosas que, cuando fueron ejecutadas, no eran contrarias al Derecho, y la práctica de encarcelamientos arbitrarios, han sido, en todas las épocas, los instrumentos favoritos y más formidables de tiranía» (HAMILTON, n° 84, en HAMILTON, MADISON y JAY (1864, p. 629)). En la Constitución norteamericana de 1787 se plasmaron reglas que apuntan en ese sentido. Entre ellas, las previstas en el secc. 9 del artículo 1° relativas a la prohibición de decretos de proscripción y de leyes ex post facto (prohibición de retroactividad).

La errada idea continental sobre la inexistencia de la legalidad penal en el *common law* debe descartarse, además de los argumentos anteriores, porque la influencia del derecho escrito, a través de la *statutory law*, es cada vez mayor. Aunque es cierto –como informa ASHWORTH– que «[e]l derecho penal inglés solo tuvo un sombrío compromiso con el principio de legalidad por muchos siglos»<sup>130</sup>, esa realidad está cambiando, ya que cada vez se genera una más abundante producción legislativa. De hecho, aunque la parte general del Derecho Penal se encuentra aún vinculada fuertemente con el *common law*, «la evolución del *statute law* en la configuración de la Parte Especial demuestra que la exigencia de una clara predeterminación de la conducta prohibida es una aspiración básica del principio de legalidad en Inglaterra»<sup>131</sup>.

Asimismo, porque el recurso a las fuentes no escritas (*customary law*) ha perdido la fuerza que antaño tuvo en la construcción del Derecho inglés; la facultad de creación de Derecho radicada en los jueces (*stare decisis*), aunque ha sido ejercida con prudencia por los tribunales, se ha producido un casi abandono de ella; y la predictibilidad de la respuesta estatal frente a un hecho que se considera constitutivo de delito se encuentra lo suficientemente asegurada.

La diferencia fundamental con la cultura continental se encuentra en las estrategias para que la legalidad penal actúe como garantía de libertad. En este sentido, la tradición anglosajona adhiere a un enfoque sustancialista de la legalidad penal, vinculándola con el aseguramiento de la predictibilidad de la reacción estatal, a diferencia de los sistemas continentales que, en este sentido, presentan una orientación formalista que se enfoca, antes que todo, la forma (ley formal) a través de lo cual se ejercita la potestad punitiva<sup>132</sup> y solo a través de esta vía pretenden lograr predictibilidad y previsibilidad.

La diferencia de la tradición anglosajona con la continental se expresa en una diversidad terminológica entre ley y *law*; y que da cuenta, a su vez, de la diferente forma de concebir y construir el Ordenamiento jurídico. La diferencia entre <ley> y <*law*> consiste en que ambas palabras denotan cosas distintas. En los sistemas continentales, la palabra <ley> se reserva para designar un tipo específico de norma positiva que consiste en aquella aprobada por un órgano colegiado denominado Parlamento o Congreso, expresiva de la *volonté général*. La correspondencia en inglés del término <ley> sería *statute*<sup>133</sup> o *Act*. Los sistemas continentales heredaron la diferenciación romana entre *lex* y *jus*, es decir, entre *ley* y *derecho*. En la tradición anglosajona, la palabra *law* se usa para designar al Derecho en su conjunto, en términos más genéricos o de principios<sup>134</sup>, de modo

---

A las anteriores, deben agregarse las reglas contenidas en Quinta y Sexta Enmiendas.

130 ASHWORTH (2011, p. 532).

131 PALAZZO (1999, p. 37).

132 En este sentido, BASSIOUNI (1999a, pp. 127-ss) quien afirma que a la configuración de esta diferencia concurren múltiples causas: el positivismo continental europeo del siglo XVIII, la codificación como técnica de fijación de las normas y la tradición romana; todas ellas influyeron en mucho mayor medida en la tradición continental que en la anglosajona y terminaron por rigidizar las estructuras y conceptos jurídicos.

133 FLETCHER (1998, p. 209).

134 De allí, entonces, que el Derecho penal se denomine *Criminal law* porque este no se refiere solo a la ley penal en sentido de *Act* o *statutory law*, sino que también contiene principios o directrices generales que

que *law* sería, más bien, sinónimo de *ius*<sup>135</sup>. BASSIOUNI<sup>136</sup> afirma que a la configuración de esta diferencia concurren múltiples causas: el positivismo continental europeo del siglo XVIII, la codificación como técnica de fijación de las normas y la tradición romana; todas ellas influyeron en mucho mayor medida en la tradición continental que en la anglosajona y terminaron por rigidizar las estructuras y conceptos jurídicos<sup>137</sup>. La diferenciación entre <Ley> y <Law> obedece a una cuestión mucho más profunda que a una mera discordancia semántica o de lenguaje; se trata de una diferenciación que penetra, incluso, hasta la forma de comprender el Estado de Derecho<sup>138</sup>.

Lo importante de destacar es la asimetría cultural que entre existe entre las dos tradiciones jurídicas en materia de legalidad penal. En el entorno continental, un comportamiento dañino o peligroso solo es considerado delito penal en la medida que una ley previa así lo haya definido; tal acto podría ser considerado *contra ius*, pero no contra *lex* si tal ley que lo describa como ilícito no existe. En la tradición anglosajona, en principio, al prescindir de la diferencia entre *lex e ius* y considerarlos a ambos como parte de un concepto genérico (*law*) que involucra aspectos de moralidad, la configuración de un delito penal queda desprovisto de ese aspecto formal de exigencia de una ley previa<sup>139</sup>.

La comparación entre ambos sistemas solo cobra sentido si ella se hace dentro de una comparación mayor entre *Rule of law* y *Rechtstaat*, que corresponden a las formas

---

concurrir a la interpretación y aplicación de esa rama del Derecho (en este sentido, FLETCHER (1998, p. 209)).

135 En este sentido, BURCHARD (2006, pp. 827-828). Así, en el mundo continental, se refieren a *lex*, como norma positiva, las palabras *Gesetz* (alemán), *loi* (francés), *legge* (italiano), *lei* (portugués) y *ley* (español). Y comparten la significación que los romanos le dieron a *ius* o *ius*, los vocablos *Recht* (alemán), *droit* (francés), *diritto* (italiano), *direito* (portugués) y *derecho* (español).

136 BASSIOUNI (1999a, pp. 127-ss).

137 Lo importante de destacar es la diferencia cultural que entre existe entre las dos tradiciones jurídicas en materia de legalidad penal. En el entorno continental, un comportamiento dañino o peligroso solo es considerado delito penal en la medida que una ley previa así lo haya definido; tal acto podría considerarse *contra ius*, pero no contra *lex* si tal ley que lo describa como ilícito no existe. En la tradición anglosajona, en principio, al prescindir de la diferencia entre *lex e ius* y considerarlos a ambos como parte de un concepto genérico (*law*) que involucra aspectos de moralidad, la configuración de un delito penal queda desprovisto de ese aspecto formal de exigencia de una ley previa (BURCHARD, 2006, pp. 827-828).

138 Las diferencias entre ambas tradiciones en lo que a la legalidad penal se refiere se derivan de la comprensión misma del Derecho en cada una de ellas. Así, en el sistema continental, el Derecho se comprende como un conjunto de normas sistemático, orgánico y completo, mientras que «el common *law* considera al Derecho más como una ley empírica y pragmática que como racional; así, el razonamiento del *common law* es más inductivo que deductivo» (NEDZEL, 2014, p. 298). En el mismo sentido, BOHLANDER (2011, *pássim*). Una expresión concreta de esta diferencia de comprensión puede apreciarse en la conceptualización del giro preventivo del «moderno» Derecho Penal (al respecto, ver *Infra* nota al pie n° 1005).

En términos culturales, como ha apuntado RAES (2001), en la construcción del *Rule of law* y del *Rechtstaat* ha influido la relación del individuo con el Estado que, en cada contexto, se tiene. Aunque ambos contextos culturales comparten la inclusión de la autonomía personal y la privacidad como valores, la orientación individualista de tipo utilitarista del mundo anglo-americano marca una diferencia con la visión colectivista e igualitaria que el individualismo tiene en la Europa continental: «En Europa, el concepto de autonomía personal está integralmente relacionado con el concepto de igualdad ciudadana, mientras que en Estados Unidos un concepto libertario de ciudadanía se ve como un punto de referencia primario» (Ídem, p. 298).

139 BURCHARD (2006, pp. 827-828).

de comprender el Estado de Derecho.

#### 4.2.2. ¿Positivización de la legalidad penal en la cultura jurídica anglosajona?

Para analizar la consagración positiva de la legalidad penal en el mundo de tradición anglosajona debe recurrirse a varias fuentes, a diferencia de lo que ocurre en la esfera cultural continental. En esta última, la fuente primera para determinar la positivización de la legalidad penal son las distintas Constituciones de los países que forman parte de esa tradición. En el mundo anglosajón, en cambio, se produce una paradoja. Inglaterra carece de una Constitución en el sentido de un instrumento formal y escrito que contenga un catálogo de derechos y reglas básicas de carácter orgánico que organizan la atribución de competencias entre los distintos órganos estatales<sup>140</sup>. En otras palabras, que Inglaterra carece de un texto constitucional como se entiende en la tradición continental. Y aunque ello no significa que adolezca de una Constitución material, en Inglaterra la legalidad penal cuenta con una positivización meramente legal: la *Human Rights Act* de 1998 que incorporó al Ordenamiento interno británico el CEDH. Australia, por su parte, carece de un catálogo escrito de derechos fundamentales y garantías<sup>141</sup>; la legalidad penal no tiene reconocimiento positivo en ese país. Y Trinidad y Tobago que, aunque forma parte de la *Commonwealth* cuenta con una Constitución escrita, en ella no se prevé regla alguna que positivice la legalidad penal.

Los demás países que conforman la *Commonwealth*, es decir, países herederos de la tradición británica, entre otros aspectos en el jurídico, sí cuentan con una Constitución escrita en el sentido del *civil law*, alejándose en este punto de la tradición de Inglaterra que es la cuna de la cultura del *common law*.

Desde la perspectiva del Derecho positivo, si se comparan los textos de las Constituciones de los países que pertenecen a la tradición continental con las de los países que integran la *Commonwealth*, en materia de legalidad salta a la vista una diferencia esencial<sup>142</sup>. Mientras que los primeros, por regla general, encarnan el axioma *nullum crimen nulla poena sine lege*, construyéndose sobre la base de la atribución competencial al legislador<sup>143</sup>, en los segundos, no se aprecia dicha técnica. Por el contrario, en las Constituciones del mundo jurídico anglosajón pertenecientes a la *Commonwealth* se recurre a otras dos técnicas diferentes.

Una primera consiste en garantizar protección frente a la actividad estatal, según lo cual la persecución penal no puede producirse sino solo en los casos en que la conducta haya sido declarada constitutiva de delito, pero sin hacer referencia a una fuente formal del Derecho en particular. En estos casos, la fórmula utilizada es similar entre

---

140 LOUGHLIN (2013, pp. 13-14).

141 Al respecto, ver RUIZ VIEYTEZ (2012, *pássim*). En particular, sobre la juridicidad en el sistema australiano, ver MEAGHER (2011, *pássim*).

142 El texto de las Constituciones referenciadas en este apartado puede consultarse en *Infra* Tabla 8, p. 442.

143 GRANDI (2010, p. 195).

las Constituciones, y adopta la siguiente forma: «Ninguna persona será declarada culpable de un delito penal sobre la base de un hecho o una omisión que, al momento en que haya tenido lugar, no fuera constitutiva de un delito, y ninguna pena será impuesta por un delito penal que sea más severa en grado o descripción que la penalidad máxima que pudiera haber sido impuesta por ese delito al tiempo en que fue cometida». Es lo que ocurre, por ejemplo, en la Constitución de Antigua y Barbuda (secc. 15.4), de Bahamas (secc. 20.4), Barbados (secc. 18.4), Belice (secc. 6.4), Botsuana (secc. 10.4), Gambia (secc. 24.5), Ghana (artículo 19.5 y 19.6), Granada (artículo 8.4), Guyana (artículo 144), Jamaica (artículo 20.7), Kenia (artículo 50.(2).(n)), Kiribati (artículo 10.4), Lesoto (artículo 12.4), Malawi (artículo 42.2.(f).(vi)), Namibia (artículo 12.3), Nigeria (secc. 36.8), San Cristóbal (artículo 10.4), Islas Salomón (artículo 10.4), Santa Lucía (artículo 8.4), Seychelles (secc. 19.4), Sierra Leona (artículo 23.(7) y (8)), Sri Lanka (artículo 13.6), Sudáfrica (artículo 35.3(1)), Suazilandia (§21.6), Uganda (secc. 28.(7) y (8)) y Zimbabue (secc. 70.1).

Una segunda técnica es hacer referencia a la *law*<sup>144</sup> en la definición de ese delito. En este caso, la fórmula extendida es «Ninguna persona será declarada culpable de un delito sobre la base de un acto o una omisión que no haya constituido un delito según el Derecho [*law*] al tiempo en que fue cometido; y a ninguna persona se le impondrá un castigo más severo por un delito que el que haya estado expresamente previsto por el Derecho [*law*] al tiempo en que aquel se cometió». Esta es la forma adoptada por las Constituciones de Bangladesh (secc. 35.1), Camerún, Canadá (secc. 11.(g)), Chipre (artículo 12.1), Dominica (secc. 8.4), Fiji (secc. 14.(1).(a)), India (artículo 20.1), Malasia (artículo 7.1), Maldivas (artículo 59(a)), Malta (secc. 39.8), Mauricio (secc. 10.4), Nauru (secc. 10.1), Nueva Zelanda (secc. 26.1), Paquistán (secc. 12.1), Ruanda (artículo 18), Samoa (artículo 10.1), San Vicente y las Granadinas (secc. 3.(3).b), Singapur (artículo 11(1)), Tanzania (artículo 20.6.c), Tonga (secc. 10 y secc.20), Trinidad y Tobago (artículo 19.1) y Tuvalu (secc. 22.(6) y (7)).

Excepciones a las dos formas comunes presentes en las Constituciones de los Estados que conforman la *Commonwealth* están representadas por aquellos en los que se incluye una referencia a una «*written law*», como ocurre con Ghana (artículo 19.11), Papúa-Nueva Guinea (secc. 32(2) y (7)) y Vanuatu (secc. 5.(2).(f)). Asimismo, es también excepcional el caso de la Constitución de Mozambique (artículo 60.2) que se refiere a la «ley penal» en su texto oficial en portugués.

Una segunda excepción está constituida por Canadá y Estados Unidos de Norteamérica. A pesar de su pertenencia al mundo del *common law*, la Ley Constitucional canadiense de 1982 sí recurre a la regla de atribución y a la remisión, pero de un modo diferente a la de los otros países americanos. En la Constitución canadiense, la remisión es al Derecho interno canadiense, al Derecho internacional y a los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad de naciones (artículo 11.g). En el caso de Estados Unidos de Norteamérica, la legalidad penal como prohibición de expansión judicial de la responsabilidad penal encuentra su sustento normativo en las cláusulas de

---

144 Ver *Infra*, § 35.1.3.

*due process of law* incorporadas por la V Enmienda.

### 4.3. La positivización de la legalidad penal en el Ordenamiento jurídico español

De acuerdo con la comprensión tradicional, la base positiva de la legalidad *penal* en el modelo normativo español se encuentra, según la doctrina mayoritaria, primeramente, en la disposición del artículo 25.1 CE<sup>145</sup>; y a ella concurren las normas que emanan de los artículos 9.3, 10 y 81 CE. Un sector minoritario de la doctrina estima que también concurren a la configuración normativa de la legalidad penal, las disposiciones contenidas en los artículos 53.1 y 81, ambos CE<sup>146</sup>, pero con un sentido diferente del que se pretende fundamentar en esta investigación.

Adicionalmente, la comprensión tradicional completa la regulación de la legalidad penal con normas infraconstitucionales de desarrollo. Se trata de los artículos 1 a 4 CPe, verificándose una doble positivización en dos niveles jerárquicos.

En atención a la regla constitucional de incorporación de los tratados internacionales al Ordenamiento interno, la positivización de la legalidad penal en el modelo español está integrado por las disposiciones que, al respecto, se contienen en el CEDH, el CEDH-P7 y la CDFUE<sup>147</sup>. Junto con los instrumentos anteriores, que conforman el sistema europeo, también forman parte del Ordenamiento interno español instrumentos de alcance global: el PIDCP y la CDN. Por último, debe incluirse el texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos que, aunque no está dotado de eficacia normativa, es un instrumento que cumple una importante función interpretativa (art. 10.2 CE)<sup>148</sup>.

---

145 En este sentido, por ejemplo, CÁMARA VILLAR (2019, pp. 197-198).

146 Sobre el punto, directa o indirectamente, cfr. ARROYO ZAPATERO (1983); BOIX REIG (1986); LAMARCA PÉREZ (1987); LÓPEZ AGUILAR (1991); QUERALT JIMÉNEZ (1992); HUERTA TOCILDO (1993); CARBONELL MATEU (1999); MATA Y MARTÍN (2011); GARCÍA PÉREZ (2018). Al respecto, especialmente ilustrativas son las palabras de LASCURAÍN SÁNCHEZ (2011, p. 72):

Una segunda proclamación de la reserva absoluta de ley en materia penal podría encontrarse en el artículo 53.1 CE, que contiene el mandato de que sólo la ley pueda regular el ejercicio de los derechos y las libertades del capítulo segundo del título primero de la Constitución (arts. 14 a 38 CE). Y las normas penales regularían el ejercicio de derechos y libertades si privan de ellos mediante la pena, si los protegen –si constituyen su bien jurídico– o si inciden en ellos mediante el procedimiento penal

El TCe también ha ampliado el abanico de posibilidades: «El principio general de legalidad recogido en el art. 25.1 de la C.E. respecto de toda norma sancionatoria, se traduce, en lo que se refiere a las normas sancionatorias que implican privación de libertad (o de alguno de los derechos contenidos en el Capítulo II del Título I), en la exigencia de que asuman rango legal, como resulta de la reserva explícita que lleva a cabo el art. 53.1 de la C.E. al disponer que solo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades» (STCe 140/1986, FJ 5).

147 QUINTERO OLIVARES, JARIA I MANZANO y PIGRAU SOLÉ (2015, pp. 49-ss). El tenor literal de estas disposiciones puede consultarse en la Tabla 9, p. 469.

148 De acuerdo con el artículo 11.2 de esta Declaración, «Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.».

En la historia constitucional y legislativa española se puede verificar una constante que consiste en que a la legalidad penal se le ha otorgado una doble positivización, tanto en las normas constitucionales como en las infraconstitucionales, esto es, a nivel legal. Esta tendencia a la doble regulación de la legalidad penal, que se observa en los Ordenamientos del siglo XIX y del siglo del XX, puede deberse a una inercia histórica derivada de la comprensión decimonónica de la Constitución. Según esta, la Constitución se consideraba básicamente como un instrumento de diseño de la estructura política del Estado a través de «normas organizativas»<sup>149</sup>, como normas de distribución del poder, comprensión que se aprecia claramente aplicada en Europa continental hasta la Constitución alemana de Weimar. Por eso, las previsiones constitucionales del siglo XIX sobre la legalidad penal deben ser entendidas como una delimitación de las facultades legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales. De su desarrollo, es decir, de la regulación que era directamente aplicable en la decisión de un caso ante los tribunales se ocupaba directamente la ley. Esta doble comprensión puede explicar que en el siglo XIX la legalidad penal tuviera una regulación constitucional y otra legal; y, adicionalmente, que los textos legales fueran más desarrollados que las prescripciones constitucionales. Las técnicas de regulación del siglo XX siguieron con la fórmula que se había empleado en el siglo anterior, aun en las Constituciones y Códigos más modernos. Asimismo, la aplicación de las normas constitucionales españolas parece no haber sido especialmente proclive al monopolio legislativo del ejercicio de la potestad punitiva en cuanto a la creación de la norma penal. Tanto la redacción de los textos, como la experiencia, muestran que la legalidad penal se entendió –hasta la Constitución de 1978– como una reserva de norma escrita y no como una reserva absoluta de ley. De hecho, los sucesivos Código Penales fueron aprobados por el Gobierno<sup>150</sup>, un elemento sintomático de esa comprensión.

Es lo ocurrió a partir del CPe de 1822, dictado bajo el mandato de la Constitución de 1812, aunque de corta vigencia y de aplicación efectiva discutida<sup>151</sup>. El CPe 1822 se preocupó de regular que un delito consistía en la ejecución de una acción o una omisión «que la ley prohíbe ó manda bajo alguna pena» (artículo 1.º) y, especialmente, de regular la legalidad de la pena (artículo 3.º). La Constitución de 1822, por su parte, a propósito de la regulación orgánica del Poder Judicial (artículo 287), dispuso tangencialmente que «Ningun español podrá ser preso, sin que proceda informacion sumaria del hecho, por el que merezca segun la ley ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prision». De todos modos, tienen estas disposiciones legales el innegable mérito de ser la primera positivización en el derecho español de la legalidad penal<sup>152</sup> bajo una comprensión ilus-

---

149 PIZZORUSSO (2001, p. 293).

150 RUIZ ROBLEDO (2003, pp. 111, 115).

151 Estima que este Código tuvo escasa aplicación práctica ANTÓN ONECA (1965, p. 275), para quien el fin de su vigencia se produjo «al hundirse el régimen político que lo trajo al mundo» en 1823. Por el contrario, CASADO RUIZ (1979) y BERMEJO CABRERO (1996) abogan por la efectiva aplicación práctica de este Código.

152 IÑESTA PASTOR (2011, p. 313).

trada de esta<sup>153</sup>.

La CE 1845 supuso un marco mucho más detallado para la regulación en el Código Penal de 1848 de la legalidad penal, que marcó un paso adelante en la consagración de los ideales ilustrados. En esta nueva Constitución se regló que la condena sólo procede «en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma en que estas prescriban», por lo que, con ella, la regla de la legalidad adquiere una formulación que, expresiones más o menos, llega hasta la actualidad. Coherente con la norma constitucional, el CPe de 1848 regula tanto la legalidad del delito (*nullum crimen*), con una fórmula más desarrollada que su predecesor (artículos 1.º y 2.º CPe 1848), como la de la pena (*nulla poena*, artículo 19) y el mandato de retroactividad de la ley más favorable posterior al hecho (artículo 20 del mismo). Comentando PACHECO estas disposiciones, concluye que ellas

consignan y perfeccionan el interesante principio de que sólo es punible una acción cuando antes se la ha declarado tal, y con el mero castigo que se le ha señalado. Hé aquí—ya lo hemos dicho—una gran garantía de la inocencia, un gran freno á los desmanes, ó á la arbitrariedad del poder»<sup>154</sup>.

El CPe de 1848 que «[s]obresale por su fortuna [, ya que... n]ingún otro tuvo tan vasta y tan duradera proyección, desde la Península Ibérica hasta Iberoamérica y Filipinas»<sup>155</sup> produce un nuevo escenario, porque desplaza a los jueces del rol central que antes desarrollaron en la configuración del Derecho Penal, asignándole a la ley esa función clave<sup>156</sup>.

La importancia que se le concede a la libertad personal en la CE 1869 es innegable, producto de su sentido democrático, aprobada en nombre de la Nación española por

---

153 La reinstauración de la monarquía absoluta en 1823 trajo como consecuencia la derogación de la Constitución de 1812 y de toda la legislación producida a su alero, y el resurgimiento del derecho del Antiguo Régimen. Recobran su vigencia las Leyes de Toro de 1505, la Nueva Recopilación de 1567 y la Novísima Recopilación de 1805. DE LARDIZÁBAL Y URIBE da cuenta de las características de ese derecho del Antiguo Régimen. Transmite una imagen muy poco dulce de esa legislación

Todo contribuía á perpetuar la ignorancia, y por consiguiente la ferocidad en las costumbres: todo conspiraba á obstinar los ánimos, á hacer á los hombres duros, feroces y vengativos, y á que mirasen las acciones mas crueles y bárbaras con una indiferencia enteramente agena a la humanidad.

Tal era el estado de toda España y de Europa, quando se establecieron la mayor parte de nuestras leyes penales: así que no debe causar admiración que en ellas se encuentren tantas penas capitales, tantas mutilaciones de miembros, tantos tormentos, tanto rigor y severidad, que mas parece que escribiéron con sangre y con la espada, que con tinta y con la pluma (DE LARDIZÁBAL Y URIBE, 1732, p. 10).

Con ello, se verificó «el abandono del espíritu mitigador propio del despotismo ilustrado, demostrado ya desde la segunda mitad del siglo XVIII» (IÑESTA PASTOR, 2011, p. 42). En este período, «los jueces y tribunales, al igual que hicieron los magistrados del Antiguo Régimen, pudieron actuar sin someterse a control alguno, aplicando la ley penal con una cierta discrecionalidad, o incluso, en los supuestos más extremos, dictando sentencias al margen de ella, dejando en entredicho el mismo principio de legalidad» (BARÓ PAZOS, 2013, p. 112), fenómeno que el mismo autor matiza, aun en la ausencia de estudios historiográficos concluyentes al respecto.

154 PACHECO (1881a, p. 294).

155 BRAVO LIRA (2004, p. 23).

156 BARÓ PAZOS (2013, p. 134).

las «Cortes Constituyentes elegidas por sufragio universal», según puede leerse en su texto. Para el resguardo de este derecho, la Constitución prevé varias garantías, algunas inéditas en la historia constitucional española, como la prohibición de juzgamiento por comisiones especiales. AYLLÓN Y ALTOLAGUIRRE utiliza la categoría jurídica de <garantías constitucionales>, es decir, derechos que la CE 1869 reconoce y garantiza, entre las que el autor enumera el de ser juzgado por leyes y tribunales anteriores al delito, y en la forma preestablecida, refiriéndose con ello, aunque sin darle el nombre específico, a la legalidad penal<sup>157</sup>. Asimismo, este autor revela su claro sentido liberal al tratar la eficacia temporal de la ley penal en consonancia con el artículo 23 del CPe de 1870<sup>158</sup>. Y destina un apartado completo de su obra (el Título V de la primera parte) al análisis de las garantías de libertad frente a la persecución penal<sup>159</sup> y a los aspectos procesales que autorizan la restricción de la libertad y seguridad individual<sup>160</sup>. Bajo este marco, el CPe 1870 contiene la forma actual de la garantía criminal (*nullum crimen*, artículos 1.º y 2.º), de la garantía penal (*nulla poena*, artículo 22), la prohibición de retroactividad (artículo 23) y la garantía de ejecución (artículo 100).

La doble regulación de la legalidad penal (a nivel constitucional y legal) también se produjo en el CPe de 1928 (artículos 1.º, 2.º y 26), dictado durante la vigencia de la CE de 1876 que preveía la legalidad penal en su artículo 16; el CPe de 1932 (artículos 1.º, 23 y 24) cuyas provisiones encontraron alero en el artículo 28 de la CE de 1931; y el CPe de 1944 (artículos 1.º, 23 y 24) en sintonía con el artículo 19 del Fuero de los Españoles.

#### 4.4. La positivización supranacional de la legalidad penal en el Derecho internacional de los derechos humanos

La legalidad penal también aparece recogida en los tratados internacionales generales sobre derechos humanos<sup>161</sup>, tanto en el sistema mundial como en los sistemas regionales<sup>162</sup>. Aunque la legalidad penal es considerada, sin discusiones, un principio general del Derecho internacional<sup>163</sup>, la comprensión tradicional por parte de la dogmática penal española ha omitido incorporar el DIDH a su análisis. La integración del DIDH a esa

---

157 AYLLÓN Y ALTOLAGUIRRE (1875, p. 10).

158 AYLLÓN Y ALTOLAGUIRRE (1875, p. 26).

159 AYLLÓN Y ALTOLAGUIRRE (1875, pp. 163-167).

160 AYLLÓN Y ALTOLAGUIRRE (1875, pp. 99-145).

161 OLLÉ SESÉ (2019b, pp. 183-185).

162 Sobre el sistema universal de protección de los derechos humanos y los sistemas regionales, ver PASTOR RIDRUEJO y ACOSTA ALVARADO (2014, *pássim*).

Junto al sistema europeo, existen otros regionales como el interamericano (estructurado en torno a la CADH); el africano estructurado en torno a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Comisión Africana y la Corte Africana de Derechos Humanos (al respecto, ver MUTUA (1999); MUGWANYA (1999); HEYNS (2004)); y el sistema árabe de protección de derechos fundamentales construido en torno a la Carta Árabe de Derechos Humanos de 2008 y el Comité Árabe de Derechos Humanos (al respecto, ver RISHMAWI (2010); VITKAUSKAITE-MEURICE (2010)).

163 BASSIOUNI (1999b, p. 59).

comprensión de la legalidad penal es obligada porque (a) los tratados internacionales sobre derechos fundamentales contienen prescripciones normativas sobre la legalidad penal, es decir, disposiciones que atribuyen a tal garantía un contenido específico que no necesariamente es análogo a aquel que prevé el Derecho interno español<sup>164</sup>; (b) las disposiciones contenidas en algunos de esos tratados forman parte del ordenamiento jurídico español por haberse verificado los requisitos previstos en la regla de incorporación automática contenida en el artículo 96 CE<sup>165</sup>; y (c) tales tratados son material normativo de carácter interpretativo de los derechos fundamentales, según lo dispone el artículo 10.2 CE<sup>166</sup>.

La etiqueta de «supranacional» asignada a la legalidad penal prevista en el DIDH (y también aplicable a los problemas derivados del Derecho Penal proveniente de la Unión Europea) no es neutra. Ella denota una especial configuración de los derechos nacionales con relación al proveniente de instancias diferentes de los centros de decisión política tradicionales enclavados en las realidades nacionales. Como lo pone de manifiesto BERNARDI, la *supranacionalidad* significa la superación de una visión estatocéntrica, según lo cual el Derecho de la Unión Europea (y el DIDH, agregado<sup>167</sup>) han generado un plexo normativo influido que tiene una influencia directa sobre las constitucionales nacionales y que las determina, cuya comprensión necesita

la aceptación de algo que hasta la mitad del siglo pasado –es decir, hasta la «edad del Estado-nación, de los sistemas de Derecho nacional y de las culturas jurídicas nacionales»– parecía totalmente inimaginable: la escisión de la idea de Constitución de la idea de Estado [...] requiere que las constituciones nacionales dejen de ser sistemas cerrados y autosuficientes, para abrirse paulatinamente a los aportes de «materiales constitucionales» externos a éstas, especialmente en materia de derechos fundamentales<sup>168</sup>.

## 5. igualdad penal y estrategia

Según el Diccionario RAE, «estrategia» significa una traza para dirigir un asunto; y en matemáticas, un proceso regulable, un conjunto de reglas que aseguran una decisión óptima en cada momento. En lo que se refiere a la definición de los conflictos y el uso del Derecho Penal, la cultura jurídica continental ha optado en forma evidente por una alternativa que consiste en la legalidad penal. A través de ella, se pretende administrar los conflictos supuestamente más severos y se espera que la legalidad penal, adicionalmente,

---

164 En este sentido, BASSIOUNI (1999a, p. 144), quien enfatiza que «...los <principios de legalidad> en el Derecho Penal internacional son diferentes de sus contrapartes en los sistemas legales nacionales con relación a sus estándares y a su aplicación».

165 QUINTERO OLIVARES, JARIA I MANZANO y PIGRAU SOLÉ (2015, p. 48).

166 Estos aspectos se analizarán con mayor profundidad. Ver *Infra* 35.

167 Por disponerlo expresamente el artículo 6.1 TUE, el CEDH forma parte del Derecho de la Unión Europea con «el mismo valor jurídico que los Tratados».

168 BERNARDI (2011, p. 19).

proporcione decisiones óptimas. De esta forma, la legalidad penal es una estrategia; y, tal como RODRÍGUEZ DEVESA lo advierte, «[l]a admisión o no del principio de legalidad es una de las grandes opciones, de incalculable repercusión, ante las que se encuentra el jurista»<sup>169</sup>. Según esta estrategia, con independencia de la naturaleza o gravedad de un conflicto, la intervención estatal por medio del aparato penal solo puede producirse si ese conflicto había sido previamente definido como un delito por una ley parlamentaria y frente a ese conflicto se aplican las consecuencias previstas en la ley. En la tradición jurídica continental se estima que esa es la forma más idónea para trazar una distinción válida entre conflictos y, por tanto, categorizarlos.

La estrategia de la legalidad penal tiene dos componentes. Uno primero, de carácter jurídico; y el segundo, político.

### 5.1. El componente jurídico

El componente jurídico de la legalidad penal como estrategia es de más fácil comprensión, por cuanto este se refiere al tratamiento que las normas jurídicas en vigor le otorgan. A nivel positivo, la legalidad penal hace su aparición en la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 (sección 10). En Francia, la legalidad penal forma parte de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa de 1789 (artículo 8º), y su contenido estuvo incluido en la Constitución francesa de 1791 por la remisión de esta a aquella. La Constitución de 1793 también la previó, y también la Constitución del año III. Aunque el Código Militar francés de 1791 sí previó una referencia expresa a la legalidad penal, el Código Penal de ese mismo año, no la contuvo expresamente; lo que fue revertido por el Código penal galo de 3 de Brumario del año IV y por el de 1810, que sí la previó de forma expresa. En Alemania, por la influencia de Feuerbach, el Código Penal bávaro de 1813 previó expresamente la legalidad penal. También lo hicieron la Constitución prusiana de 1850, el Código Penal prusiano de 1851 y el Código Penal del Reich de 1870. Las Constituciones del Reich de 1849 y 1871, en cambio, omitieron referirse a la legalidad penal. El Código Penal prusiano de 1721 decidió que los casos fueran resueltos *ex aequo et bono*, y los difíciles, directamente por el rey; mientras que el Código Penal bávaro de 1751 y el austríaco de 1759, optaron por permitir la analogía y la equidad (*ex aequitate et analogia juris*) para la resolución de los casos no previstos en la ley.

En el componente jurídico de la legalidad penal, los espacios de discusión posibles se relacionan con cuestiones como, por ejemplo, la necesidad de requerir un quórum de aprobación de la ley penal mayor que el de otras leyes, las formas de control jurisdiccional para su adecuado cumplimiento o la interacción de unas leyes penales con otras. De todos modos, el análisis del componente jurídico de la legalidad penal es siempre de carácter interno y autosuficiente, porque él se produce dentro de los contornos decididos por las normas que positivizan la legalidad penal.

---

169 RODRÍGUEZ DEVESA (1973, p. 137).

## 5.2. El componente político de la legalidad penal

A diferencia del componente jurídico, el componente político de la legalidad penal requiere de un análisis externo, con referencia a elementos metajurídicos. Es el componente político de la estrategia de la legalidad penal el que determina su forma jurídica.

El componente político de la legalidad penal se refiere, en primer lugar, a la opción que ella conlleva sobre la distribución de un poder que es, dentro de los formalizados, uno de los de mayor intensidad (sino el de mayor intensidad): la potestad punitiva. Lo político, en este caso, se refiere a la decisión de a cuál de los órganos estatales entregarle el ejercicio de la potestad punitiva. En segundo lugar, y derivado de lo anterior, la legalidad penal significa asignar ese poder al parlamento. De esta premisa, se derivan varios problemas interesantes: ¿por qué al parlamento? o ¿garantiza el parlamento decisiones óptimas en materia de ejercicio de la potestad punitiva?

En su *Tratado de Derecho Penal* de 1829, Pellegrino ROSSI criticó airadamente la redacción del artículo 1º del Código penal francés de 1810<sup>170</sup>, por no contener una definición de delito y, en cambio, solo los clasificaba en atención a su gravedad:

La división de los actos punibles en crímenes, delitos y contravenciones – escribió ROSSI –, derivada del hecho material y arbitrario de la pena, revela por sí sola, á nuestro parecer, el espíritu del código y del legislador. Esto es decir al público: «No se meta en examinar la naturaleza intrínseca de las acciones humanas, y ponga los ojos en el poder; ¿es necesario cortar la cabeza á un hombre? pues de ahí infiere que ese hombre es un gran malvado.» Se hace en él tal desprecio de la especie humana, propende tanto en todo al despotismo, aun en moral, que podría, sin aventurarse demasiado, juzgar el espíritu de todo el código por la lectura del artículo primero<sup>171</sup>.

La crítica de ROSSI puede ser entendida como una reacción por la decisión del legislador francés de centrar la definición en los efectos de la pena que entrañan el uso de la violencia, pero que impiden conocer el entramado conceptual que justifique tal clasificación de los hechos ilícitos. Esta crítica es importante porque apunta a una cuestión esencial que consiste en la naturaleza política de la potestad punitiva, es decir, en un mero ejercicio del poder concretado en una pretensión de regulación del comportamiento humano.

En atención a esa naturaleza política que tiene la potestad punitiva, su ejercicio concreto obedece, antes que todo, a criterios de esa naturaleza, entendidos como distribución del poder. La decisión de restricción de los espacios de libertad por medio de la criminalización de conductas, o la restitución de esos espacios (manifestada en procesos

---

170 Cuyo tenor literal era: «Artículo primero. La infracción que la ley sanciona con penas de policía, es una *contravención*. / La infracción que la ley sanciona con penas correccionales, es un *delito*. / La infracción que la ley sanciona con una pena aflictiva o infamante, es un *crimen*.».

171 ROSSI (1839, pp. 40-41) (en la obra original en francés: (1829, pp. 54-55)), una crítica que mantuvo en la edición posterior de su *Traité* (1855, 2ª ed., Paris: Guillaumin et Cíe, Tomo I, p. 42).

de despenalización o descriminalización<sup>172</sup>), implican aumentar o disminuir, respectivamente, la intromisión estatal en el comportamiento de los sujetos. Es decir, son definiciones dentro de un escenario de confrontación del poder estatal versus el poder individual. En la medida en que el ejercicio de la potestad punitiva implica accionar o ejecutar el poder coactivo del Estado, su naturaleza es esencialmente política, y no jurídica. En tanto fenómeno político se encuentra radicado en los órganos de decisión política y su ejercicio se decide de acuerdo con estos parámetros, ya que

la misma capacidad de respuesta del sistema político a los cambios percibidos en la opinión popular significa que, bajo ciertas condiciones ambientales, la definición de crimen puede llegar a ser altamente politizada. En ausencia de procesos efectivos para una forma más deliberativa de participación popular, esto hace que la política criminal sea altamente volátil y que aumente la incoherencia en el concepto de crimen<sup>173</sup>.

La legalidad penal indica qué órgano detentador de poder político puede ejercer la potestad punitiva. Pero esa atribución competencial no hace más que encubrir una serie de interrelaciones que se originan en la lucha por conquistar el control de la maquinaria estatal, que no es otra cosa que la política en sí misma<sup>174</sup>. Tal encubrimiento es una característica propia del sistema democrático. En un modelo democrático-oligárquico como el nuestro, tales luchas se desarrollan por actores y en escenarios no del todo visibles. Grupos de poder, intereses particulares (y algunos, mezquinos) y cálculos estratégicos para conseguir el poder, se entremezclan y no siempre se visibilizan al público. Esto produce como consecuencia que no siempre se tiene un conocimiento completo o acabado sobre las razones reales del contenido de la norma prohibitiva. O, en otras palabras, que el discurso público de justificación de la decisión penalizadora (o despenalizadora) no siempre es coherente con el discurso real que explique esa decisión.

Desde un punto de vista histórico, la legalidad penal no ha sido la única estrategia que se ha adoptado para enfrentar los conflictos. De hecho, la legalidad penal surge como una estrategia alternativa de ejercicio del poder, basada en una nueva concepción del ser humano y de su libertad (fundamentalmente económica), distinta de aquella por la que previamente había optado el Antiguo Régimen, que se evaluó como despótica<sup>175</sup>. El problema radica en que la configuración actual de la distribución de los poderes político y económico, y las relaciones que se forman entre ellos, han producido «patrones de acumulación y desposesión comparables a aquellos del *ancien régime*»<sup>176</sup>. Ello, unido

---

172 En el sentido por el que ha optado FARALDO CABANA (2014, p. 4), para quien la «despenalización» es «la renuncia a toda clase de consecuencia jurídica sancionadora con relación a un hecho determinado, y «descriminalización» al supuesto en que se renuncia exclusivamente a la sanción criminal a través de la pena, pero el hecho sigue sancionado con arreglo a otros sectores del Ordenamiento jurídico, señaladamente el civil o el contencioso administrativo». Un sentido exactamente inverso en la utilización de los conceptos, en POLITOFF LIFSCHITZ (2000, pp. 43-46).

173 LACEY (2013, p. 26).

174 NEUMANN (1968, p. 20).

175 PERISTERIDOU (2015, p. 36).

176 VERGARA (2019a, p. 16).

a la identificación del legislador con el poder que ejerce, ha producido un estado de cosas que puede denominarse neoabsolutismo parlamentarista. De qué manera la legalidad penal puede reaccionar a este estado de cosas y, primeramente, si ella ha contribuido o no a su generación, son cuestiones sobre las que se volverá más adelante.

El componente político de la legalidad penal ha estado, por lo general, ausente del análisis tradicional de la dogmática lo que ha distorsionado su evaluación. STUNTZ lo plantea, argumentando que esta omisión produce una asimetría: mientras que, de acuerdo con el texto de los códigos, leyes y de los libros de Derecho Penal, es la ley la que conduce a la pena, en la realidad, la relación es inversa: es el castigo el que conduce a la ley<sup>177</sup>. Esta ausencia en la metodología analítica y sus efectos, han sido puestos de relieve por JELLINEK, para quien el «[e]l derecho es también [...] un compromiso entre intereses diferentes y aun opuestos. Este compromiso es la resultante, no sólo de la fuerza de los intereses, sino del poder social de los interesados en ellos. Por esto las relaciones reales de poder son las que sirven de base al orden jurídico y encuentran en él su expresión»<sup>178</sup>. Esto significa que, antes de la operación de los controles jurídicos y procedimientos formalmente previstos, la potestad punitiva actúa como un ejercicio de correlación de intereses y de las fuerzas que le subyacen. Esta metodología analítica sobre el fenómeno también llega a la legalidad penal.

Una de las causas de dicha ausencia puede hallarse en una tendencia de la dogmática a un estudio del Derecho Penal solo en cuanto fenómeno jurídico, en el que los argumentos admitidos son aquellos que se ubican dentro de las fronteras del sistema normativo<sup>179</sup>, pero no está permitido ir más allá de ellas. Se ha considerado a la norma promulgada como punto de partida del objeto de la dogmática, sin escudriñar en el proceso previo, es decir, aquel que permite que un determinado interés llegue a convertirse en una iniciativa de ley y que esta sea aprobada o rechazada en el parlamento<sup>180</sup>.

El componente político de la legalidad penal tiene una fuerte vinculación con la política partidista de tipo contingente que es, en cierto sentido, la concreción material de ese componente político. Al respecto, es especialmente gráfica la descripción de ESCRIVÁ GREGORI sobre el período comprendido entre las primeras elecciones generales de 15 de junio de 1977 y la entrada en vigor de la CE de 1978, como uno en el que «la política penal sigue caracterizándose [...] por la vinculación a la *oportunidad política del momento* o a la futura *rentabilidad electoral*. El factor de la rentabilidad electoral es de destacar, ya que su aparición está conectada al cambio en el sistema político y, por tanto, no era posible en el régimen anterior»<sup>181</sup>. Todo parece indicar que esa descripción sigue

---

177 STUNTZ (2001, *pássim*).

178 JELLINEK (2000, p. 326).

179 QUINTERO OLIVARES (2007, p. 37). En sentido similar, DÍEZ RIPOLLÉS (2020, p. 321).

180 ZAPATERO GÓMEZ (1994, p. 769). En el mismo sentido, DÍEZ RIPOLLÉS (2020, pp. 321-ss), quien, junto con denunciar la escasa preocupación dogmática sobre la creación del derecho, propone un modelo racional de legislación penal que se estructura sobre la base de cuatro grupos de principios (estructurales de primer nivel, criterio democrático, racionalidad teleológica, racionalidad pragmática y racionalidad jurídico-formal y lingüística). Sobre los principios estructurales de primer orden, ver DÍEZ RIPOLLÉS (2013, pp. 131-ss).

181 ESCRIVÁ GREGORI (1980, p. 145).

estando vigente, aun a cuatro décadas de la entrada en vigor de la CE.

### 5.2.1. Legalidad penal y correlación de fuerzas

La legalidad penal es una regla sobre el ejercicio de la potestad punitiva, uno de los aspectos más significativos del poder estatal. Se refiere a la distribución contemporánea del poder estatal. Para la adecuada comprensión del componente político de la legalidad penal debe tenerse en cuenta lo que es el Derecho Penal.

En primer lugar, el Derecho Penal es lo que prescriben las normas en los Códigos, es decir, el dogmáticamente denominado «Derecho Penal objetivo» entendido como aquella «parte del ordenamiento jurídico, formado por las normas jurídicas reguladoras del poder punitivo del Estado («ius puniendi») en las que, mayormente, a fin de tutelar bienes jurídicos, se definen delitos para los cuales se establecen penas y medidas de seguridad»<sup>182</sup>. Esta es una visión estática del Derecho Penal que, como objeto de estudio por la dogmática, raras veces incorpora la variable de cómo se aplican en la realidad esas normas escritas en los Códigos. Por una perspectiva analítica sobre la aplicación no debe entenderse, en todo caso, el intento de explicar el circuito completo de las normas, incluyendo las legales y las reglamentarias de desarrollo, sino el funcionamiento *in action* de las normas.

En segundo lugar, el Derecho Penal también es la forma en la que las policías comprenden esas normas y las aplican; lo que los fiscales, ejerciendo sus facultades, deciden desestimar o acusar; lo que las defensas comprenden por Derecho Penal por medio de los argumentos de defensa que hacen valer en juicio; y lo que los jueces, finalmente, entienden por esas normas. Todo ello, mediado por las convicciones de tales actores. Esta perspectiva corresponde a la aplicación institucionalizada del Derecho Penal. A diferencia de la anterior, esta es esencialmente dinámica; para su conocimiento ya no basta con leer los códigos: se requiere ir a las comisarías de policía, a los despachos de los fiscales, a las audiencias judiciales y leer los autos y sentencias de los tribunales penales.

En tercer lugar, el Derecho Penal debe comprenderse como un proceso de permanente ajuste entre expectativas y pretensiones, a veces coincidentes y colaborativas, y otras, opuestas; es la forma que adquiere la correlación de fuerzas por las que, teóricamente, la democracia representativa expresa sus normas que están en permanente evolución, y negocia los acomodos a las nuevas exigencias a través de una actividad, la política<sup>183</sup>, que le va dando forma al Derecho Penal. Son las ideas políticas dominantes las que determinarán el contenido de la norma<sup>184</sup>. Al decir de STUNTZ, el Derecho Penal «es el producto de un sistema político, un conjunto de arreglos institucionales mediante los cuales el poder sobre la ley y su aplicación se dispersa entre un conjunto de actores con diversos grados de responsabilidad política»<sup>185</sup>.

---

182 ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC (2020, p. 26).

183 BILIONIS (1998, p. 1302).

184 QUINTERO OLIVARES, GONZÁLEZ BONDIA y FALLADA GARCÍA-VALLE (2015, p. 72).

185 STUNTZ (2001, p. 528).

Los grupos de interés –más o menos formalizados, más o menos orgánicos– son, en esta tercera forma de comprender el Derecho Penal, de suma importancia, ya que ellos son los que, en definitiva, van generando el Derecho Penal; paradójicamente, la actividad de esos grupos conduce a menudo a una expansión del Derecho Penal y a una pérdida relativa de la proporcionalidad en sentido cuantitativo<sup>186</sup>. Esta tercera perspectiva es también dinámica, pero, a diferencia de la anterior, no tiene un carácter institucionalizado, sino más bien desformalizado. Estas dos últimas perspectivas concurren a la formación *in action* del Derecho Penal, que puede desembocar en una versión completamente asimétrica con relación a la norma según el texto formal de la disposición (como enunciado legal), como se comprende en la primera perspectiva. En aquella, el Derecho Penal existe, ya se creó. En las dos últimas perspectivas, en cambio, el Derecho Penal, junto con existir, está en una constante reelaboración.

Por esa razón, y desde un punto de vista formal, las decisiones de política criminal primaria que adopta el legislador, expresadas en una ley formal (y también el funcionamiento *in action* del sistema penal), son, en esencia, una expresión política. Con esto quiero decir que las decisiones de penalización (y su contrapartida, las de despenalización) son el resultado de una compleja correlación de fuerzas. Por esta vía de razonamiento, se puede entender (pero no necesariamente justificar), por qué algunos comportamientos extremadamente dañosos no son constitutivos de delito (o no se persiguen como tales) y solo quedan entregados al mecanismo civil de la compensación, mientras que pequeños hurtos sí lo son<sup>187</sup>. Si es cierto, como lo afirma DÍEZ RIPOLLÉS que «[1] a criminología ha puesto ya sobradamente de manifiesto que son los agentes políticos y sus intereses inmediatos los que determinan en mayor medida la agenda político-criminal»<sup>188</sup>, no queda más opción que aceptar que tanto el surgimiento de la legalidad como su desempeño solo puede ser explicado como un fenómeno político. La correlación de fuerzas que logra expresarse a través de las decisiones de la política criminal primaria no son accidentes ni obedecen a un orden natural u ontológico; obedecen a un esquema previamente decidido.

Partiendo de esa descripción, se puede avanzar hacia un análisis crítico.

### 5.2.2. La decisión sobre el orden a conservar

El Derecho Penal desarrolla una función de conservación del orden establecido que

---

186 VIVES ANTÓN (2011, pp. 668-699).

187 SATTAR (2019, pp. 18-19). En este punto es del todo acertado traer a colación la reciente experiencia de la crisis financiera que comenzó en 2008, conocida como la *Gran Recesión*. En atención a los desastrosos efectos a escala mundial de este ciclo económico,

urge reflexionar sobre el sentido de un sistema penal aún orientado a perseguir y penar comportamientos que causan un daño social muy limitado (*v.gr.*, pequeña delincuencia patrimonial), en el momento en que la crisis, originada no solo por operaciones financieras de riesgo, sino también por conductas ilícitas e incluso criminales, ha aniquilado las expectativas vitales de millones de personas (BRANDARIZ-GARCÍA, 2014b, pp. 310-311).

188 DÍEZ RIPOLLÉS (2011, p. 3).

no necesariamente ha sido decidido democráticamente en términos materiales. Como lo ha planteado NELKEN:

[e]l derecho penal se ha utilizado, entre otras cosas, para reforzar la esclavitud, asegurar la fuerza laboral, mantener las jerarquías religiosas y políticas, convertir los derechos consuetudinarios en «caza furtiva», etc. Incluso la definición y redefinición de delitos estándar como la violación, el robo o el daño penal reflejan los intereses particulares que subyacen a la formulación y aplicación de la ley<sup>189</sup>.

La definición de las conductas constitutivas de delito y la aplicación de esas normas, son expresión de los intereses que se hacen predominantes en un determinado momento, es decir, que son intereses que, después de ganar la batalla de su propia subsistencia como tales, han logrado imponerse como intereses dignos de protección y requieren ahora de mecanismos que aseguren su supervivencia. Esa batalla se libra en un campo que es la política, algunas veces apuntalada por los cañones, y la mayoría de las veces, por las porras policiales.

El orden básico para preservar es el que se configuró a partir del siglo XVIII y que adoptó la forma del Estado liberal-burgués, cuyos principales lineamientos, en lo sustancial, están aún vigentes.

La revolución burguesa ilustrada<sup>190</sup>, que terminó por sustituir al Estado absoluto y superar las estructuras medievales<sup>191</sup>, «marcó un hito en términos de la creciente visión de los seres humanos como nacidos libres y dotados de razón»<sup>192</sup>. Ello requirió la disolución del binomio <soberanía-monarca> y declaró, por medio de variados tipos de explicaciones (contractualistas, utilitaristas o deontológicas, etc.), que la soberanía *Westfaliana*<sup>193</sup> está radicada en la nación o en el pueblo entendido como el conjunto universal de ciudadanos libres e iguales<sup>194</sup> (aunque siempre sobre una base territorial<sup>195</sup>) sobre lo que se pretendió construir el nuevo orden social basado en un modelo de constitucionalismo nacional-liberal<sup>196</sup>.

La concepción de soberanía adquirió, por tanto, un valor fundante de una nueva asignación de los poderes, en la medida que esta pasó a estar radicada en el <pueblo>. Su

---

189 NELKEN (1987, p. 108).

190 Sobre el surgimiento y posición de la burguesía, ver ISHAY (2008, pp. 72-ss).

191 SILVA SÁNCHEZ (2007, p. 40).

192 FROST (2000, p. 3); PERISTERIDOU (2015, p. 36).

193 Ver *Supra* nota al pie n° 33.

194 La igualdad fue un postulado común a la Ilustración, aunque los diferentes autores difirieron de su fundamentación. Así, por ejemplo, para BENTHAM la igualdad se fundamentaba en que el dolor y la alegría de cada miembro de la sociedad afecta por igual el cálculo utilitarista y, por tanto, la obtención del bien común. Contractualistas como BECCARIA y FICHTE, por su parte, fundamentaron la igualdad en el hecho de ser todos suscriptores racionales del pacto social. Y HEGEL y KANT, fundaron la igualdad en la igual capacidad para la deliberación racional compartida por todos los seres humanos (DUBBER, 1998, pp. 113-114).

195 Al respecto, ver *Supra* nota al pie n° 33.

196 THORNHILL (2011, pp. 252-ss). Sobre el criterio universalizador e igualitario de la soberanía, ver nota al pie n° 38.

función dejó de ser un mero protector y garante de la seguridad, para pasar a fundarse en ella la expectativa de la soberanía como aseguradora de la libertad individual y de la propiedad privada<sup>197</sup> y proveedora de bienestar para los ciudadanos<sup>198</sup> o, mejor dicho, para una parte de ellos. A partir de la revolución burguesa el pueblo pasó a ser soberano, es decir, es el primer titular natural de las potestades estatales, dentro de las cuales está la punitiva. La radicación de la soberanía en el pueblo (burgués) cumplió un rol legitimador de un nuevo orden, ya que «[l]a república en donde el pueblo en cuerpo ejerce el poder soberano, es una democracia»<sup>199</sup> y es «ley fundamental de [esta] que sólo el pueblo haga las leyes»<sup>200</sup>.

La titularidad de la soberanía por el pueblo tenía, en todo caso, posibilidades nulas de materializarse en instituciones funcionales<sup>201</sup>. La solución consistió en que esa soberanía debía ejercerse a través de un órgano representativo a través del cual se expresara la voluntad general<sup>202</sup> que se contiene en la ley. Surge, de esta forma, el concepto moderno de Parlamento. En su *Segundo tratado del gobierno civil*, LOCKE escribió que una norma jurídica solo obtiene su fuerza obligatoria si es aprobada por los «magistrados de la legislatura», sin lo cual «la ley no tendría lo que le es absolutamente necesario para ser ley: el consentimiento de la sociedad, sobre el cual nadie puede ostentar el poder de hacer leyes, excepto por consentimiento y autoridad recibidos de la misma»<sup>203</sup>. De esta forma, la Ilustración nos legó un doble presupuesto básico en materia de potestad punitiva: que ella debe ser la expresión racional de la comunidad representada; y que el Estado es el único órgano con la suficiente legitimidad requerida para decidir sobre el castigo y para proveer los instrumentos para hacerlo<sup>204</sup>.

Es en este contexto de filosofía política en que se otorgó la *Déclaration du droits de*

---

197 ALLEN (2010, p. 1056).

198 STOLLEIS (2011, p. 8).

199 MONTESQUIEU (1906, p. 21).

200 MONTESQUIEU (1906, p. 27).

201 ROUSSEAU puso el acento en la necesidad de operativizar el concepto de soberanía expresado en su visión contractualista. Al comenzar el análisis de la ley, escribió:

Por medio del pacto social hemos dado la existencia y la vida al cuerpo político; trátase ahora de darle el movimiento y la voluntad por medio de la legislación. Pues el acto primitivo, por el que este cuerpo se forma y se une, no determina aun nada de lo que debe hacer para conservarse (ROUSSEAU (1836, lib. II, Cap. 6)).

202 ROUSSEAU (1836, Capítulo 6):

«...cuando el pueblo delibera sobre todo el pueblo, no considera mas que á sí mismo; y si entonces se forma alguna relación, es del objeto entero bajo un punto de vista al objeto entero bajo otro punto de vista, sin que haya alguna division del todo. En este caso la materia sobre la que se determina es general como la voluntad que delibera. Este acto es el que yo llamo una ley». Supuesto lo cual, «...no hay necesidad de preguntar á quien pertenece hacer las leyes, en atencion á que estas son actos de la voluntad general; ni si el príncipe es superior á ellas, sabiendo que es miembro del estado; ni si la ley puede ser injusta, supuesto que nadie es injusto consigo mismo; mi como uno puede ser libre y sometido á las leyes, supuesto que estas no son masque los registros de nuestra voluntad».

203 LOCKE (2006, p. 132).

204 BESSELINK (2001, p. 100).

*l'homme et du citoyen* de 1789 por los «Representantes del Pueblo Francés, constituidos en Asamblea Nacional» («*Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée Nationale*»). Es decir, por un grupo de personas pertenecientes al universo <Ciudadanos> (que no fue precisamente universal), titulares de un mandato otorgado por el resto de los integrantes de tal universo (representantes-representados/mandatarios-mandantes). En consecuencia, la ley no podía ser considerada de otra forma que no fuera la «expresión de la voluntad general» y a cuya elaboración todos los ciudadanos tenían derecho a contribuir «personalmente o a través de sus Representantes» (artículo 6 de la Déclaration francesa de 1789). A partir de este momento quedaron sentadas las bases para un futuro ejercicio democrático de la potestad punitiva, para cuya llegada fue necesario esperar aún un tiempo<sup>205</sup>, hasta la adopción del modelo de democracia igualitaria<sup>206</sup>.

La filosofía política elaboró la ecuación fundamental de la moderna democracia, integrada por tres términos: soberanía popular-parlamento-representatividad y consenso.

En consecuencia, el fundamento político de la legalidad penal se estructura en la moderna democracia liberal y, al menos en los ordenamientos nacionales, sobre la base de dos criterios fundamentales: *representatividad*<sup>207</sup> y *consenso*. Como lo explica PALAZZO, la evolución de los ordenamientos continentales «ha llevado a identificar dicho principio democrático con el de representación parlamentaria y, en consecuencia, con la regla de la mayoría, que explica su funcionamiento»<sup>208</sup>, en la que el órgano dotado de legitimidad democrática directa (el parlamento) es el único autorizado para establecer normas restrictivas de la libertad<sup>209</sup>. Esta identificación fue posible gracias al rol que se asignó a la ley como instrumento de regulación a partir del siglo XVIII, por el que adquirió el monopolio de la creación del derecho, por un lado; y, por otro, su función expresiva de la voluntad popular le confirió justificación ética y validez universal<sup>210</sup>. Al decir de ZOLO, «[1]a <Ley> se había concebido, en línea con el pensamiento de Rousseau, como la expresión de la voluntad general de la nación, cuyas prescripciones rigurosamente limitaban el poder ejecutivo»<sup>211</sup>.

El argumento político que subyace como fundamento a la legalidad penal descansa sobre la idea de que solo al legislador «corresponde la potestad de prohibir conductas (definir delitos) e imponer privaciones de derechos (imponer penas)» por ser «repre-

---

205 De todos modos, como lo expresa MARTÍN (2007, p. 508), una «Asamblea, por muy censitaria que sea, siempre expresa una voluntad más <democrática> que la voluntad unipersonal del Rey».

206 «La historia de la teoría política y del estado en el siglo diecinueve» escribió SCHMITT, «puede sintetizarse en una sola frase: la marcha triunfal de la democracia» (2000, p. 22).

207 ÁLVAREZ GARCÍA (2009, pp. 9-10).

208 PALAZZO (1999, p. 37).

209 RAUTER (2017, p. 22).

210 FIERRO (2003, p. 101). El problema, según se expondrá, consiste en que los criterios de justificación y validez con que se dotó la ley lo fueron sin referencia a elementos externos, es decir, son criterios que actuaron autárquicamente. Esta forma de desenvolvimiento de la ley pervivió hasta la segunda mitad del siglo XX, cuando la autarquía legitimadora y de validez de la ley cedió frente a la aparición de criterios meta jurídicos de justificación (FERRAJOLI, 2016, pp. 353-ss).

211 ZOLO (2007, p. 14).

sentación directa de la sociedad, (*volonté générale*)»<sup>212</sup>.

De esta forma, el argumento de legitimación política de la legalidad penal es relativamente sencillo: si el Derecho Penal conlleva necesariamente restricción de derechos, un congreso o parlamento como órgano colegiado «representativo de la voluntad general»<sup>213</sup> es el único dentro de la institucionalidad estatal que asegura adecuadamente que la decisión de penalizar una conducta obedece a un consenso social sobre el contenido de esa prohibición penal<sup>214</sup>, de modo que «la única razón que justifica la elección del Legislativo como el solo detentador de la potestad normativa en materia penal reside en la representatividad de aquél poder, en ser expresión no de una oligarquía sino de todo el pueblo»<sup>215</sup>. Este criterio fue esbozado por HOBBS, cuando escribió que las «cadenas artificiales [...] llamadas *leyes civiles*, que [los hombres], por actos mutuos han fijado fuertemente, en un extremo, a los labios de aquel hombre o asamblea a quien ellos han dado el poder soberano; y por el otro extremo, a sus propios oídos»<sup>216</sup>.

En síntesis, «...ha de ser precisamente la representación del pueblo, el poder legislativo, la única instancia legitimada para decidir sobre una cuestión de tan graves repercusiones como la creación (o agravación) de la responsabilidad penal»<sup>217</sup>. En este punto, la legalidad penal adquiere su legitimación de la concepción liberal-ilustrada de la ley. De hecho, a esta cuestión se refiere expresamente el Preámbulo de la CE cuando declara que la voluntad de la Nación española es, entre otras, consolidar «un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como *expresión de la voluntad popular*».

La representatividad y el consenso apuntan a ideas fundamentales que cumplen una función justificadora de la existencia del ordenamiento jurídico. Tales ideas consisten en la protección de derechos fundamentales, la legitimidad del Estado y la promoción de un conjunto de valores democráticos<sup>218</sup>. Estas tres ideas cobran un sentido específico según sea el modelo político en el que se hacen operativas. Así, el resultado será esencialmente diferente según se trate de una dictadura o de una democracia; y dentro de esta última, de una democracia liberal o social.

Corresponde a la aspiración burguesa-liberal que la ley sea efectivamente la expresión de la voluntad de la comunidad. Este argumento reivindica la doble legitimidad del parlamento para el ejercicio de la potestad punitiva: por un lado, está compuesto por miembros elegidos por los ciudadanos, de modo que su integración goza de la legitimidad de la elección popular (*representatividad*); pero, además, se supone que las decisiones del parlamento son la expresión de un *consenso* adecuado o equilibrado entre las mayorías y minorías<sup>219</sup>. Tales consensos deberían dar cuenta de las aspiraciones y cos-

---

212 ARROYO ZAPATERO (1983, p. 12).

213 HUERTA TOCILDO (1993, p. 84); ROXIN (2015, p. 145).

214 GÜNTHER (2016, p. 38).

215 ÁLVAREZ GARCÍA (2009, pp. 9-10).

216 HOBBS (1881, Capítulo XXI).

217 LUZÓN PEÑA (2016, p. 20).

218 GALLANT (2009, pp. 19-20).

219 En el modelo constitucional español, los criterios legitimadores de representatividad y consenso es-

movisiones del completo arco social representado en ese parlamento. Una pérdida del consenso tendría como consecuencia que el Derecho Penal pasaría a ser expresión de la voluntad punitiva de una parte del conjunto social<sup>220</sup>.

Hasta aquí la descripción del discurso de justificación. Sin embargo, este ha estado sometido a un conjunto de críticas que apuntan, en su conjunto, a cuestionar tanto la confianza depositada en el legislador, como en su producto, la ley. Tales críticas surgen en el momento en que la ley comienza a perder su posición hegemónica, cuestión sobre la que se volverá cuando se analice la crisis de la juridicidad<sup>221</sup>.

### 5.2.3. Desviaciones históricas del modelo

Aunque la ecuación <soberanía popular–parlamento–representatividad/consenso> tenga más de discurso que de realidad, su rol estructurante en el orden liberal tiene altas dosis de incuestionabilidad si miramos la historia reciente.

#### 5.2.3.1. La concepción de legalidad penal en España

Dentro de ella, un ejemplo particularmente ilustrativo es la reforma que en 1850 se introdujo al artículo 19 del CPe de 1848. Este último fue modificado, pasando a dotársele del siguiente tenor: «No será castigado ningún delito, *ni las faltas de que solo pueden conocer los Tribunales*, con pena que no se halle establecida previamente por la ley, ordenanza ó mandato de Autoridad á la cual estuviere concedida esta facultad»<sup>222</sup>.

---

tán dotados de un aspecto reforzado, toda vez que, el cumplimiento del estándar constitucional de legalidad penal requiere para el ejercicio de la potestad punitiva no solo de una ley parlamentaria, sino, además, que dicha ley sea orgánica. Los mayores quórum exigidos para la aprobación de esta especie de leyes «pretende[n] prolongar más allá del texto de la Constitución el consenso sobre temas fundamentales en relación con los que no se considera suficiente el acuerdo de la simple mayoría del Congreso» (JARIA I MANZANO, 2015, p. 140).

220 Los criterios legitimadores de consenso y representatividad se muestran conceptualmente aún más nítidos en una forma de gobierno presidencialista que en un sistema político parlamentario. En el caso del presidencialismo, la institución del Presidente (que concentra las funciones de Jefe de Estado y de Gobierno) goza de la más incuestionable legitimidad democrática, toda vez que a su elección directa como tal concurrió la mayoría absoluta de los ciudadanos (el candidato que obtenga la mayoría absoluta de los votos resulta elegido, el 50%+1 de los sufragios). Si el argumento para atribuir la potestad penal fuera solamente la representatividad, no habría obstáculo alguno para atribuirle al Presidente. Sin embargo, sus decisiones en materia penal en este supuesto carecerían estructuralmente de la garantía del consenso. Sus decisiones en materia de política criminal primaria obedecerían a esa mayoría absoluta a la que representa; y ello podría terminar por desconocer el pluralismo axiológico consustancial a la democracia. En suma, en la forma de gobierno presidencialista, el Jefe del Estado y de Gobierno tiene una absoluta representatividad; pero el criterio del consenso no es que disminuya, sino que la acción unipersonal del representante puede terminar por anular el consenso, transformando la decisión de penalización en la imposición de la mayoría por sobre la minoría.

221 Ver *Infra* §11.

222 Las dos modificaciones introducidas a esta disposición –marcadas en cursiva en la transcripción a que se anexa esta nota–, generan, cada una de ellas, sendos problemas de interpretación. El primero, se relaciona con la apertura de las fuentes formales habilitadas para determinar la pena a imponer; y el segundo, la diferenciación que hace la norma entre las faltas de que solo pueden conocer los tribunales, de aquellas que quedaban entregadas a la competencia de la autoridad administrativa. PACHECO no cuestiona ni la una ni la otra, a pesar

A juicio de DE VICENTE MARTÍNEZ la reforma que ampliaba las fuentes formales de determinación de la pena «evaporaba una de las garantías del principio de legalidad –la garantía penal–, la reserva de ley para fijar las penas»<sup>223</sup>. Aunque esta última conclusión aparece como evidente, solo lo es a la luz del significado actual de la legalidad penal que comprende a la *ley* en un sentido formal y estricto, como instrumento emanado del Parlamento. Esa no era la idea de mediados del siglo XIX que concebía a la ley como sinónimo de legislación.

En su importante *Comentario*, PACHECO aborda el significado de la reforma al artículo 19 CPe de 1850<sup>224</sup> y expone que la redacción original del artículo 19 de 1848 era más concisa, y no podía dar lugar racionalmente á ninguna duda; pero debió haber quienes creyesen lo contrario, y con el propósito de evitarlos se hizo la alteracion que resulta en el artículo oficial presente. Á mas de ley, que nos parecía á nosotros, aquí, el nombre genérico, comprensivo de cuanto legítimamente conminaba con penas, se puso tambien ordenanzas y mandatos de autoridades que tuvieran facultades de penar, con el propósito sin duda de que no se sofistese contra sus preceptos; pretendiendo que no les alcanzaba la primera expresion<sup>225</sup>.

PACHECO criticó la reforma legislativa, no porque debilitara la legalidad penal, sino por considerarla innecesaria, atribuyéndole un limitado valor aclaratorio. De sus palabras se desprende su adhesión a un concepto amplio de «ley» como fuente formal del Derecho Penal, equivalente a cualquier norma que emane de autoridad constitucional o

---

de la contradicción de la primera con el artículo 9.º de la CE 1845; y que de la segunda emanaba un evidente problema interpretativo, toda vez que artículo 66 del mismo texto fundamental prescribía que «A los Tribunales y Juzgados pertenece exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales; sin que puedan ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado».

223 DE VICENTE MARTÍNEZ (2004, p. 96). La reforma al CPe de 1850 se produce en un momento en el que la CE de 1845 prescribía que «Ningun español puede ser procesado ni sentenciado sino por el Juez o Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma en que estas prescriban» (artículo 9.º).

224 Las modificaciones que dieron lugar al llamado CPe de 1850 fueron aprobadas por Real Decreto, publicado en los N.ºs 5791 y 5792, de los días 8 y 9 de junio de 1850, en la Gaceta de Madrid. Una completa revisión de estas modificaciones, en IÑESTA PASTOR (2011, pp. 804-852)

225 PACHECO (1856, p. 295). Tal exposición aparece reiterada sin modificaciones en ediciones posteriores de su *Comentario*. Cfr. PACHECO (1881a, p. 295).

legalmente habilitada para dictarla (ley como legislación)<sup>226 - 227</sup>.

En un *Comentario* al CPe de 1848, publicado ese mismo año, a propósito del artículo 2.º de ese cuerpo legal, se lee una fórmula descriptiva general que tampoco ahonda sobre el concepto de «ley» a que se refiere la Constitución:

[e]ste principio emana del establecido en el artículo 9 de la constitucion [...] Estas disposiciones garantizan la seguridad individual, y se apoyan en la recta razon, puesto que á nadie puede condenarse ni castigársele por actos que ignoraba fuesen prohibidos, y que efectuo indudablemente por ver que la ley no se lo impedia»<sup>228</sup>.

Esta misma obra, a propósito del original artículo 19 CPe 1848, tampoco entrega elementos que ayuden a discernir sobre la comprensión del concepto de «ley» reinante en la época. Los comentaristas afirman que la disposición de tal artículo 19 «[e]s una consecuencia del principio consignado en el código fundamental, de que las leyes no podrán tener efecto retroactivo»<sup>229</sup>, pero no podemos conocer su evaluación sobre la relación de la reforma legislativa posterior con el texto constitucional, por haberse publicado el Comentario antes de ese cambio legislativo.

Aunque el tenor del artículo 9º CE 1845 no era sustancialmente diferente al del actual artículo 25.1 de la CE, la modificación legal antes indicada generaría, actualmente, serios y fundados reparos de constitucionalidad. Esta diferencia de reacción frente a la

---

226 Contribuyen a reforzar esta conclusión las propias palabras de PACHECO (1881b, p. 128) comentando el tipo del artículo 365 CPe 1850, que llegó hasta el CPe de 1973 en su artículo 431 y desaparece, finalmente, del CPe de 1995. Este sancionaba a «los que de cualquier modo ofendieren el pudor ó las buenas costumbres con hechos de grave escándalo ó transcendencia no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código». Al respecto, PACHECO elogia su incorporación, pero critica la ubicación que se le dio a la norma y que esta no haya tenido «más amplitud penal»: «Quizá hacía falta, porque en materia de atentados contra el pudor no puede preverse específicamente todo, y és útil alguna declaracion y sancion genérica». La posición de PACHECO, que prescinde de la exigencia de certeza de la ley penal, puede explicarse por la comprensión estrictamente formal de la legalidad penal, según lo cual solo basta con la descripción en la ley, sin que sea necesaria la taxatividad de la descripción. Pero la misma disculpa no parece posible aplicarla a RODRÍGUEZ MOURULLO quien, sobre la misma disposición, justifica la indeterminación del tipo con los mismos argumentos que un siglo antes esgrimió PACHECO. A juicio de RODRÍGUEZ MOURULLO (1978, p. 62) «en ocasiones, por la propia naturaleza de la materia objeto de regulación, los tipos de delito sólo pueden ser legalmente determinados en parte, debiendo ser completas por una valoración del Juez o integrados por una disposición administrativa». De su modelo, el CPe 1848/50, la descripción típica mencionada llegó al artículo 373 CPCh, disposición que se mantiene vigente hasta la actualidad.

227 Sobre la segunda cuestión, esto es, la distinción entre faltas de conocimiento de los tribunales y de conocimiento de la administración, el problema aquí radica en que con una interpretación *a contrario sensu* del artículo 19 CPe 1850, la garantía de legalidad de la pena solo se aplica a las faltas de conocimiento jurisdiccional, pero no a las de competencia de la administración. Al respecto, afirma PACHECO:

¿Por ventura aquellas de que los tribunales no conozcan podrán ser castigadas con penas que no estén establecidas previamente? Si la administración puede imponer castigos ó siquiera correcciones ¿podrá nunca hacerlo sin someterse al principio general de *ubi non est lex nec praevaricatio*?— No decimos que esto se infiera necesariamente del artículo; pero decimos que puede pretenderse tal ilación, y la posibilidad solo es un mal en semejante materia 1856, 295; 1881 I, 295 (PACHECO, 1856, p. 295, 1881a, p. 295).

228 D.J.S. y D.A.deB. (1848, p. 14).

229 D.J.S. y D.A.DEB. (1848, p. 38).

actividad del legislador puede explicarse por la diferente comprensión de la legalidad en uno y otro momento. Tal como puede leerse de los *Comentarios* de la época, la legalidad penal, aunque se comprendía como una garantía frente al poder sancionador del Estado, agotaba su función de protección en el conocimiento previo de la sanción penal con que se amenazaba la conducta, es decir, con una determinante orientación disuasiva preventivo-general, idea muy extendida entre la dogmática política y jurídica de la época, a la luz de los aportes de filósofos ilustrados como BECCARIA, BENTHAM y FILANGIERI<sup>230</sup>. Esta concepción permite esbozar como hipótesis, no asumible en este lugar, que la Ilustración no penetró del todo en el conjunto social y político español del siglo XIX.

### 5.2.3.2. *Las experiencias europeas no democráticas del siglo XX*

Para demostrar el rol legitimador que el consenso y la representatividad juegan en el discurso justificador de la potestad punitiva en una democracia material, es interesante analizar qué ocurre con la legalidad penal en su contrario, es decir, en un régimen autoritario o totalitario. Y este plan metodológico cuenta con el apoyo empírico de recientes experiencias en el contexto europeo. En general, y como advierte ALLEN:

[a] pesar de la capacidad probada de los regímenes totalitarios para reclutar versiones del estado de derecho para sus propios fines opresivos, algunos han instado enérgicamente a que el concepto de estado de derecho se limite a sus atributos formales, en particular a la proposición de que el derecho, cualesquiera que sean sus propósitos y efectos, sea capaz de orientar el comportamiento de sus sujetos<sup>231</sup>.

Los quiebres del liberalismo en Europa en el siglo XX adoptaron posiciones diferentes con relación a la legalidad penal. Así, mientras la Alemania Nazi y el Comunismo Soviético derogaron derechamente la legalidad penal, el Fascismo italiano y el Franquismo español, lo violaron soterradamente.

Las principales experiencias totalitarias del siglo XX en Europa, impuestas en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y en Alemania, decidieron un quiebre con el paradigma individualista que caracterizó a la sociedad construida por la revolución burguesa, y su reemplazo por una versión colectivista de la sociedad<sup>232</sup>. Entre las innumerables consecuencias prácticas de esta opción, muchas de ellas medibles en vidas humanas masacradas en una época de horrores, la legalidad penal también puede incluirse dentro de ellas. Esta fue eliminada del ordenamiento jurídico soviético (aunque luego repuesta) y del alemán.

En la órbita de la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, el rompimiento con la legalidad penal se produjo tempranamente. El reemplazo de la legalidad por la analogía (punibilidad de los casos no previstos legalmente de acuerdo con el «sentido

---

230 IÑESTA PASTOR (2011, pp. 33-37).

231 ALLEN (1991, pp. 818-819).

232 STAROSOLSKY (1950, pp. 361-362).

socialista de justicia»<sup>233</sup>) y la liberación de los marcos penales para que los tribunales revolucionarios decidieran la pena más adecuada a cada caso, se produjo primeramente por una ley aprobada en 1919 y, posteriormente, reiterada en el Código Penal ruso de 1922<sup>234</sup>. En el mismo sentido, el artículo 16 del Código Penal de República Federal Soviética Socialista de Rusia de 1926 permitió la imposición de responsabilidad penal por un hecho socialmente dañoso no expresamente descrito como tal en una ley penal<sup>235</sup>: «Si un acto socialmente peligroso no está previsto directamente en el presente código, los fundamentos y límites de responsabilidad por él se determinarán de acuerdo con aquellos artículos del código que prevén los delitos más similares a él en especie»<sup>236</sup>.

El repudio a la legalidad penal y su sustitución por la analogía se produce en el marco del abandono del completo entramado conceptual de un Derecho Penal burgués, contrario al ideal socialista que se implementaba<sup>237</sup>. Los revolucionarios urgieron por reemplazar todo el Derecho del Zar, ya que era el Derecho contra el que ellos habían luchado<sup>238</sup>.

La prescindencia de la legalidad penal y de conceptos básicos del Derecho Penal como el de culpabilidad, se deben, en ese período intermedio, a la influencia del jurista Evgeny PASHUKANIS. Él concibió el Derecho Penal burgués como expresión del principio de recompensa equivalente, o principio de equivalencia, según el cual el castigo es el coste que el delincuente debe asumir por la realización de la conducta punible. Este principio se encuentra en la base de la construcción conceptual de la sociedad burguesa-liberal basada en las relaciones de intercambio en el mercado. Y, por tanto, la función que cumple el axioma *nullum crimen nulla poena sine lege* consiste en que el delincuente «debe saber qué cantidad de su libertad tendrá que pagar como resultado de la transacción concluida ante el tribunal. Debe conocer de antemano las condiciones bajo las cuales se le exigirá el pago. Ese es el importe de los códigos penales y de procedimiento penales»<sup>239</sup>. Como, a juicio de este autor, la estructuración del sistema jurídico se encuentra tan enraizado en la idea de intercambio de mercado, «[I]a única manera de disipar estas [concepciones] es superando las relaciones correspondientes en la práctica, es decir, realizando el socialismo a través de la lucha revolucionaria del proletariado»<sup>240</sup>.

Pero esta concepción obedece tan solo al período comprendido entre la instalación de la revolución marxista y la reforma de esta. Años después de la ejecución de Pashukanis, acusado por Stalin de ser un «saboteador Trotskista»<sup>241</sup>, la legalidad penal fue repuesta en el ordenamiento soviético el 25 de diciembre de 1958, por medio de la

---

233 TIKHONRAVOV (2017, p. 551).

234 HAZARD (1938, pp. 158-159).

235 GRZYBOWSKI (1960, p. 129).

236 Traducción propia del texto en inglés transcrito por BERMAN (1946, p. 810, nota al pie n° 37).

237 BERMAN (1946, p. 812).

238 STAROSOLSKY (1950, p. 359).

239 PASHUKANIS (2003, p. 184).

240 PASHUKANIS (2003, p. 184).

241 HEAD (2004, p. 270).

aprobación de la ley sobre Principios Básicos de la Legislación Criminal<sup>242</sup>. La reincorporación de este y otros conceptos al ordenamiento jurídico soviético fue posible gracias a la decisión de Stalin de construir un Estado fuerte, aunque ello significara romper con la aspiración de superación del estado y su sustitución por una dictadura del proletariado<sup>243</sup>. Es evidente que la función de la legalidad penal, después de su reingreso al sistema jurídico soviético, no fue la misma que se le asignó en sus orígenes ilustrados: la legalidad penal dejó de ser una garantía frente al poder estatal y pasó a ser un instrumento de control para el mantenimiento de este.

Con relación a la Alemania Nazi, en 1936 PREUSS publicó un trabajo que daba cuenta de la, entonces, reciente ley alemana de 28 de junio de 1935 que modificó el § 2 StGB del Reich permitiendo la analogía<sup>244</sup>. Dos meses después, el 29 de agosto de 1935, el Senado de la Ciudad Libre de Danzig aprobó una reforma similar a la legislación penal aplicable a esa ciudad<sup>245</sup>.

A pesar del momento relativamente temprano de su publicación (antes de conocerse, al menos con exactitud, los horrores del Nazismo), PREUSS llama la atención sobre algunos puntos centrales que se relacionan directamente con el fundamento político de la legalidad penal. Por un lado, el autor denuncia que la facultad que se les había otorgado a los tribunales de sancionar penalmente sin una ley escrita había destruido la última defensa de los ciudadanos contra el Estado Nacional Socialista totalitario<sup>246</sup>. Y, además, llamó la atención en que la conceptual unión en el *Führer* de la voluntad del pueblo alemán y del Estado y, por ende, la atribución a él de la facultad de transformar el Derecho alemán (*Recht*) en ley (*Gesetz*), dejaban al Derecho Penal sin limitaciones posibles<sup>247</sup>. El autor ejemplifica los aspectos sobre los que llamó la atención con los discursos justificadores de la represión de la «revuelta Röhm» de 20 de junio a 2 de julio de 1934. El debilitamiento de las garantías liberales clásicas del Derecho Penal se relaciona con un cambio de paradigma del Derecho Penal: desde un *Tatstrafrecht*, orientado al hecho delictivo con prescindencia definitiva de la actitud del sujeto que ejecutó la conducta, a un *Täterstrafrecht*, enfocado en el ofensor y en su incumplimiento de los deberes jurídicamente impuestos al sujeto. El principal objetivo de la política criminal no fue reaccionar frente al delito, sino eliminar los elementos peligrosos de la comunidad. Este cambio de paradigma provocó también el abandono de una concepción formal del delito (es delito lo que formalmente esté definido por la ley) y su sustitución por una *concepción material del delito*: el delito formalmente descrito en la ley dejó de ser el centro de la definición del hecho punible y pasó a ser un mero indicador de lo que debía sancionarse; el

---

242 FELDBRUGGE (1963, pp. 252-253).

243 HEAD (2004, p. 270).

244 Una revisión de las reformas legales aprobadas por el régimen Nacional Socialista en Alemania, en VORMBAUM (2014, pp. 181-192)

245 Un análisis de las reformas introducidas por el régimen Nacional Socialista a la legislación penal sustantiva, en LLOBET RODRÍGUEZ (2018, pp. 154-ss).

246 PREUSS (1936, p. 856).

247 PREUSS (1936, p. 854).

Derecho Penal no podía quedar limitado por el delito en sentido formal, y debía tender a realizar una justicia *per se*, vinculada con el resguardo del sano sentimiento del pueblo alemán<sup>248</sup> y condujo a la superación de la doctrina de la infracción de intereses legalmente protegida por la de la infracción del deber<sup>249</sup>.

El análisis de PREUSS, sin embargo, no considera un aspecto fundamental. Es evidente el carácter antidemocrático de la ley alemana de reforma al Código Penal del Reich Alemán de 1871, y en él se manifestó uno de los peligros que entraña el criterio de la representatividad y el consenso como justificación política. En el caso de la citada ley alemana nadie puede negar que ella se debió a un consenso que se alcanzó en el Reichstag y que esa decisión probablemente fue altamente representativa. Podrán oponerse como objeción a la afirmación anterior las distorsiones provocadas por el Partido Nazi para acceder al poder, por medio de elecciones con importantes asimetrías de información. Pero lo que sí es claro es que el criterio del consenso y la representatividad esconden un peligro fundamental. En principio, nada impide que este criterio llegue a negar la democracia; nada impide que la mayoría parlamentaria se transforme en tiránica. Es en este punto donde la filosofía política del siglo XIX incurrió en el error de confiar en demasía en la representatividad y no ser capaz de visualizar ese peligro<sup>250</sup>. Como tal, la mayoría parlamentariamente representada tiene suficientes y buenos estímulos, y el poder necesario, para comportarse hegemónicamente. Y esa forma hegemónica de enfrentar los conflictos sociales, que la filosofía política decimonónica no alcanzó a prever, es lo que ha provocado el fenómeno del neoabsolutismo parlamentarista.

Las experiencias autoritarias en Italia y en España, en cambio, no prescindieron directamente de la legalidad penal, al menos, en una perspectiva formal. En las expresivas palabras de CALAMANDREI, si el Nazismo destruyó la legalidad penal, el Fascismo (aplicable por extensión al Franquismo), la falsificó<sup>251</sup>.

En Italia, la dictadura fascista no prescindió, formalmente, de la legalidad penal. Aunque el Código Penal italiano de 1930 (el *Codice Rocco*, que positivizó el ideario fascista principalmente en la parte especial<sup>252</sup>) dispuso la exigencia de una ley previa<sup>253</sup>, su

---

248 VORMBAUM (2014, pp. 173-ss).

249 VORMBAUM (2014, p. 260). Sobre la diferencia entre concepción formal y concepción material de delito en el contexto italiano, ver MANTOVANI (2017, pp. 6-20).

250 GOODHART (1958, p. 944).

251 CALAMANDREI (2019, pp. 130-ss).

252 FIANDACA y MUSCO (2019, p. 38).

253 El término de la dictadura fascista no significó el fin del Código Rocco y su sustitución por un nuevo *corpus* para evitar la supervivencia del Ordenamiento dictatorial. Se verificó en la dogmática italiana una corriente anti-reforma y, de hecho, el Código Rocco sigue, en lo sustancial, aun vigente (una síntesis de las principales modificaciones introducidas al Código de 1930, en FIANDACA y MUSCO (2019, pp. 39-40)). Esa tendencia contraria a la sustitución o modificación del Código Rocco se fundamentó en la década de 1940 en que era posible desvincular el texto legal de su ideario fascista por medio de su reinterpretación, y que este tenía una naturaleza técnica y apolítica; se destacó la incorporación de la legalidad penal en sus primeros artículos, por lo que se le consideró suficiente garantía democrática. Una revisión posterior de este período histórico mostró que la tendencia anti-reformista estuvo determinada, más que por razones técnicas o dogmáticas, por «intereses profesionales creados, la ausencia de un proyecto de reforma alternativo políticamente fuerte, y continuidad

vigencia efectiva es cuestionable, ya que «si, en Italia y Alemania, el ataque contra los dispositivos de la legalidad se llevó a cabo igualmente en profundidad, los métodos fueron diferentes: el nazismo, con impronta abierta y consecuente, destruyó la legalidad; El fascismo, en su hortera pretensión de maquiavelismo, prefirió falsificarla»<sup>254</sup>. El «*monstrum* constitucional»<sup>255</sup> creado y operado por el fascismo prefirió mantener una apariencia de legalidad que se manifestaba en el texto escrito de la legislación<sup>256</sup>. Pero, tanto la producción de la norma, como su aplicación, distaban de ser en la realidad lo que declaraban en el texto. En cuanto a la producción de la norma, su contenido no reflejó la pretensión de la comunidad (o, derechamente, del pueblo):

El sistema representativo es abolido, pero en su lugar se instalan, en la cámara y en el senado, asambleas de coristas vestidos de *orbace*, quienes, al cantar los himnos «de la patria y de la revolución», tienen el deber de manifestar el consentimiento delirante de la nación a las leyes fascistas<sup>257</sup>.

Una cuestión diferente es de la aplicación, aspecto en el que

[e]l principio *nulla poena sine lege* aparentemente está vigente en el código penal, pero con la institución del tribunal especial y las comisiones de reclusión, el gobierno y la policía tienen las manos libres para perseguir la inocencia y transformarla a la vez, según las instrucciones que descienden de arriba, en delito capital<sup>258</sup>.

El sistema jurídico fascista se construyó sobre dos pilares, en principio, incompatibles. Por un lado, mantuvo las estructuras de imputación clásicas de corte liberal (la culpabilidad como reproche personal por la actuación libre y como medida de la pena); y por otro, adopta un enfoque preventcionista recogiendo las ideas de la Escuela Positiva italiana (incorporando las medidas de seguridad). Por sobre esta estructura dual, la filosofía fascista adoptó el enfoque del derecho de conservar y defender al Estado que asegura y garantiza las condiciones fundamentales e indispensables de la vida en común<sup>259</sup>. La ubicación del Estado como un fin en sí mismo del sistema jurídico implicó un quiebre total con las ideas ilustradas que promovían una visión personalista en la que el Estado

---

institucional por razones de conveniencia en un contexto sociopolítico intensamente difícil» (SKINNER, 2015, p. 60).

254 CALAMANDREI (2019, p. 130). De hecho, como informa LLOBET RODRÍGUEZ (2018, pp. 151-152), el régimen Nacionalsocialista nunca aprobó un nuevo Código Penal Nazi porque los proyectos que efectivamente se redactaron, no eran lo suficientemente Nazis; y porque el régimen no miraba con buenos ojos las limitaciones que el Derecho positivo le imponía, prefiriendo la acción policial directa, fuera de cualquier control jurídico.

255 CALAMANDREI (2019, p. 132).

256 Por medio de la *Legge di pubblica sicurezza*, de 6 de noviembre de 1926, la dictadura fascista ilegalizó todos los partidos políticos de oposición y dispuso la medida de internamiento para los opositores políticos. Sobre las características de esta ley y su aplicación, CANTOR (1936, *pássim*).

257 CALAMANDREI (2019, p. 131).

258 CALAMANDREI (2019, p. 131). El autor se refiere al *Tribunale speciale per la difesa dello Stato*. Un análisis crítico de este organismo, en LACCHÈ (2015, *pássim*).

259 CANTOR (1935, p. 220).

solo se justificaba si este estaba al servicio de la persona; es el ser humano el fin de protección y la medida de las acciones disponibles.

En la España Franquista el panorama no fue esencialmente distinto. La incorporación definitiva de la legalidad penal como categoría analítica coincidió con dos momentos históricos vividos por la dogmática penal española. Por un lado, la democratización experimentada por la legislación penal mediante el dictado del CPe republicano de 1932, que significó un compromiso definitivo con las garantías penales. Por otro, el desarrollo, de la mano de Luis JIMÉNEZ DE ASÚA y Eugenio CUELLO CALÓN, de una teoría científica del delito de corte alemana. En este análisis científico, el delito deja de ser un quebrantamiento del orden y pasa a ser una conducta típica, antijurídica y culpable, escenario conceptual en el que la legalidad penal tiene un sitio propio y definitivo<sup>260</sup>.

Con relación al fundamento político-democrático de la legalidad penal basado en la representatividad y el consenso, la experiencia dictatorial española fue similar a la italiana. Después de vivenciar una república democrática y social y una sangrienta guerra civil, España soportó una dictadura<sup>261</sup>, determinada por dos condicionantes claves: el militarismo y el Nacional-Catolicismo<sup>262</sup>. En una primera etapa de la dictadura franquista, la potestad legislativa estuvo radicada directamente en la Jefatura del Estado, mientras que el Consejo de Ministros ejercía un rol consultivo<sup>263</sup>. A partir de la entrada en vigor de la Ley de creación de las Cortes Españolas<sup>264</sup>, se previó un ejercicio formalmente compartido de la potestad legislativa entre las Cortes y el Gobierno. Las Cortes debían examinar (no discutir ni aprobar) las leyes penales, entre otras materias (artículo 10 literal i). De todos modos, el centro de gravedad del ejercicio del poder estuvo radicado siempre en la Jefatura del Estado<sup>265</sup>, ejercida durante todo el período dictatorial por el general Francisco Franco<sup>266</sup>. En ese entramado, «...ante la ausencia de un debate político y la inexistencia de una opinión pública condicionada por la discusión parlamentaria, el Consejo de Ministros jugaba ese papel deliberante de «contraste de pareceres»»<sup>267</sup>. Aunque el Fuero de los Españoles (publicado en el Boletín Oficial del Estado de

---

260 MARTÍN (2007, pp. 566-ss).

261 MARTÍN (2010, p. 81).

262 MARZAL (2015, p. 127).

263 En virtud del artículo 17 de la Ley de Administración Central del Estado, otorgada en Burgos y publicada en el Boletín Oficial del Estado de 31 de enero de 1938, al Jefe del Estado le correspondía «la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general». Estas se expresaban a través de instrumentos denominados *leyes* cuando afectaren la estructura del Estado o constituyeran las normas principales del Ordenamiento jurídico del país; en los demás casos, se denominaban *decretos*. Las normas de desarrollo de las leyes y los decretos, de titularidad de los ministros, recibieron el nombre de *órdenes*. La titularidad de estos actos correspondía al Jefe del Estado, previa deliberación del Gobierno. El Gobierno, a su vez, estaba constituido por el Jefe del Estado y los ministros, nombrados por el primero. Al asumir sus funciones, los ministros debían jurar fidelidad al Jefe del Estado y al Régimen Nacional.

264 Publicada en el BOE de 19.07.1942.

265 QUINTERO OLIVARES (1976, p. 63).

266 MARTÍNEZ GUERRA (2016, pp. 76-77).

267 GIMÉNEZ MARTÍNEZ (2014, pp. 26-27).

18.07.1945) contempló la garantía de la legalidad penal<sup>268</sup>, es evidente que el ejercicio de la potestad punitiva<sup>269</sup> se hizo en un contexto político diametralmente distinto del que hoy deberíamos estar dispuestos a aceptar dentro de una democracia representativa<sup>270</sup>. El modelo penal Franquista convirtió en «*criminal* lo que era simplemente *político* [y] se utilizó el sistema penal como instrumento de eliminación de la disidencia política»<sup>271</sup>

La dogmática hubo de recoger este punto. En 1941, ORTEGO COSTALES, por ejemplo, defiende la subsistencia de la legalidad penal. Afirma que, aunque ella haya surgido al alero del liberalismo, «una ideología hoy proscrita»<sup>272</sup>, existen razones políticas y jurídicas para mantenerla. Dentro de las primeras, considera que la legalidad es perfectamente compatible con el régimen franquista, aun en su función de garantía de libertad, porque «[a]l Estado autoritario le interesa someter y mermar la libertad individual en cuanto pueda enfrentarse con el interés colectivo, en cuanto puede suponer un peligro para la seguridad del propio Estado, nunca en cuanto es compatible con aquél y con ésta»<sup>273</sup>. Pero es en las jurídicas en las que el autor ve las verdaderas razones para la subsistencia de la legalidad penal. A su juicio, la antijuricidad formal, esto es, la contradicción de la conducta al Derecho, se satisface de mejor forma con referencia a una ley escrita y previa; aunque su inexistencia no es óbice para encontrar dicha contradicción en otras fuentes, como la costumbre<sup>274</sup>. En lo que aquí interesa, cualquiera referencia a la representatividad y al consenso brillan por su ausencia.

SÁNCHEZ TEJERINA, por su parte, defendiendo también la pervivencia de la legalidad penal, omite cualquier referencia a la representatividad y al consenso como criterios legitimadores; en su reemplazo, este autor se refiere a un legislador *moral*, en el sentido de racional, pero sin introducirse en la profundidad del concepto de poder legislativo. Afirma SÁNCHEZ TEJERINA que la perversión de un legislador, manifestada en que convierta en delito actos virtuosos y otros repugnantes, en lícitos, «es seguro que en toda la variedad de su poder seguirá análogo criterio, es decir, será inmoral en su función ejecutiva, judicial, etc.»<sup>275</sup>.

El consenso soberano del pueblo, expresado a través de normas producidas por ór-

---

268 Su artículo 19 dispuso que «Nadie podrá ser condenado sino en virtud de Ley anterior al delito, mediante sentencia de Tribunal competente y previa audiencia y defensa del interesado».

269 Que se expresó, por ejemplo, en la reposición de la pena de muerte en una época muy temprana del régimen que, «[p]or un sentimentalismo de notoria falsía» se había derogado del «Código penal de la nefasta República», según puede leerse en la escueta Exposición de Motivos de la Ley de 05.07.1938 (publicada en el Boletín Oficial del Estado de 07.07.1938), porque dicha ley «es de las que no requieren explicación ni justificación, porque es la propia realidad la que la impone y dicta» (Ídem). La pena de muerte es considerada por el régimen, en esta ley, necesaria «con la seriedad de un Estado fuerte y justiciero» (Ídem).

270 Un análisis de la potestad punitiva en las leyes fundamentales previas a la aprobación de la CE de 1978, en QUINTERO OLIVARES (1976, pp. 60-68).

271 LANDROVE DÍAZ (1992, p. 94).

272 ORTEGO COSTALES (1941, p. 61).

273 ORTEGO COSTALES (1941, p. 62).

274 ORTEGO COSTALES (1941, pp. 63-ss).

275 SÁNCHEZ TEJERINA (1940, pp. 112-113).

ganos representativos, exigido por la democracia representativa, es reemplazado por un criterio diferente de legitimación: la ley penal generada cupularmente debe ser compatible con las concepciones éticas y peculiaridades históricas de la Comunidad<sup>276</sup>.

El reconocimiento formal de la legalidad penal en un ordenamiento jurídico puede usarse también en el contexto de dictaduras para encubrir su carácter autoritario. En esta línea, se inscribe la obra de CUELLO CALÓN, aunque el blanqueamiento del régimen franquista no es expreso, como es de esperarse. Este autor recurre a la experiencia europea del siglo XX para ilustrar que la ruptura con la legalidad penal, y su sustitución por la analogía, fue una de las nuevas concepciones en el Derecho Penal que los regímenes autoritarios trajeron consigo<sup>277</sup>. El Derecho Penal autoritario está «encaminado, sobre todo, a la realización de específicos fines estatales y a fortalecer y reforzar la autoridad del Estado a expensas y en perjuicio del sentido de protección y de garantía del individuo que inspiraba las normas del Derecho liberal»<sup>278</sup>; y menciona en forma expresa el caso soviético antes de la reforma de 1958 y la Alemania Nazi. Sobre España, el autor releva la necesidad de que sea la ley la que defina la conducta, determine las penas y los modos de su ejecución; y enumera las fuentes positivas que garantizan la legalidad penal, como el Fuero de los Españoles o el CPe vigentes en ese momento. Pero nada sobre los criterios materiales de la ley ni de su órgano de generación. De sus escritos, puede concluirse que los Derechos penales autoritarios, que prescinden de la legalidad penal, son experiencias de otros países.

En síntesis, la experiencia histórica muestra que los regímenes autoritarios no requieren prescindir de la legalidad penal. Por el contrario, la han mantenido y la han utilizado de dos formas diversas. La primera, como instrumento de control social (con lo que eso significa en el contexto de una dictadura); y la segunda, como estrategia de blanqueamiento. La incorporación de la legalidad penal en el engranaje de un régimen autoritario requiere, eso sí, que ella prescinda de los criterios de representatividad y consenso. Esto demuestra como esos dos criterios son consustanciales a la versión democrática de la legalidad penal. El carácter democrático de la ley es destacado por CALAMANDREI, para quien

Un carácter fundamental por el que se distingue la legalidad y efectividad del Estado legalitario de esa apariencia formal de legalidad que sólo puede subsistir en el Estado absoluto, es el siguiente: que si bien en este, ley aparece como el mando de una autoridad ajena y superior a sujetos que no piden su consentimiento y quienes no pueden hacer más que obedecer y callar, en el estado de derecho la ley aparece cada vez más como una creación voluntaria y consciente de los mismos ciudadanos que deben observarla<sup>279</sup>.

A la representatividad y al consenso como criterios de legitimidad democrática, debe agregarse aun un último criterio auxiliar. Este consiste en que el Parlamento tiene

---

276 QUINTANO RIPOLLÉS (1963, p. 118).

277 CUELLO CALÓN (1964, p. 192).

278 CUELLO CALÓN (1964, p. 240).

279 CALAMANDREI (2019, p. 93).

una característica fundamental: su, teórico, alto nivel de *accountability* y responsabilidad política, los que permiten confiarle el ejercicio de la potestad punitiva. Tales criterios son consustanciales a un Estado de Derecho material<sup>280</sup>.

En suma, la justificación política de la atribución exclusiva al legislador de la potestad punitiva se encuentra en sus caracteres de *representatividad, consenso y accountability*. De acuerdo con la teoría política, estos caracteres solo son predicables de un congreso o parlamento; ningún otro órgano dentro del aparato estatal reúne copulativamente ambas exigencias. Esta justificación es suficiente para una defensa a ultranza de la legalidad penal: el Derecho Penal sería, muy probablemente, peor que lo tenemos actualmente si la potestad punitiva la radicáramos en el órgano ejecutivo. Queda por determinar aún qué nivel de simetría hay entre ese postulado teórico y la práctica.

### 5.3. Evaluación de la legalidad penal

Sobre la base de la caracterización efectuada de la legalidad penal, se puede ensayar una evaluación de ella. Esta tarea puede ser asumida desde un punto de vista interno, coincidente con el componente jurídico de la legalidad penal; o desde uno externo, en el sentido de su componente político.

En el primero, la evaluación debería destacar aspectos que denotan un deterioro de las exigencias que emanan de la legalidad penal, como el recurso de tipos penales indeterminados, leyes penales en blanco, el adelantamiento de la punibilidad por la sanción de conductas de peligro, etc. En la segunda forma de abordar la evaluación a la legalidad penal, entran en juego los elementos metajurídicos que confluyen en su configuración. En esta, dentro de las preguntas relevantes pueden destacarse aquellas sobre qué está detrás de las decisiones de penalizar una conducta, a qué intereses sirve la legalidad penal, si esta actúa como garantía y, en caso afirmativo, de qué, etc.

La comprensión tradicional de la legalidad penal desde su perspectiva política se ha construido en torno a una serie de presupuestos que, considerados válidos, le otorgan legitimidad. De ellos, me interesa destacar tres presupuestos que son relevantes para el objeto de esta investigación. Tales son:

$P_1$ : la legalidad penal es una garantía de libertad.

$P_2$ : la legalidad penal es un instrumento de control del ejercicio de la potestad punitiva estatal.

$P_3$ : las decisiones de política criminal primaria del parlamento son representativas y dan cuenta de consenso; en este sentido, sus decisiones son democráticamente óptimas.

#### 5.3.1. $P_1$ : legalidad penal como garantía de libertad

Se considera a la legalidad penal como un instrumento de control sobre el ejercicio de la potestad punitiva estatal. En este sentido, la legalidad está llamada a ejercer un rol fundamental, por cuanto «un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo

---

280 ALLEN (1996, p. 57).

mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal»<sup>281</sup>. Se considera al Derecho Penal como una «institución que puede ser peligrosa para los que tienen que ver con él, y no sólo como condenado o acusado»<sup>282</sup>. Una de las herramientas de protección es la legalidad penal, ya que, con ella, la libertad queda protegida de un ejercicio abusivo de la potestad punitiva en la que podría incurrir el ejecutivo o los jueces si fueran estos los que la ejercieran.

Es cierto que la legalidad penal protege a los ciudadanos de un ejercicio caprichoso del poder punitivo por parte de los jueces y del gobierno. El carácter colegiado del parlamento obliga a que sus decisiones se adopten por medio de consensos entre las distintas fuerzas políticamente representadas en el parlamento; y he ahí la principal garantía de que podemos confiar que del legislador no habrá excesos en el uso del poder punitivo.

Sin embargo, no todas las premisas de  $P_1$  son necesariamente verdaderas.

Es efectivo que atribuir la potestad punitiva al legislador protege frente al ejercicio del poder por parte del ejecutivo o los jueces. Pero a partir de este punto inicial, las siguientes premisas son, al menos, discutibles.

La propia naturaleza de la soberanía sobre la que la actúa la representación<sup>283</sup> y las asimetrías de esta a las que conducen los sistemas electorales, producen como consecuencia que el parlamento no sea la radiografía más exacta de los intereses y expectativas sociales. Si se acepta como válida la tesis de la corrupción sistémica, el panorama no es nada alentador. En este escenario, el legislador también puede adoptar una actitud liberticida y la legalidad penal no está en condiciones de hacerle frente. La orientación que ha adoptado la política criminal y que ha sido especialmente documentada por la dogmática anglosajona, es una prueba de ello.

### 5.3.2. $P_2$ : legalidad penal como instrumento de control

Tal como se analizará en el Capítulo siguiente, las posibilidades que tiene la legalidad penal para actuar como un instrumento de control del ejercicio de la potestad punitiva son limitadas. Sobre esta cuestión central se volverá en el próximo Capítulo.

### 5.3.3. $P_3$ : decisiones democráticamente óptimas

En tanto estrategia, y de acuerdo con la definición de este término, la legalidad penal debería estar enfocada a la búsqueda de soluciones óptimas. Lo óptimo es lo «sumamente bueno, que no puede ser mejor», según el sentido natural del adjetivo, fijado en el Diccionario RAE. Sin embargo, no es posible establecer *a priori* un criterio para medir

---

281 ROXIN (2015, p. 137). Esta caracterización de la legalidad penal como límite del ejercicio de la potestad punitiva estatal es un lugar común dentro de la doctrina. Al respecto, ver FERRAJOLI (2016, p. 376), MIR PUIG (2016, pp. 115-ss); SOLA (2017). En la doctrina chilena, a modo de ejemplo, CURY (2005, pp. 165-166); VAN WEEZEL DE LA CRUZ (2011); MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN (2015, pp. 177-ss).

282 HASSEMER (2016, p. 145).

283 Sobre la crítica a la soberanía y a la representación, ver *Infra* §11.

cuán óptima sea una decisión, porque dicha evaluación requiere de una comparación. El concepto de óptimo es relacional, por lo que solo adquiere contenido dentro en función de una comparación.

Con relación al contenido de la legalidad penal, la comparación para la determinación de su óptimo va a estar determinado por la comparación de los distintos procedimientos de producción normativa disponibles en el Ordenamiento jurídico. Así, una decisión de penalizar una conducta va a ser óptima con relación a la legalidad penal, solo si ella se expresa a través de una ley parlamentaria, con el agregado de que se respeten los mandatos que se derivan de ella, como el de determinación, certeza e irretroactividad. Según este mismo contenido de la legalidad penal, ella no está llamada a aportar información sobre la selección de conflictos, su inclusión en la categoría de delitos y la definición de la consecuencia jurídica a imponer. Por el contrario, la legalidad penal solo está llamada a entregar información sobre la forma en que esas decisiones deben expresarse. He ahí su carácter esencialmente formal.

Para ejemplificar estas cuestiones, propongo como caso una discusión en el parlamento sobre decidir la prohibición penal las distintas formas de acoso laboral, ya sea horizontal (*mobbing*) o vertical (*bossing*). Dentro de esta discusión, un grupo parlamentario se opone a la penalización propuesta, fundado en que optar por el Derecho Penal implicaría defraudar el ideal de *ultima ratio*, porque otros mecanismos de control, distintos del Derecho Penal, aparecen como preferibles. Argumentan que el fortalecimiento de la sindicalización a través de la incorporación de sindicatos supraempresa por áreas de la economía, dotados de instrumentos como la huelga efectiva y la negociación colectiva con eficacia normativa, supondrían un instrumento de control más eficiente de las conductas de acoso al interior de la empresa, y políticamente más rentable, por cuanto con tales sindicatos se podrían conseguir otros fines adicionales al control del acoso, como un mejoramiento de los niveles de redistribución del ingreso y una democratización de las relaciones laborales. El grupo que está por la vía penal sostiene que el fortalecimiento del sindicato no es una alternativa viable por la adhesión a un modelo de desregulación laboral de corte neoliberal, y que, por tanto, no se ve obstáculo alguno para recurrir al Derecho Penal para pretender controlar el acoso.

La disparidad de criterios en el debate antes simulado muestra dos cosas. La primera, que ninguna de las posiciones cuestionó, de forma alguna, la vigencia de la legalidad penal. Si en el debate ganan los que están por la vía de penalización, la legalidad penal indica que la decisión fue idónea, en la medida que ella se adopte mediante una ley parlamentaria. En este caso, ¿se puede afirmar que la decisión ha sido óptima? La segunda, que un análisis sobre si una decisión legislativa es más o menos óptima trasciende con creces una evaluación de acuerdo con la legalidad penal.

¿Puede evaluarse como óptima la decisión del legislador de penalizar una determinada conducta o la definición del quantum de una pena? Los criterios para hacer la comparación y, con ello, la evaluación sobre la idoneidad, han ido variando con el transcurso del tiempo desde la Ilustración, cuando la legalidad penal se afianzó como la estrategia a adoptar. El resultado sobre la idoneidad no será el mismo bajo un

Estado democrático liberal que en un Estado social y democrático de Derecho. Además, la evaluación de la idoneidad también estará influida por la realidad social a la que esas decisiones se aplican. Así, si en algún momento pudo considerarse idóneo prohibir penalmente el duelo, es evidente que actualmente dicha decisión sería absolutamente inidónea; pero nada asegura que en un futuro pueda llegar a ser necesaria la reposición del delito de duelo<sup>284</sup>.

A mi juicio, se ha producido un problema que consiste en exigirle a la legalidad penal más de lo que ella puede entregar. Con la estrategia de la legalidad penal se pretende, por un lado, contar con un criterio formal para la definición de los delitos y de las penas (solo lo son aquellas que defina la ley parlamentaria); pero, por otro lado, se pretende también minimizar los costes que esa actividad persecutoria pueda llegar a tener sobre la libertad de los ciudadanos<sup>285</sup>. <Respuesta a conflictos> y <costes sobre la libertad> se presentan como dos elementos estructurantes; dependiendo de la respuesta que a cada uno de ellos se dé, surge una variedad de posibles estrategias.

## 6. La legalidad penal y Estado de Derecho: fundamentos democráticos

La legalidad penal adquirió el carácter de elemento estructurante del Estado de Derecho<sup>286</sup>, tanto en su versión continental derivada del desarrollo jurídico alemán (*Rechtss-*

---

284 Un ilustrativo análisis de la evolución de la escala social de valores expresada en el Derecho Penal inglés, en HORDER (2019, p. 24). Explica la influencia que tuvieron las ideas religiosas en la conformación del Derecho Penal inglés hasta el siglo XVIII, cómo estas se mezclaron con el otro gran valor a proteger representado por la lealtad a la monarquía y el proceso de secularización registrado.

285 Aunque, en general, la pregunta por el fin de Derecho Penal se ha perdido. La dogmática no ha estado especialmente interesada por el fin de Derecho Penal. La pregunta de «para qué un Derecho Penal» ha quedado relegada a un segundo plano, ante otra que parece ser considerada más apremiante: «para qué la pena». El fin de la norma jurídica consiste en posibilitar la convivencia humana por medio de la regulación de relaciones entre sujetos y la forma de solución de conflictos, fin que es también aplicable tanto a la norma jurídico penal como a la norma jurídico procesal penal. En el caso de la norma jurídico penal, como escribe LUZÓN PEÑA (1989, p. 46),

funciona intentando proteger las condiciones elementales mínimas para esa convivencia social, en la especial gravedad de los medios empleados por la norma penal para cumplir esta misión, y en que solo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a esas condiciones mínimas de la convivencia pacífica en la comunidad. En la medida que consiga el cumplimiento de estas misiones, la norma penal resultará funcional; en caso de que las perturbe, disfuncional.

Así, las funciones del Derecho Penal sustantivo son la *protección* de aquellos bienes jurídicos que se consideran trascendentales para el funcionamiento social, la *prevención* de ataques futuros a esos intereses protegidos y una función de *justicia o retribución* (LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 13-14).

286 ARROYO ZAPATERO (1983, p. 12); AGUADO CORREA (1999, p. 44); GALINDO (2007, p. 49); GANDULFO (2009, pp. 294-297).

La jurisprudencia constitucional también se ha decantado por dicho postulado:

...el principio de legalidad en el ámbito sancionador es un principio inherente al Estado de Derecho que la Constitución enuncia en su Título Preliminar (art. 9.3), lo configura como contenido de un derecho fundamental de las personas (art. 25.1) y lo recuerda como límite en la definición del Estatuto y de la competencia esenciales de los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial (art. 117.1). Este principio impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no sólo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los

*taat*) como en su variante del *common law* (*Rule of law*).

La imbricación de la legalidad penal en una versión formal del Estado de Derecho es relativamente evidente. Lo anterior, porque si la legalidad penal es una regla de atribución competencial ella tiene un lugar propio dentro del Estado de Derecho. Pero también existen algunas razones para establecer una relación de necesidad entre la legalidad penal y el Estado de Derecho en una versión material o sustancial. Sin embargo, a mi juicio, esta relación es más estrecha que lo habitualmente se propone. En esa comprensión tradicional, la relación de la legalidad penal con el Estado de Derecho se determina por la contribución de la primera a la vigencia efectiva de los derechos fundamentales<sup>287</sup>, en virtud de la función de garantía que se le suele atribuir, y porque es una de las vías de juridificación<sup>288</sup> del principio jurídico fundamental de la seguridad jurídica<sup>289</sup>. En mi opinión, esa relación debe reducirse al aseguramiento de la seguridad jurídica.

Lo anterior porque, aun considerando la evolución de la legalidad penal y su articulación con el Estado de Derecho, aquella no deja de tener un carácter formal, es decir, vinculado con la forma en la que la potestad punitiva debe ejercerse.

## 6.1. Derechos fundamentales y legalidad penal

Como la libertad es uno de esos derechos básicos en un sistema democrático liberal, tanto su garantía respecto de las acciones de terceros, pero particularmente respecto del Estado, se convierten en una cuestión medular del propio Estado de Derecho. Una de las amenazas latentes a esos derechos está constituida por el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. En un sentido sustancial, Estado de Derecho es *imperium legum*, es decir, <el imperio de las leyes y no de los hombres>; es más que el sentido formal de <gobierno *por* las leyes> (compatible con el legalista *Rechtsstaat* alemán del siglo XIX). En una concepción sustancial, el Estado de Derecho requiere que la actividad legislativa, administrativa y judicial del Estado quede subordinada al bien público de la comunidad en su conjunto<sup>290</sup>. La relación entre Derecho Penal y Estado de Derecho aparece como evidente en la medida que si el Derecho Penal, por su propia naturaleza, restringe derechos fundamentales, entonces surge la necesidad de que esa restricción no quede sometida solo a la voluntad del detentador del poder, sino a la voluntad del colectivo social para el que deben definirse mecanismos de protección y contención del ejercicio de la potestad

---

dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla (STCe 137/1997, FJ 6º).

287 ALONSO ÁLAMO (2009, pp. 63-64); FERRAJOLI (2009c, pp. 13-14, 2011, p. 31). GOZZI (2007, p. 252) atribuye a GRIMM la introducción del concepto de Estado de Derecho material como contrapuesto a uno formal.

288 Esta expresión se utiliza a lo largo de esta investigación en un sentido meramente descriptivo, como sinónimo de positivización, es decir, como aquel proceso de extensión de una regulación jurídica positiva a un ámbito previamente no incluido dentro de ella. Al respecto, ver SILVA SÁNCHEZ (2007, pp. 36-ss).

289 MIR PUIG (2016, p. 115); RAUTER (2017, p. 21).

290 SELLERS (1998, p. 4).

punitiva. En este sentido, la responsabilidad por una restricción democráticamente razonable de la libertad por parte de la ley penal queda radicada en el Estado de Derecho.

La potestad punitiva está permitida por el Estado de Derecho, toda vez que este la regula, como lo demuestra la propia existencia de los artículos 25 y 53 CE, el artículo 7º CEDH o el artículo 49 CDFUE. Sin embargo, es también el propio Estado de Derecho el que establece (o debería establecer) el límite que determina la diferencia entre un ejercicio legítimo de la potestad punitiva de uno ilegítimo. A mi juicio, este límite es el *contenido esencial* del derecho a la libertad: la ley penal no puede restringir la libertad de las personas por medio de la definición de las conductas punibles más allá de un punto, a partir del cual dicha restricción se transforma en una negación de la libertad, tal como se analizará más adelante. Así, el Estado de Derecho contiene en sí mismo una restricción de la potestad punitiva: la primera debe tender a realizar el bien común y solo dentro de este objetivo debería ser considerada como tolerable por el Estado de Derecho. Sobre estas cuestiones, como se ha analizado, la legalidad penal no entrega información. Mientras el ejercicio de la potestad punitiva se exprese a través de una ley parlamentaria expresa, cierta e irretroactiva, se logra la conformidad de la legalidad penal.

Una adecuada protección del contenido esencial de los derechos fundamentales frente a la potestad punitiva requiere de otro tipo de instrumental, axiológicamente más complejo que la legalidad penal. En mi opinión, ese otro instrumental es la proporcionalidad.

## 6.2. Seguridad jurídica: predictibilidad y previsibilidad

Desde la conformación del Estado contemporáneo se ha trazado una especial relación de la legalidad (en general; y penal, en particular) con la seguridad jurídica<sup>291</sup>. Es en este aspecto en el que la legalidad penal sí tiene una importante función para desarrollar. La perspectiva analítica de la legalidad penal vinculada al aseguramiento del valor de la seguridad jurídica es especialmente útil porque pone de relieve, al menos, dos problemas. El primero se relaciona con la necesidad de prever *ex ante* qué tipo de reacción estatal (penal o de otra naturaleza) se producirá frente a un conflicto y, de esta forma, garantizar la libertad personal<sup>292</sup>. El segundo problema se relaciona con la posibilidad de anticipar o prever, en concreto y también *a priori*, cuál será la medida específica de la reacción penal. El primer problema se refiere a la seguridad como garantía de la libertad; el segundo, a los límites de la actividad jurisdiccional encargada de concretar las prohibiciones penales. Y cada uno de ellos contiene una perspectiva de análisis distinta. Para evitar la confusión terminológica, propongo llamar *predictibilidad* a la primera perspectiva; y *previsibilidad*, a la segunda.

Algunos autores usan la palabra «predecibilidad» para referirse a la cualidad de predecible<sup>293</sup>. Sin embargo, de acuerdo con el Diccionario RAE tal palabra no existe en

---

291 BACIGALUPO ZAPATER (2012, p. 55).

292 GÜNTHER (2016, pp. 38-39).

293 Por ejemplo, ATIENZA (2013, pp. 69, 145, 316, 814); COLOMA CORREA y AGÜERO SAN JUAN

el idioma español; y habiendo otras disponibles, creo preferible la utilización de alguna de ellas. Hay en español, al menos, dos términos que sirven para denotar la posibilidad de anticipación. Estos son «predicción» y «previsión». Sus derivaciones se muestran en la tabla siguiente:

*Tabla 1. Definición y derivaciones de los vocablos «predicción» y «previsión»<sup>294</sup>*

	<i>Predicción</i>	<i>Previsión</i>
Sustantivo:	(1. Acción y efecto de predecir   2. Palabras que manifiestan aquello que se predice)	(1. Acción y efecto de prever   2. Acción de disponer lo conveniente para atender contingencias o necesidades previsibles)
Derivación verbal:	<i>Predecir</i> Anunciar por revelación, conocimiento fundado, intuición o conjetura algo que ha de suceder	<i>Prever</i> 1. Ver con anticipación.   2. Conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder.   3. Disponer o preparar medios contra futuras contingencias
Participio:	<i>Predicho</i>	<i>Previsto</i>
Derivación adjetival:	<i>Predictible</i> Que puede predecirse	<i>Previsible</i> Que puede ser previsto o entra dentro de las previsiones normales
Derivación a sustantivo abstracto de cualidad:	<i>Predictibilidad</i> Cualidad de predictable	<i>Previsibilidad</i> Cualidad de previsible

De esta forma, la *predictibilidad* es la condición predicable de un ordenamiento jurídico en cuya virtud puede anunciarse, por conocimiento fundado en él mismo, si este prevé o no una reacción estatal frente a una determinada conducta; y, en caso afirmativo,

(2014, p. 406); DWORKIN (2012, p. 129); GARRIDO GÓMEZ (2009, *pássim*); MASCAREÑO (2007, p. 27)

<sup>294</sup> Las definiciones anotadas corresponden a las contenidas en REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., [versión 23.2 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Fecha de la consulta: 25.06.2019]. Las categorías de derivación se han extraído de REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Nueva gramática de la lengua española*, 2009 [versión en línea] <<http://aplica.rae.es/grweb/cgi-bin/buscar.cgi>> [Fecha de la consulta: 25.06.2019].

cuál es la naturaleza de esa reacción ante un conflicto en particular<sup>295 - 296</sup>. La predictibilidad permite conocer, por ejemplo, que la causación intencional de la muerte de otro implica la verificación de una prohibición que es de carácter penal; en consecuencia, que habrá una reacción estatal y que esta será de naturaleza penal<sup>297</sup>, sin perjuicio de otras respuestas, como la obligación de indemnizar los daños. En el Derecho Penal, la predictibilidad adquiere la forma del mandato de determinación y de taxatividad. Como lo han sintetizado ROBINSON, GREENE y GOLDSTEIN:

Para comunicar efectivamente al público, el código debe ser fácil de leer y comprender. Debe proporcionar una declaración clara, en términos objetivos si es posible, de la conducta que la ley prohíbe y de las circunstancias bajo las que se prohíbe. Legibilidad, accesibilidad, simplicidad y claridad caracterizan un código que articule y anuncie más efectivamente las reglas de conducta del derecho penal<sup>298</sup>.

Supuesta que la reacción al conflicto es de naturaleza penal, la *previsibilidad*, por su parte, consiste en la cualidad de un ordenamiento jurídico que permite conocer *a priori* la entidad de tal reacción, es decir, su medida concreta. Por eso, la previsibilidad se concreta en la prohibición de analogía.

Así, la predictibilidad permite conocer, frente a la causación dolosa de la muerte de una persona, que tal conducta implica la verificación de una prohibición penal y que, por

---

295 MADRID CONESA (1983, p. 10). En el mismo sentido, VIGANÒ (2016a, pp. 1-2), para quien la predictibilidad se refiere a aquella condición que es predicable de un Ordenamiento jurídico penal por la que el sujeto puede conocer con certeza, al menos dos cuestiones fundamentales: (a) que una determinada conducta será considerada ilícita; y (b) si esa conducta ilícita será considerada, además, penalmente relevante.

296 Destaca la importancia de la predictibilidad y la previsibilidad en la configuración de la legalidad penal la jurisprudencia del TEDH. Al respecto, ver STEDH 74613/01, *caso Jorgic c. Alemania*, §100:

...un delito debe estar claramente definido por la Ley. Esta condición se cumple cuando el justiciable puede saber, a partir de la redacción de la disposición pertinente y si es necesaria con la ayuda de la interpretación realizada por los Tribunales, qué acciones y omisiones suponen su responsabilidad penal. La noción de «derecho» («*law*») utilizada en el artículo 7 corresponde a la de «Ley» que figura en otros artículos del Convenio, noción que engloba tanto el derecho escrito como no escrito e implica condiciones cualitativas, entre otras las de accesibilidad y de previsión.

297 En sentido amplio, la predictibilidad es la condición por la que la respuesta estatal puede predecirse en general. Así, por ejemplo, tanto en el caso que se cause la muerte a otra persona como en el de la infidelidad en el noviazgo, es predecible una respuesta penal y una no-respuesta penal, respectivamente, a cada caso. Sobre el particular, ver AYALA GONZÁLEZ (2017, pp. 22-ss).

298 ROBINSON, GREENE y GOLDSTEIN (1996, p. 304). Desde el punto de vista de la técnica legislativa, estos autores proponen la existencia de dos cuerpos normativos o dos conjuntos de normas, separados según quien sea el destinatario de cada uno de ellos. Un primer cuerpo, dirigido al destinatario de la prohibición penal que es cualquier persona vinculada con la prohibición penal. Un segundo grupo de normas está destinado a los órganos judiciales en su rol de adjudicadores. Un comentario crítico a esta distinción, y a la perspectiva positivista en general, en HORDER (2002, pp. 225-226). Esta dualidad de *corpus* normativos se basa en la diferenciación entre una norma primaria de conducta y una norma secundaria de adjudicación. Esta distinción aparece explicada en HART (1994, p. 94). En español, HART (1999, p. 117): «[...] las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer, [las] reglas secundarias [...] especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible».

tanto, el conflicto allí contenido, es de naturaleza penal. Conocido lo anterior, la previsibilidad permite saber que la reacción estatal será la iniciación de una investigación y un proceso penal, y que la consecuencia será la pena fijada en una ley penal; asimismo, cuáles son las condiciones relevantes para determinar esa pena. Entre esas condiciones, se puede prever que son relevantes, por ejemplo, la causación alevosa de la muerte o ejecutarla con ensañamiento; y que es irrelevante que la persona muerta sea un mendigo o un científico que estaba a punto de descubrir la cura definitiva contra el cáncer.

Esta idea de predictibilidad remite a la función que SPINOZA le otorgó a la seguridad jurídica cuando escribió que

El fin del Estado, repito, no es convertir a los hombres de seres racionales en bestias o autómatas, sino lograr más bien que su alma (*mens*) y su cuerpo desempeñen sus funciones con seguridad, y que ellos se sirvan de su razón libre y que no se combatan con odios, iras o engaños, ni se ataquen con perversas intenciones. El verdadero fin del Estado es, pues, la libertad<sup>299</sup>.

Es cierto que tanto la predictibilidad como la previsibilidad actúan como protección a la libertad, en la medida que le permiten al sujeto adecuar de manera informada sus comportamientos a los parámetros exigidos por el Ordenamiento; y le permiten decidir, también con conocimiento de los costes a los que se expone, actuar contrario al Derecho, lo que en la doctrina anglosajona se conoce como *fair opportunity*<sup>300</sup> o *fair choice theory*<sup>301</sup>. La aspiración de predictibilidad y previsibilidad corresponden, en conjunto, a la concreción del derecho fundamental a la libre elección<sup>302</sup>, tal como acertadamente lo garantiza la *Déclaration* francesa de 1789, cuando dispone que «La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás» (artículo 4), de modo que «[l]a Ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la Sociedad. Nada que no esté prohibido por la Ley puede ser impedido» (artículo 5). En el mismo sentido escribió MONTESQUIEU que «[l]a libertad política, en los ciudadanos, es aquella tranquilidad de ánimo que nace de la opinión que cada uno tiene de su seguridad; y para que exista esta libertad, es menester que ningún ciudadano pueda temer á otro»<sup>303</sup>. Y de ahí su relación estrecha con el Estado de Derecho material pues, tal como lo ha apuntado GARDNER, «[l]a ley debe evitar tomar a las personas por sorpresa, emboscándolas, poniéndolas en conflicto con sus requerimientos de una manera que pueda defraudar

---

299 SPINOZA (1997, p. 411).

300 HART (2008, pp. 22-23, 153, 181).

301 En la doctrina norteamericana, la predictibilidad y previsibilidad se conocen bajo las denominaciones de *fair notice*, *fair choice*, *fair warning* y *void for vagueness*. Con las primeras, se describe la justa posibilidad de la persona de evitar en castigo por medio del conocimiento de la prohibición penal; y con la segunda, la exigencia de precisión en la descripción de la conducta típica. Al respecto, ver LAFAYE y SCOTT (1960, *pássim*); FLETCHER (2000, pp. 569-ss); MORRISON (2001, *pássim*); DECKER (2002, *pássim*); GOLDSMITH (2003, *pássim*); ASHWORTH (2013, pp. 84-ss); BERRY (2014, p. 117); THORBURN (2014, pp. 285-288); CORRECHER MIRA (2018, pp. 336-ss).

302 VIGANÒ (2016a, p. 5).

303 MONTESQUIEU (1906, p. 227).

sus expectativas y frustrar sus planes»<sup>304</sup>. No puede dejar de señalarse que, en todo caso, esa protección, aunque importante, es indirecta. El sujeto conoce sus posibilidades de actuación jurídicamente permitidas, pero lo relevante en términos del aseguramiento de la libertad es la pregunta de por qué otras conductas están prohibidas: he aquí el meollo de la cuestión. Piénsese en un mundo en el que todas las conductas posibles son cien; y de ellas, 95 están prohibidas penalmente. La predictibilidad y previsibilidad le permiten al sujeto que conocer solo puede desarrollar libremente 5 conductas posibles; si ejecuta cualquiera de las otras 95 prohibidas, tendrá una sanción penal. La garantía esencial de la libertad apunta a cuestionar por qué hay 95 conductas prohibidas; indirectamente, también se garantiza esa libertad indicándole que sus posibilidades de actuación es de cinco conductas posibles.

Los criterios de predictibilidad y previsibilidad no pueden obtenerse con un grado absoluto de verificación. Por eso, una concepción radical de la legalidad penal, que pretenda ese grado absoluto está destinada a ser una conceptualización solamente tendencial. El fenómeno ha sido sistematizado a través del concepto de textura abierta de HART<sup>305</sup>. La constatación sobre la inexistencia del «paraíso de los conceptos» de los juristas<sup>306</sup> se basa, a su vez, en una constatación fáctica: «la incapacidad humana para anticipar el futuro»<sup>307</sup>. Esta conduce a que para el legislador sea imposible prever todas las posibles combinaciones futuras de los hechos, los cambios sociales o tecnológicos y los contextos en los que las normas jurídicas serán aplicadas. La aceptación de estas constataciones ha llevado a una cierta revalorización de las funciones creadoras de los tribunales en la aplicación de las normas jurídicas, incluido el ámbito del Derecho Penal.

El aseguramiento de la libertad como fundamento de la predictibilidad y la previsibilidad es común tanto al *civil law* (o sistemas continentales) como a la cultura jurídica anglosajona del *common law*, lo que permite afirmar que en ambos existe vigencia de la legalidad penal.

### 6.2.1. Predictibilidad y mandato de determinación y certeza.

La predictibilidad de la respuesta estatal frente a determinados tipos de conflictos es una aspiración. Dicho de otra manera, que hemos alcanzado un consenso relativo a la necesidad de contar con normas preestablecidas que indiquen la reacción de la comunidad organizada frente a los conflictos que consideramos institucionalmente como de mayor gravedad o trascendencia. Así, por ejemplo, la existencia de reglas que determinen *a priori* las consecuencias de la conducta de matar a otro es hoy una necesidad perfectamente asumida. Esa determinación *a priori* de las consecuencias requiere que la reacción estatal frente al homicidio de alguien sea una reacción predecible.

En la tradición continental, para que la predictibilidad pueda desempeñar su rol de

---

304 GARDNER J. (2008, p. xxxvi).

305 HART (1999, pp. 155-ss).

306 HART (1999, p. 162).

307 HART (1999, p. 163).

garantía se requiere, antes que todo, que la ley esté escrita, ya que «[e]ntre las razones tradicionalmente indicadas en la base de este principio [predictibilidad] está la garantía de la libre elección de acción del ciudadano»<sup>308</sup>. La escrituración de la ley penal es un «elemento imprescindible de un Estado democrático, en el que el ciudadano esté informado de aquello que no está permitido hacer y de las consecuencias jurídicas que de su ilícito comportamiento podrán derivarse»<sup>309</sup>.

### 6.2.2. Previsibilidad como prohibición de analogía

La previsibilidad ya no apunta al legislador propiamente tal en el proceso de construcción de la norma penal (y de la prohibición que de ella emana), sino que ahora el foco está puesto en la aplicación de una ley ya en vigor. No se trata solo de su aplicación jurisdiccional (el juez decidiendo sobre la absolución o condena de un acusado), también de su aplicación por el completo sistema de persecución penal. En este quedan comprendidos tanto los tribunales como la policía y la fiscalía. Siguiendo la distinción propuesta por VIGANÒ<sup>310</sup>, la previsibilidad se refiere, en el concepto que aquí propongo, a cuestiones de carácter operativo del Derecho Penal. Tales cuestiones se relacionan con la determinación del tipo penal en el que se encuadrará la conducta investigada o enjuiciada, las circunstancias modificativas de responsabilidad que procede considerar concurrentes de acuerdo con los hechos del caso, el acceso por parte del acusado a los sistemas de desestimación de casos que prevea la legislación procesal o las salidas alternativas y los parámetros de discrecionalidad legal en la individualización judicial de la pena a imponer.

Como puede comprenderse, la previsibilidad entendida en la forma propuesta se relaciona con las facultades de interpretación y aplicación de la ley de los organismos de persecución penal y de los tribunales penales. Por esa razón estimo que puede establecerse una relación entre la previsibilidad y el mandato de *ley stricta* y su derivada, la prohibición de analogía.

### 6.2.3. Fundamento de la predictibilidad y la previsibilidad

Tanto la predictibilidad como la previsibilidad tienen un carácter central como elementos de legitimación del Derecho Penal, tanto desde la perspectiva de los fines de la pena, como de la exigencia de culpabilidad. En ambas perspectivas el conocimiento por el sujeto del contenido de la norma se muestra como imprescindible; sin tal conocimiento no es posible afirmar que la pena cumpla alguna función, y lo mismo vale para fundamentar el reproche de culpabilidad.

---

308 VIGANÒ (2016a, p. 5, 2016b, p. 217).

309 RAMÓN RIBAS (2014, p. 113).

310 VIGANÒ (2016a, p. 3, 2016b, p. 215).

### 6.2.3.1. *Legalidad penal y culpabilidad*

Solo si dicho conocimiento previo está presente, es posible esperar que el comportamiento del sujeto se conforme con el contenido de la norma y, por ende, solo en este contexto puede hacerse un juicio de culpabilidad válido. El sujeto que no conoce la norma, porque ella no existía en el momento en que él actuó, se ve enfrentado a una situación en la que no debía adoptar alguna decisión sobre una actuación conforme o no a derecho; su actuación en concreto era, al momento de ejecutarse, conforme a Derecho (al menos, Penal) porque no verificaba ninguna prohibición penal.

Sin embargo, no debe dejar de notarse el carácter utópico que tiene tal conocimiento de la norma o de su contenido<sup>311</sup>, así como también de la realidad de la expectativa de predictibilidad<sup>312</sup>. Por ello, lo que la legalidad penal asegura no es el conocimiento concreto de la prohibición penal y de la pena asociada a ella por cada individuo (conocimiento subjetivo). Por el contrario, la legalidad penal garantiza un conocimiento potencial (objetivo), es decir, una posibilidad real de conocer si el sujeto está interesado en ello; si decide actuar, prescindiendo de verificar el contenido de la prohibición penal descrita en una ley penal, el estándar de la legalidad penal se ha satisfecho.

### 6.2.3.2. *Legalidad penal y fines de la pena*

La legalidad penal se muestra como un requisito imprescindible en las diversas teorías existentes sobre los fines de la pena. Así, en una perspectiva retribucionista, la fijación por la ley de la pena es una medida importante de su justicia intrínseca. El estándar de justicia de la pena debe ser completado, además, con su proporcionalidad entendida como la relación cuantitativa entre el mal producido por el delito y el mal en que consiste la pena, en los términos del artículo 49.3 CDFUE.

En el caso de la prevención general como fin de la pena, la importancia de la legalidad penal salta a la vista. De hecho, la fórmula latina que FEUERBACH propuso para referirse a la legalidad penal surge, precisamente, en la esfera de la prevención general negativa, como una herramienta de disuasión denominada coacción psicológica<sup>313</sup>. En la prevención general positiva, la conclusión es similar: solo el conocimiento de las pro-

---

311 VAN WEEZEL DE LA CRUZ (2011, p. 10).

312 VIGANÒ (2016a, p. 2) pone el acento en la impredecibilidad de la decisión jurisdiccional como una constatación desde la experiencia. El autor se refiere a la sonora sonrisa causada a un amigo suyo, abogado del foro, cuando le expuso sobre la predictibilidad de la decisión judicial, cuando el proceso es, en realidad, una lotería. Consciente de los sesgos que tiene la experiencia como método de conocimiento, creo que, de todos modos, la actividad jurisdiccional tiene un margen bastante amplio de predictibilidad. Al menos en los casos comunes, un abogado puede anticipar dentro de ciertos márgenes de razonabilidad la decisión del tribunal sobre la base de la prueba disponible. La predictibilidad y la previsibilidad son inversamente proporcionales a la <normalidad> del caso. Esa normalidad se determina en atención a elementos fácticos (como la incidencia estadística del tipo de delito, el carácter anónimo de las partes del juicio) y a elementos normativos (como la descripción que haga la ley de la conducta típica).

313 En este sentido, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (1866, p. 387); TISSOT (1880, pp. 169-170); ARROYO ZAPATERO (1983, p. 14); MADRID CONESA (1983, p. 6); BACIGALUPO ZAPATER (2005, p. 13).

hibiciones penales y de las penas asociadas a ellas puede reforzar la identificación y la adhesión al contenido de la norma; solo una ley penal conocida por la comunidad le permite a ella desplegar sus efectos expresivo-integradores<sup>314</sup>.

En el caso de la prevención especial positiva puede también reconocerse una cierta trascendencia de la legalidad penal en términos de anticipar al sujeto el coste de su infracción normativa y lograr, de esta forma, su adhesión al ordenamiento jurídico. El panorama tiende a difuminarse, en cambio, cuando se trata de las teorías de la prevención especial negativa. Como en estas el objetivo es la evitación de la reincidencia del sujeto, la predefinición de la pena no aparece como un requisito necesario. En estas teorías, la reacción estatal estará justificada en la medida que ella logre su objetivo de impedir que el sujeto incurra nuevamente en la prohibición penal.

## 7. Legalidad penal y separación de poderes

La legalidad penal como *regla de atribución competencial* es expresión de una estrategia, es decir, de un mecanismo institucional<sup>315</sup> que da forma (o pretende dar forma) al actual Estado constitucional<sup>316</sup>. Tal mecanismo es la separación de poderes<sup>317</sup>, por la que el legislador tiene un campo de competencias privativas, dentro de las que se encuentra la potestad punitiva<sup>318</sup>. Mientras que la facultad de concretar esas decisiones en casos específicos corresponde a la judicatura<sup>319</sup>. Se pretende que la tripartición liberal del po-

314 Sobre este punto, ver *Infra* §30.2.

315 La denominación de <mecanismo institucional> pertenece a LAPORTA (2011, pp. 473-474) y con ella quiere indicar que se trata de una articulación normativa que desarrolla o sirve de vehículo a la realización de los principios (p. 474).

316 BRAVO LIRA (1976, p. 76); PALAZZO (1999, p. 37); ATIENZA (2007, p. 199); GIL GIL (2010, p. 144 (nota al pie n° 38)). BACIGALUPO ZAPATER (BACIGALUPO ZAPATER, 2020) destaca la función de garantía de la libertad que desempeña la separación de poderes y su origen ilustrado.

317 En la historia política española se marca como un hito en la incorporación del mecanismo de separación de poderes la supresión del Consejo de Castilla por medio de un decreto de Isabel II de 24 de marzo de 1834 que abrió paso a las ideas liberales e ilustradas. «Con su supresión, se abría paso a una completa reestructuración del poder ejecutivo y judicial, y a la efectiva aplicación del principio de división de poderes que daba sentido al nuevo Estado de Derecho cuya implantación se pretendía, tras diez años de gobiernos absolutos» (BARÓ PAZOS, 2013, p. 125). En una obra relevante de Derecho político del siglo XIX, COLMEIRO (1881) apunta aspectos claves de los problemas que actualmente se relevan del concepto de separación de poderes. Este autor identifica un concepto de <gobierno> en sentido lato que reúne en sí mismo las funciones de legislar, juzgar y administrar; y lo contrapone al <gobierno> en sentido estricto, que corresponde al poder ejecutivo (p. 19). Pero lo novedoso de esta obra es que el autor adopta una concepción de la separación de poderes funcional, según lo cual «no hay división de poderes en el gobierno representativo, sino deslinde de facultades y su ejercicio por cada autoridad constituida, obrando con libertad dentro de su competencia» (p. 37); y más adelante expresa, con toda claridad, que «La organización constitucional supone que el poder supremo se divide para su conveniente ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial, que son tres grandes manifestaciones del poder del estado. El principio de la división de los poderes públicos no se desarrolla con todo el rigor de una verdad matemática» (p. 42).

318 El reconocimiento de la separación de poderes como un fundamento político de la legalidad penal corresponde a BINDING (MADRID CONESA, 1983, p. 207).

319 LOZANO (1874, p. 618):

En la teoría de la división de poderes, teoría aceptada en todas las formas ó sistemas regulares de

der estatal<sup>320</sup>, postulada por la doctrina de la separación de poderes y fundamento de la legalidad penal, actúe como una garantía que proteja al ciudadano de la tiranía de un gobierno<sup>321</sup> que, ostentando la potestad punitiva, podría terminar socavando su libertad.

Para una parte de la doctrina, el rol fundamentador de la legalidad que desempeña la separación de poderes es trascendente. MONTIEL FERNÁNDEZ estima que, siendo ese el fundamento de la legalidad penal, esta última consiste en una garantía vinculada a la parte orgánica de la Constitución. En este sentido, la legalidad penal sería distinta de otras garantías penales que integran la parte dogmática del texto fundamental, como los principios de resocialización, de humanidad de las penas o de culpabilidad<sup>322</sup>. La discusión sobre este punto, aunque puede parecer inconducente, puede ser útil para distinguir la naturaleza de la legalidad penal. ARROYO ZAPATERO advirtió en su momento que tomar exclusivamente a la separación de poderes como criterio de fundamentación de la legalidad penal la transforma en «un principio meramente formal o competencial que, por sus consecuencias insatisfactorias, obliga a recurrir a otros principios de naturaleza diferente, como, por ejemplo, el de culpabilidad»<sup>323</sup>.

De esta forma, la doctrina de la separación o división de poderes aparece como un fundamento político de la legalidad penal que puede sintetizarse en una fórmula del tipo «al legislador le corresponde hacer las leyes; y a los jueces, aplicarlas»<sup>324</sup>. «De ahí que», como advierte HUERTA TOCILDO,

la exigencia de tipicidad, claramente inspirada, como la reserva de ley, en el principio de división de poderes, esté principalmente dirigida a someter a los jueces al imperio de la norma escrita, impidiéndoles ir más allá de lo que en ella se prevé por la vía de aplicarla analógicamente [...] o de proceder a una extensión indebida de los comportamientos típicos<sup>325</sup>.

Desde una perspectiva operativa se destaca que una construcción clara y precisa de

---

Gobierno, el poder judicial es el encargado de aplicar la ley á los casos que ocurren. Esta aplicación, en materia penal, es de su competencia exclusiva, y esta circunstancia, unida á la necesidad de usar ciertas formas en el procedimiento, constituye la mas preciosa de las garantías que ponen la vida, la libertad, la honra y los bienes al abrigo de la arbitrariedad y de la tiranía.

320 MATA Y MARTÍN (2011, p. 126).

321 GARCÍA ALBERO (2008, pp. 84-ss); CAROLAN (2009, p. 40). Comentando el modelo norteamericano, BASTRESS (1998, pp. 239-240):

...la Constitución ha establecido un sistema federal de reparto del poder entre el Estado central y los Estados, bajo la cual estos últimos tienen un ámbito de competencias propio y mantienen, por lo menos en apariencia, el control de los poderes locales. Al distribuir el poder de esta forma, la Constitución reduce, por tanto, las posibilidades de tiranía y opresión.

322 MONTIEL FERNÁNDEZ (2017, pp. 5-6).

323 ARROYO ZAPATERO (1983, p. 14, nota al pie nº 15).

324 STCe 48/2001, FJ 4º: «...en un Estado democrático de Derecho, del que la separación de poderes y el sometimiento de los jueces al imperio de la Ley constituye uno de sus pilares básicos, la creación de ésta corresponde al poder legislativo, de forma que su función tiene una legitimación democrática, mientras que los Tribunales tienen como cometido el ejercicio de la función jurisdiccional (art. 117 CE), derivando su legitimación, en consecuencia, de la aplicación de la Ley creada por el Parlamento».

325 HUERTA TOCILDO (1993, p. 104).

la ley penal (taxatividad o determinación) tiende a un mantenimiento de la separación de poderes; es decir, que leyes que no cumplan con el mandato de taxatividad, dentro de las cuales los tipos indeterminados serían los casos más evidentes, vulneran dicha separación<sup>326</sup>. Y también tienen el mismo efecto perturbador de la separación de poderes la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem*<sup>327 - 328</sup>, el recurso al derecho consuetudinario<sup>329</sup> o la previsión por el legislador de una «pena notablemente excesiva» con relación al mal causado y las circunstancias personales del autor<sup>330</sup>. Posturas más catastrofistas, como la descrita por FERRAJOLI, apuntan a que el proceso de expansión del ámbito del Derecho Penal ha terminado por poner en crisis el mecanismo de separación de poderes derivada de la quiebra de la capacidad regulativa de la ley<sup>331</sup>. La quiebra de la separación de poderes se produce porque en los casos mencionados se pone al juez en la necesidad de crear Derecho, atribuyéndole funciones legislativas<sup>332</sup>.

Sin embargo, no todo es tan claro ni fácil como aparenta. No existe, en la realidad, una clara delimitación del ejercicio de poder estatal en estancos como pretende la imagen ilustrada de la separación de poderes<sup>333</sup> y la actividad jurisdiccional plantea casos que pueden ser considerados límites.

---

326 KAHLO (2000, p. 140); SÜSS (2000, p. 241); NAVARRO y MANRIQUE (2005, p. 808); FERRAJOLI (2006, p. 53); ROXIN (2015, p. 169); FERNÁNDEZ (2017, pp. 660-661); BAGES SANTACANA (2018, p. 21).

Y que la falta de taxatividad de la ley en la designación de la pena a imponer produce como consecuencia que, «...de un lado, la inexistencia de criterios de graduación de las sanciones en su correspondencia con las infracciones genera tanto la imprevisibilidad de las consecuencias, cuanto su eventual desproporción; de otro, se estaría alterando la ordenación y separación de poderes que nuestra Constitución proclama...» (STCe 120/2006, FJ 4º).

327 ARROYO ZAPATERO (1983, p. 17).

328 Al respecto, el TCe ha declarado que

El que estas técnicas jurídicas [interpretación extensiva y analogía *en malam partem*], que tan fértiles resultados producen en otros sectores del Ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes (STCe 142/1999, FJ 3º; criterio reiterado en SsTCe 123/2001, FJ 11º; 125/2001, FJ 3º; 126/2001, FJ 4º; 127/2001, FJ 4º; 38/2003, FJ 8º; 229/2007, FJ 4º; y 90/2012, FJ 4º).

329 ARROYO ZAPATERO (1983, p. 17).

330 BACIGALUPO ZAPATER (1995, p. 862). A juicio de este autor, en el caso de penas «notablemente excesivas», el tribunal debe agotar las posibilidades que el propio Ordenamiento jurídico le concede para ajustar el castigo al grado de culpabilidad por el hecho; y si ninguno mecanismo legal queda disponible, el tribunal debería promover una cuestión de inconstitucionalidad ante el TCe antes que activar el mecanismo previsto en el artículo 4.2 CPe.

331 FERRAJOLI (2009a, p. 153).

332 HASSEMER (1996, p. 146):

En el supuesto de que el Legislador, por el motivo que sea, no haya podido expresarse de modo tan preciso que el alcance semántico de los conceptos que utiliza sea claro, los otros dos poderes se ven llevados a ocupar la posición que por virtud del postulado de la división de poderes a él está reservada. En tales circunstancias, la división entre los poderes deja de funcionar, por cuanto sus legítimas facultades respectivas se entremezclan. Uno pisa el terreno del otro, y aun peor: ya no se sabe bien por dónde pasa la línea fronteriza.

333 RUIZ ROBLEDO (2003, p. 113).

MONTIEL FERNÁNDEZ aborda el fenómeno reconociendo que una exhaustiva delimitación del ejercicio de poder estatal no se corresponde con las modernas dinámicas institucionales. A su juicio, los poderes constituidos cuentan con funciones centrales y otras, que denomina marginales o periféricas<sup>334</sup>. El autor explica que el juez penal se encuentra dotado de una autorización excepcional de concurrir al proceso legislativo por medio de la integración analógica del Derecho Penal que tenga por objetivo la corrección de los errores legislativos que perjudican al imputado<sup>335</sup>.

Por otro lado, está el problema de la creación judicial de la norma particular que se emite cuando un tribunal resuelve dictando una sentencia. Sin perjuicio de las resistencias que genera la tesis de la creación de una norma particular, lo cierto es que esa explicación sirve para ilustrar los problemas conceptuales que la separación de poderes produce. Lo mismo también se aplica a la distinción entre funciones centrales y periféricas. Porque, en el fondo, lo que puede cuestionarse es la existencia de una separación o división de poderes en sí misma. No me refiero, necesariamente, a la crítica de BENTHAM respecto de este mecanismo o doctrina<sup>336</sup>, sino al cuestionamiento de su existencia como tal. En efecto, las dinámicas e interrelaciones que se producen entre los órganos y sus operadores son de tal complejidad que dificultan seguir sosteniendo que exista entre ellos una separación de poderes. Tales interrelaciones no solo son de naturaleza institucionalizada, es decir, formalmente previstas, sino también deben considerarse aquellas de naturaleza fáctica que no necesariamente pueden tildarse de ilícitas. Los estudios empíricos que efectúa el Gobierno en apoyo de una ley penal (si es que los hubiera, claro está), la opinión de los jueces e, incluso, la actividad de los grupos de presión, son ejemplos de interrelaciones no institucionalizadas que ceden ante el paradigma que espera la separación de poderes.

La independencia de las Colonias británicas de América propició un momento ideal para intentar hacer una realidad tangible la estructura política del Estado idealizada por la Ilustración. La Constitución de Virginia de 1776 consagró en forma expresa la separación de poderes (sección V) al disponer que «...los poderes legislativo y ejecutivo deben ser separados y distintos del poder judicial...». Pero tal idealización, propia de

---

334 MONTIEL FERNÁNDEZ (2017, pp. 13-ss).

335 Esta debería ser la solución que debería aplicarse al problema que generó la reforma por la L.O. 1/2015 al dejar sin aplicación la regla de punibilidad de los actos preparatorios prevista en el artículo 141 CPe al homicidio simple del artículo 138 CPe. De acuerdo con la primera de las disposiciones, son punibles los actos preparatorios de los delitos «delitos previstos en los tres artículos precedentes», esto es, de los artículos 139, 140 y 140 bis CPe. Como la L.O. 1/2015 agregó el artículo 140 bis, pero no modificó la remisión del artículo 141 a los «tres artículos anteriores», dejó fuera de ella al artículo 138 que sí estaba incluida en la sistemática original. Este sería un caso en el que la integración analógica no podría ayudar a solucionar el «error» legislativo. Sin embargo, y como lo vaticina ÁLVAREZ GARCÍA (2021, p. 133),

surgirán autores bienintencionados que alegrarán el error, la equivocación, la consideración de ¿cómo no van a ser punibles los actos preparatorios aunque el Legislador se haya confundido?, y optarán por concluir que los actos preparatorios del delito del artículo 138 CP continúan siendo punibles. Pero es lo cierto que a esa conclusión solo puede llegarse ignorando el principio de legalidad, y haciéndole decir al tipo del artículo 141 CP lo que no dice.

336 ISLER SOTO (2018, pp. 411-ss).

un período fundacional, pronto se encontró con problemas de aplicación imposibles de resolver derivados, entre otros, del carácter indeterminado de la doctrina<sup>337</sup>; y, como lo ha mostrado ACKERMAN, más que la separación de poderes, es la forma de gobierno (presidencialista o parlamentarista) la que actúa como una mejor garantía y protección de los ciudadanos contra la tiranía<sup>338</sup>. A lo anterior debe sumarse que el mecanismo de los balances no tiene vinculación conceptual alguna con la doctrina de la separación de poderes, a pesar de que conceptualmente ambas son comúnmente vinculadas<sup>339</sup>.

Desde otro punto de vista, también puede negarse que la judicatura sea un *poder* del Estado, con lo que el mecanismo de la separación de poderes puede ser también negado como idea y como razón explicativa, también por esta vía. En efecto, la negación de la judicatura de su condición de poder estatal diferente del legislativo y del ejecutivo se basa en una diferencia fundamental entre la actividad de los jueces y la del Parlamento o Congreso. Esa diferencia consiste en que la actividad parlamentaria es, por su propia definición, colectiva: una ley es aprobada o rechazada por el Parlamento, de modo que la actitud que cada parlamentario haya adoptado frente a esa ley es irrelevante para la formación de la decisión (obviamente será relevante de cara a los ciudadanos que votaron por ese parlamentario, pero no para el ejercicio de la función legislativa). La actividad jurisdiccional es esencialmente distinta, ya que carece de cualquier sentido colectivo. Cuando se condena o se absuelve a una persona, no es el «poder judicial» el que condena o absuelve, sino son los jueces que integran el tribunal penal que emitió la decisión de condena o absolución. Los abogados que ejercen la profesión están profundamente atentos a la forma en la que un determinado juez resuelve determinados tipos de casos, con el fin de estar en condiciones de anticipar cómo ese juez resolverá su caso. El sentido individual del ejercicio de la función jurisdiccional es evidente. Y este sentido individual impide conceptualmente tratar al conjunto de los jueces como un «poder» del Estado en sentido propio. Analizado así el problema, la estructura denominada «Poder Judicial» (por ejemplo, por el Título VI CE) no es más que el agrupamiento artificial de los jueces; esa estructura no justifica ni se condice con la forma en que este supuesto <poder> concurre a la decisión de los casos sometidos a su conocimiento; y ella queda reducida a una estructura de control, promoción y de representación de los intereses gremiales de los jueces<sup>340</sup>.

---

337 CAROLAN (2009, pp. 18-19).

338 ACKERMAN (2000, *pássim*).

339 Como explica MAGILL (2000, p. 1154), la doctrina de los balances (*balance of power, checks and balances*) y la de la separación de poderes son absolutamente distintas, tanto en sus orígenes históricos como en su forma actual. La doctrina de los balances es propia de del tipo de gobierno mixto que reacciona los peligros de tres formas de ordenación del poder estatal. La Monarquía (gobierno de uno) produce el riesgo de una tiranía; la aristocracia (gobierno de algunos, los *lords*) produce el riesgo de una oligarquía; mientras que la democracia (gobierno de los muchos, *commons*) genera el riesgo de la <extrema democracia>. La solución es el gobierno mixto que recoja al rey, a los *lords* y a los comunes, de modo que cada uno de los estamentos participe de la decisión legislativa, sin que ninguno de esos estamentos tenga un valor superior al otro, no pudiendo imponer su voluntad (pp. 1161-ss).

340 ATRIA (2004, pp. 133-ss).

Así las cosas, es razonable asignarle a la doctrina de la separación de poderes un valor exclusivamente histórico, en términos de su capacidad justificadora de la legalidad penal. Histórico, porque ambas surgen coetáneamente, pero ese elemento no puede seguir siendo esgrimido, básicamente, porque la pretendida separación no existe en la realidad política actual.

Sin embargo, quedan aún por resolver cuestiones relacionadas con el ejercicio de la función jurisdiccional. ¿Que no se pueda recurrir a la separación de poderes significa que debe declararse lícita la creación normativa por parte de los jueces? La respuesta a este interrogante es negativa y pasa por aceptar que la conceptualización de ARROYO ZAPATERO<sup>341</sup> es verdadera, aunque el autor la haya esgrimido en forma crítica. En efecto, la cuestión se resuelve reconociendo en la legalidad penal un criterio antes que todo de naturaleza formal. Es decir, que, en atención a su naturaleza de criterio de atribución competencial, la legalidad penal reserva para el legislador el ejercicio de la potestad punitiva; y el que juez, en este juego de competencias, las tiene limitadas a la aplicación de las decisiones del legislador.

---

341 Ver *Supra*, nota al pie n° 323.

## Capítulo II.

# El desarrollo de la legalidad penal. ¿Su crisis?

### 8. Introducción al Capítulo II

El Capítulo II es una continuación del anterior, en el sentido que, partiendo del origen ilustrado de la legalidad penal, analizado en el Capítulo I, el presente se enfoca al desarrollo que ella ha tenido. Su objetivo es determinar si es posible o no concluir, como lo hace una parte importante de la dogmática penal, en la existencia de una crisis de la legalidad penal, fenómeno para el que se ha propuesto como su solución una *neo-Ilustración*<sup>342</sup>, es decir, una reedición del modelo ilustrado.

Este Capítulo II se construye sobre la base de dos presupuestos. El primero, que lo que actualmente se comprende como legalidad penal no es exactamente coincidente con la versión ilustrada de ella. El segundo, que esa falta de correspondencia se debe a que la legalidad penal desde su surgimiento en la Ilustración ha ido siendo conceptualmente modificada por la evolución política y económica registrada desde los siglos XVII y XVIII, momento de su nacimiento como institución jurídico-política. Los fenómenos que han influido sobre la comprensión de la legalidad penal fueron, en primer lugar, la conformación del Estado legalista, cuya vigencia se prolongó hasta el mediados del siglo xx, después del término de la II Guerra Mundial; en segundo, el surgimiento del Estado de Bienestar y su posterior declive a raíz de la globalización de la ideología neoliberal. Finalmente, la legalidad penal también ha sido influida por otra revolución: la de los derechos humanos (aunque el análisis de esta última se reserva para el Capítulo V).

Se sostiene que el Estado legalista provocó el cambio de mayor calado en la legalidad penal. En virtud de este modelo de organización política y jurídica del Estado, la legalidad penal fue despojada casi en su totalidad de los elementos materiales con los que fue dotada por la Ilustración para que actuara como contención frente al poder punitivo estatal. El Estado legalista la transformó en un instituto de carácter formal y, por ende, incapaz de reaccionar frente a crecimientos desmedidos en el ejercicio de la potestad

---

<sup>342</sup> Como puede leerse en los diversos trabajos incluidos en la obra colectiva dirigida por COCCO *Per un manifesto del neoiluminismo penale* (AA.VV., 2016).

punitiva.

Se sostiene en este Capítulo que, en particular, ese cambio en la conceptualización de la legalidad penal no ha sido procesado como tal por toda la dogmática penal. Una buena parte de ella sigue reclamándole una actuación de contención frente al desborde del ejercicio de la potestad punitiva. La incapacidad de la legalidad penal para desarrollar esa función ha sido racionalizada como una *crisis* de la legalidad penal.

Para esos efectos, y a modo de un breve marco teórico introductorio, el §9 considera al menos dos modelos de legitimación del Derecho Penal (el garantista de un Derecho Penal mínimo y uno securitizador) que determinan la evaluación que se puede hacer del sistema penal.

Desde una perspectiva descriptiva, el §10 da cuenta de tres posibles enfoques para abordar la temática de una supuesta crisis de la legalidad penal y del Derecho Penal en su conjunto. Estas tres perspectivas son la juridicidad como concepto transversal al Ordenamiento jurídico, la función garantista de la legalidad penal en sentido estricto y la eventual capacidad limitadora de la legalidad penal sobre el poder punitivo del Estado. Al análisis de cada una de ellas se destinan los §§ 11, 12 y 13.

El Capítulo II concluye con el §14 en el que se explora la posibilidad de prescindir de la legalidad penal. Junto con descartarse esa solución, propongo como solución la incorporación de la proporcionalidad a la construcción y aplicación del Derecho Penal. En este sentido, se propone evolucionar desde un *nullum crimen nulla poena sine lege parlamentaria* a un axioma distinto: no hay prohibición penal ni pena, sin norma jurídica permitida y proporcional (*nulla criminalibus prohibitio et poena, sine norma licet et proportionalis lex*).

## 9. Modelo de legitimación y crisis

Una cantidad creciente de autores da cuenta de una crisis<sup>343</sup> de la legalidad penal<sup>344</sup>. Antes de intentar describir lo que se ha denominado crisis de la legalidad penal, es preciso efectuar una aclaración conceptual, a mi juicio, relevante. Esta consiste en que la evaluación que se haga sobre la existencia de una crisis y su nivel dependerá del modelo de legitimación del Derecho Penal en el que la crítica se formule<sup>345</sup>. Así, por ejemplo, la

---

343 Un análisis gramatical de la expresión <crisis> en el contexto de la crisis de la pena, en ROJAS VÍA (1998, pp. 583-584).

344 A modo de ejemplo, los trabajos reunidos en la obra colectiva editada por MONTIEL FERNÁNDEZ (2012); GARCÍA ALBERO, enfocado en la crisis del principio de taxatividad (2008, *pássim*); PALAZZO (1999, p. 37); la denunciada «crisis de la prohibición de la analogía» (BACIGALUPO ZAPATER, 1999, p. 87); GANDULFO (2009, *pássim*).

345 Un modelo es una construcción teórica y abstracta, sin relación necesaria con un concreto sistema legal, que corresponde a una representación de la realidad por medio de estructuras simplificadas de ésta, con el objetivo de conocerla, analizarla y proponer modificaciones. Un modelo, entonces, es conjunto de estructuras y conceptos que se usan para definir unos determinados criterios de ordenación y caracterización, que tienen valor sólo como representaciones simplificadas de la realidad. Si se aplican tales modelos a sistemas normativos, lo que se espera es que el analista o intérprete pueda determinar cuánto tiene ese concreto sistema normativo de un modelo u otro; pero ningún concreto sistema se identifica absolutamente con un modelo determinado. Con

evaluación será diferente según se haga desde una perspectiva garantista de un Derecho Penal mínimo o desde un modelo de securitización<sup>346</sup> o de cualquiera otro de los que se han propuesto<sup>347</sup>. Entre otras razones, esta diferencia se producirá según si cada modelo contiene o no, internamente, una definición sobre los límites (cuantitativos y cualitativos) del Derecho Penal, es decir, si lo conciben o no como una «estructura de intervención penal autolimitada»<sup>348</sup>.

De esta forma, un modelo garantista de Derecho Penal mínimo contiene en sí mismo una aspiración sobre una extensión limitada del Derecho Penal, de modo que un

---

referencia a la distinción entre proceso acusatorio e inquisitivo, las ideas corresponden a DUCE y RIEGO (2007, pp. 16-17) y a LANGER (2015, p. 17). En este último: «así como los edificios pueden acercarse en mayor o menor medida a un determinado estilo arquitectónico, los procesos penales pueden acercarse en mayor o menor medida a un determinado tipo ideal descriptivo sobre el proceso penal».

346 El modelo de la seguridad ciudadana, y la política criminal desarrollada en torno a él, ha sido descrita y analizada en la dogmática española por DÍEZ RIPOLLÉS (2003b, 2003a, 2004, 2005, 2007, pp. 61-ss; 2020, pp. 73-ss). Un conjunto complejo de causas políticas, económicas y sociales han dado lugar a un específico modelo de legitimación de la intervención penal que se encuentra actualmente en desarrollo y estudio. Se trata del modelo de la securitización o de la seguridad ciudadana. En parte, el surgimiento de este modelo de legitimación se debe a la crisis del modelo garantista de Derecho Penal. En un modelo de legitimación como el de la securitización, la legalidad penal es sometida a una permanente tensión, por cuanto su función de garantía de la libertad entra en colisión con las exigencias de efectividad que pretende el modelo. En este, se justifica que «el sistema penal modifique sustancialmente las tradicionales formas como pretende intervenir para la consecución de sus fines, con miras a que brinde efectos tributarios de la idea de seguridad» (MALDONADO FUENTES, 2014, p. 94). Es decir, que el sacrificio o la relajación de los límites del sistema penal es una de las estrategias a las que se puede recurrir para una obtener una mejora en sus niveles de efectividad. Supuesto que la capacidad investigativa del Estado es una variable independiente (no puede tenerse más policías ni fiscales ni jueces); y que la forma de aplicación de la ley por los agentes del sistema de persecución penal también tiene una naturaleza independiente (no puede aumentarse en los jueces su tendencia a dictar sentencias condenatorias ni la capacitación de los policías puede mágicamente mejorarse de un día para otro), lo que queda como variable dependiente (a la que se puede recurrir más fácilmente) es la forma en la que se construyen los tipos penales, las categorías normativas de imputación y las reglas procesales. Esto significa que los presupuestos normativos para la determinación de la responsabilidad penal son variables dependientes, siempre a merced del legislador. De esta forma, un modelo securitizador requiere exhibir tasas crecientes de sentencias condenatorias y condenas más altas, permanentemente. La relajación del instrumental normativo es la forma (o una de ellas) de mejorar esas estadísticas. Una urgencia por la efectividad traerá como consecuencia muy probable un cambio en las leyes. Esos cambios serán, por ejemplo, la introducción de tipos penales más versátiles, es decir, más abiertos, que permitan que más casos calcen dentro de sus descripciones. Pero también, la naturaleza de la reacción penal. Es más fácil acreditar procesalmente un simple riesgo que un daño efectivo; la prueba del riesgo libera al acusador de la farragosa misión de probar la relación de causalidad, y esta es reemplazada por un examen *ex ante* de la potencial relación de adecuación entre la conducta y un eventual daño futuro. La anticipación de la reacción penal también se muestra como una técnica que permite aumentar la efectividad del sistema de persecución penal: es más fácil probar que el sujeto activo traficó droga por el solo hecho de portarla o transportarla, que tener que esperar que el sujeto la ponga en circulación por medio, por ejemplo, de su venta. Una de las variables dependientes a las que se puede recurrir para aumentar la efectividad del sistema penal es la ley penal. En este punto se muestra con especial fuerza una relación de conflicto entre la efectividad y el carácter de garantía de libertad que tiene la legalidad penal. El aumento de la eficacia se logra, en buena medida, con un coste: reduciendo el campo de aseguramiento de la libertad por medio de la expansión e intensificación de las restricciones a la libertad (En este sentido, BUSTOS RAMÍREZ (2006, *pássim*)).

347 Una completa exposición sobre distintos modelos, en DÍEZ RIPOLLÉS (2007, pp. 61-ss).

348 DÍEZ RIPOLLÉS (2004, p. 2).

crecimiento de este puede ser percibido como una crisis de la legalidad penal. En este modelo cobra sentido la advertencia de que «debemos ser cuidadosos de no [...] suponer que cualquier acto que mejore nuestra seguridad, sin importar cuan marginalmente lo haga, está, por esa razón, justificado»<sup>349</sup>. Un modelo de securitización, en cambio, no comparte esa aspiración reduccionista, porque en este el <tamaño> del Derecho Penal no está conceptualmente definido; su extensión se determinará según cuanto sea necesario para conseguir los objetivos propuestos para el sistema criminal. En esta última lógica de fundamentación, será más difícil (sino imposible) apreciar una crisis de la legalidad penal en el sentido en el que podría apreciarse en otros modelos de legitimación. Y podría, incluso, producirse una paradoja: en un modelo de securitización, un retroceso del recurso al sistema penal podría considerarse un síntoma de crisis de la legalidad. Así, en modelos garantistas de Derecho Penal mínimo, la crisis de la legalidad penal será por *exceso* de prohibición penal y pena; mientras que, en un modelo securitizador, la crisis se producirá por *defecto* de ellas.

## 10. Tres enfoques de la «crisis» de la legalidad penal

Dentro de los autores que han analizado la «crisis» de la legalidad penal en un sentido valorativo y crítico<sup>350</sup>, la comprensión del fenómeno no es unívoca y pueden identificarse, al menos, a tres enfoques diferenciados<sup>351</sup>. La utilización indistinta de tales enfoques produce confusión en el discurso jurídico y político que en nada ayuda a su esclarecimiento.

El primer enfoque se refiere a la pérdida por la ley de su carácter monopólico como instrumento de regulación por el surgimiento o revalorización de otras fuentes formales del Derecho y cómo estas concurren a la regulación penal. El objeto de este enfoque es la juridicidad<sup>352</sup> y, como se tal se relaciona indirectamente al axioma *nullum crimen nulla poena sine lege*.

El segundo enfoque, esta vez estrechamente vinculado con la legalidad penal, se refiere al fenómeno de la pérdida por la ley penal de su carácter garantista de la libertad.

Finalmente, el tercer enfoque remite a la incapacidad de la ley penal para hacer frente a procesos expansionistas o inflacionarios que estaría experimentando el Derecho Penal.

Esta matriz plural de comprensión de la crisis de la legalidad es útil como criterio de ordenación sobre la evaluación que se efectúe sobre la legalidad penal en tanto axioma *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Aunque tales procesos son conceptualmente diferenciables, ellos se encuentran relacionados, tanto porque algunos son consecuencias de otros, o porque existen causas

---

349 DWORKIN (2006, p. 50).

350 No debe confundirse la crisis de la legalidad penal con un problema diferente que es el de la crisis del Derecho Penal. Sobre esta última, entre otros, SILVA SÁNCHEZ (1992, pp. 13-ss).

351 PALAZZO (2010, p. 146) y de SARRABAYROUSE (2012, p. 32;42) distinguen dos tipos de crisis: en sentido orgánico y en sentido garantista.

352 Sobre el concepto de juridicidad, ver *Supra* §2.3.1.

comunes que los pueden explicar. La distinción conceptual entre ellos será útil para determinar si todos o algunos de esos enfoques pueden ser o no considerados como una «crisis».

De acuerdo con el Diccionario, la voz <crisis> tiene distintas connotaciones. Entre ellas, una de carácter meramente descriptivo, cuando el término es definido como un «Cambio profundo y de consecuencias importantes en un proceso o una situación, o en la manera en que estos son apreciados» (primera acepción del Diccionario RAE). Y otras definiciones ya no descriptivas, sino valorativas de connotación negativa, cuando el vocablo <crisis> es definido como «Situación mala o difícil» (tercera acepción del Diccionario RAE). Junto con la descripción de los tres enfoques, el objeto de los párrafos siguientes es determinar a cuál de los sentidos (descriptivo o valorativo) corresponden cada uno de los enfoques.

En efecto, según intentaré demostrar, la única posibilidad de considerar como una <crisis> en sentido negativo a la pérdida por la ley de su posición institucional hegemónica consiste en que el fenómeno sea analizado desde la perspectiva de la propia ley. Pero como ello no es trascendente, la evaluación del fenómeno desde un punto de vista externo, como el de la necesidad de regulación, la pérdida de su posición hegemónica solo admite su caracterización como crisis desde una perspectiva descriptiva: obedece a la actualización de la ordenación interna del entramado jurídico derivada de necesidades regulativas.

El segundo enfoque descrito, esto es, la pérdida de la función garantista de la legalidad penal sí puede ser caracterizado como una crisis en sentido negativo. Sin embargo, la crisis de la función garantista de la legalidad penal lleva más de un siglo de desarrollo, desde la conformación del Estado legalista, de modo que el problema aquí no es su reciente verificación, sino la incapacidad, o la decisión deliberada, de no contar con mecanismos de protección adecuados en reemplazo de la legalidad penal.

Finalmente, la pérdida de su función de limitación –el tercero de los fenómenos descritos precedentemente– no tiene relación estricta con la legalidad penal porque esta carece de una función limitadora de la potestad punitiva. De esta forma, hablar de una crisis de la legalidad penal por su incapacidad de limitar la potestad punitiva es, conceptualmente, una impropiedad.

## 11. Primer enfoque: la juridicidad

En el primer sentido, la expresión «crisis de la legalidad» se vincula con la crisis del imperio de la ley<sup>353</sup>, es decir, con la pérdida de la posición hegemónica que la ley tuvo en el Estado legalista del siglo XIX y primera mitad del siglo XX. Esta pérdida se concreta en

---

353 La crisis del imperio de la ley se refiere al proceso al abandono del concepto liberal-ilustrado de la ley que «parece estar puesto en cuestión por una serie de dinámicas tanto teóricas como prácticas que aparentemente tienden a socavar esta idea: la de que la ley es la expresión de la voluntad general y por ello, y sólo por ello, la expresión normativa suprema» (HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR (1996, p. 288). En el mismo sentido, DONINI (2004a, pp. 167-169); FERRAJOLI (1999, *pássim*, 2006, pp. 55-ss, 2008, p. 22, 2016, pp. 414, 725, 944); GARCÍA INDA (2001, pp. 236-ss); ATIENZA (2013, pp. 28-ss).

que otras fuentes formales del Derecho han pasado a ocupar una parte importante de la anterior posición institucional que se le asignó a la ley. Estas fuentes usurpadoras vienen a desempeñar una función reguladora más prominente que la ley<sup>354</sup>, como lo es la propia Constitución como fuente formal directamente aplicable en la resolución de conflictos jurídicos<sup>355</sup> o las normas producidas en virtud de la potestad normativa otorgada a la Administración. El fenómeno consiste en una nueva conceptualización de la ordenación interna del Ordenamiento jurídico que supone la superación del paradigma liberal-ilustrado de estructura del sistema jurídico construido en torno a la ley. En atención a ello, no se trata de una crisis de la legalidad penal en sentido estricto que tenga efectos solo dentro del Derecho Penal, sino más bien de una alteración de la posición institucional de la ley. Por ello, se trata de una crisis de la juridicidad.

Desde una perspectiva descriptiva, la crisis de la juridicidad se manifiesta en «(1) la diversificación de la ley y la competencia entre los diversos tipos de leyes; (2) la aparición de normas no legales de carácter paralegal en los procesos de integración regional de los estados; (3) la expansión de la fuerza normativa de las constituciones; y (4) la expansión de la fuerza normativa de los principios»<sup>356</sup>. Al decir de PRIETO SANCHÍS, «...la ley ha dejado de ser la única, suprema y racional fuente del Derecho que pretendió ser en otra época, y tal vez éste sea el síntoma más visible de la crisis de la teoría de Derecho positivista, forjada en torno a los dogmas de la estabilidad y de la legalidad del Derecho»<sup>357</sup>.

Desde puntos de vista valorativos, la crisis de la juridicidad se puede evaluar como una nueva asignación concentradora o desconcentradora, según se analice, de las cuotas de poder dentro del Estado<sup>358</sup>; de una externalización o privatización de una parte de él, y de nuevas formas de ejercerlo. Asimismo, también caracteriza a la crisis de la juridicidad, la pérdida del carácter soberano del poder del Estado nacional, ante procesos como la globalización económica, la supranacionalización de los derechos humanos y el proceso de integración política europea; en todos ellos, «la ley está actualmente más condicionada, en su contenido, a decisiones adoptadas extramuros del Parlamento que la aprueba»<sup>359</sup>.

El cambio de la posición institucional de la ley por la pérdida de su carácter hegemónico como instrumento de regulación es un fenómeno que puede tener variadas causas.

La primera, que el legislador y la sociedad que visualizaron los ilustrados – quienes encumbraron a la ley al sitial de honor que perdió en este proceso– o nunca existieron o dejaron de existir, por lo que se hizo necesaria una nueva forma de organizar el ejercicio del poder. Como escribe COMANDUCCI, «el estatismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo, tres de las características destacadas del iuspositivismo teórico de

---

354 En sentido similar, GÓMEZ PAVÓN y BUSTOS RUBIO (2014, p. 175); GRANDI (2010, pp. 195-ss).

355 En este sentido, VIVES ANTÓN (2011, pp. 665-667).

356 HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR (1996, p. 291).

357 PRIETO SANCHÍS (2009, p. 131).

358 FERRAJOLI (2005, p. 38).

359 DONINI (2004a, *pássim*).

matriz decimonónica, hoy no parecen sostenibles»<sup>360</sup>. La idea de un legislador racional orientado al bien común puede ser uno de los castillos en el aire que, con vehemencia, critica HULSROJ<sup>361</sup>. BACHOF asegura que el legislador racional sí existió y que, hasta la experiencia traumática de las guerras del siglo XX, la ley fue expresión de la voluntad popular; pero después de ese período dejó de existir.

El cambio del entramado social se caracteriza por una complejización de la sociedad y de la organización de las relaciones tanto al interior de ella misma<sup>362</sup>, como con otras comunidades. Ya no es suficiente constatar que las comunidades cambiaron internamente, sino también es necesario que estas se relacionen con otras comunidades, ya sea a través de procedimientos formalizados de integración, o por medio de fenómenos económicos y políticos como la globalización. «En vez de la representación de todo el pueblo por personas independientes, ha penetrado [en el Parlamento] el mandato vinculado a los partidos [políticos]»<sup>363</sup>; a lo que deben agregarse, intereses no formalmente representados en el hemiciclo, pero con capacidad suficiente (poder fáctico) para influir directamente en sus decisiones. Y, al prolongar la evolución, salta la advertencia de PALAZZO en el sentido que la pérdida de la racionalidad por el legislador para «convertirse en un intérprete racional y reflexivo de las demandas sociales que surgen de la comunidad, siempre emocionalmente intensas y en ocasiones fragmentadas e irracionales, se concreta el riesgo de caer en el populismo mediático»<sup>364</sup>.

La segunda contribución al fenómeno de la crisis jurídica se relaciona con la democracia, ya sea que su calidad se ha deteriorado o que esta siempre ha sido solo un espejismo; y con la crítica al criterio de la representación como fundamento de la legitimidad tanto de la ley como de su posición central en el entramado jurídico.

La consideración de un proceso de deterioro de la calidad de la democracia constitucional tiene una influencia decisiva tanto en el contenido de la juridicidad, como en su propia legitimación. Tal deterioro es descrito por FERRAJOLI como un proceso caracterizado por el surgimiento del populismo, los conflictos de intereses en la cúspide del Estado, la pérdida del rol de los partidos políticos como articuladores de los consensos, la despolitización de la opinión pública, el declive permanente de la participación política y la manipulación de la información<sup>365</sup>. En este escenario, es evidente la pérdida de las garantías de que el resultado del proceso legislativo, esto es, el contenido de la ley,

---

360 COMANDUCCI (2009, p. 83).

361 HULSROJ (2013, p. 6):

Una actividad favorita de los filósofos, comenzando con Hobbes, Rousseau y Locke, pero también de encarnaciones actuales como John Rawls, ha sido construir castillos en el aire basados en la teoría del contrato social. Se ve a la sociedad fundada en un acuerdo original, un contrato, y de esto los grandes pensadores derivan cualquier conclusión que calce con sus gustos personales. El campo está abierto para todo, desde la misantropía de Hobbes hasta el pop-socialismo de Rawls de la década de los 60 del siglo XX.

362 DÍAZ PITA y FARALDO-CABANA (2002, p. 120).

363 BACHOF (1985, p. 52).

364 PALAZZO (2017, p. 27).

365 FERRAJOLI (2013, *pássim*).

sea un reflejo de la *volonté général*.

En un apartado anterior<sup>366</sup> analicé la representación y el consenso como criterios de legitimación de la posición institucional privilegiada de la ley en el Estado legalista, así como también de su contenido y de la confianza depositada en el legislador. Al respecto, una serie de análisis críticos se han efectuado sobre ese discurso justificador.

Una primera cuestión necesaria de destacar es que la representación como criterio de validez es un ideal cuyo rendimiento está en directa relación con el nivel de homogeneidad en la sociedad. La democracia protege jurídicamente el pluralismo axiológico<sup>367</sup> que significa la obligación de admitir cosmovisiones no solo diferentes, sino incluso discordantes y hasta excluyentes unas de otras, cuestión que es particularmente crítica «en un mundo de desacuerdo moral»<sup>368</sup> o en una sociedad «con importantes problemas de vertebración interna»<sup>369</sup>. Esto produce que, empíricamente, en la actualidad pueda plantearse dudas sobre que la ley siga siendo siempre una expresión de la voluntad popular, una «concepción [que] dista de dar cuenta adecuadamente de la realidad del ordenamiento jurídico»<sup>370</sup>.

Una versión conceptualmente más extrema de la crítica anterior es la que proponen HARDT y NEGRI y que puede ser dividida en dos niveles de argumentos. El primero, de naturaleza conceptual, considera que la voluntad general es una construcción distinta de la voluntad individual y de la de todos. La voluntad general no es la simple sumatoria de las voluntades individuales, sino una «unificada e indivisible»<sup>371</sup> que se escinde de los individuos. Luego, la soberanía requiere de esa voluntad general; la pluralidad de todos la convierte en enemiga de la soberanía<sup>372</sup>. El desarrollo de esta crítica es formulado por los autores sobre la base de la posición también crítica de Rousseau sobre la representación y, por tanto, con relación al siglo XVIII. A pesar de este enfoque histórico, la tesis de los autores sigue siendo actual, cuando plantean que, al adquirir autonomía de la voluntad de todos, y al adoptarse como una estrategia burguesa, la representación se transforma en una «forma de poder de mando, una nueva forma de trascendencia, y construye lo público como una autoridad cargada con la responsabilidad de defender lo

---

366 Ver *Supra* §5.2.2.

367 La condición de pluralidad del sistema democrático es especialmente crítica en el análisis de la legalidad penal, porque, por un lado, impide la utilización del Derecho Penal para la concreción de una única ideología (AGUADO CORREA, 1999, p. 191); pero, por otro, puede incidir negativamente en el mandato de taxatividad de la ley (SÜSS, 2000, p. 233).

Como lo describe ZAGREBELSKY (2011, p. 145), la configuración actual del Estado democrático influye decisivamente en la labor de definición y aplicación del Derecho. Tal característica estuvo ausente en el Estado liberal, en el que «la interpretación [del Derecho] podía reducirse a la búsqueda del significado de las normas queridas por el legislador. Ello derivaba no de una mejor y más clara doctrina de la interpretación, sino simplemente de un contexto político y cultural homogéneo y de situaciones sociales mucho más estables que las actuales».

368 FLETCHER (1998, p. 207). En el mismo sentido, VIVES ANTÓN (2011, pp. 664-665).

369 SILVA SÁNCHEZ (2011, p. 30).

370 HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR (1996, p. 291).

371 HARDT y NEGRI (2017, p. 27).

372 HARDT y NEGRI (2017, p. 27).

privado»<sup>373</sup>. El segundo elemento de la crítica a la representación tiene un sentido más fenomenológico y se relaciona con las formas concretas que adquiere la representación a la luz del ejercicio de la política partidista. Indican los autores que «las expectativas democráticas de representación son falsas: los representantes políticos y sus partidos electorales tienden a limitar la toma de decisiones a un pequeño grupo, una élite, una especie de oligarquía. Esta no es solo una crítica del modo en que el sistema de partidos políticos se ha visto corrompido [...] sino un análisis del destino de la representación política moderna en sí misma»<sup>374</sup>.

Esta crítica a la representatividad como una expropiación de la voluntad individual y su reemplazo por una forma institucionalizada de consenso, pero desvinculada de los ciudadanos, tiene su correlato fenomenológico. Así, según la descripción de LARRAURI PIJOAN, los estados sociales (*welfare states*) y las democracias consensuales tienen menores tasas de encarcelamiento que las economías neoliberales, por un lado, y las democracias mayoritarias, por el otro:

...en los sistemas democráticos consensuales que tienden a ser inclusivos las críticas son menores, la estabilidad de las políticas es mayor y ello produce una mayor confianza del público. Por el contrario, en los sistemas mayoritarios debido a que la forma de gobernar pasa por «echar» al otro partido, existen muchos incentivos para convertir el delito en un arma electoral capaz de derribar gobiernos, y es difícil de imaginar que esta crítica constante no produzca efectos en la confianza del público<sup>375</sup>.

Como lo han puesto de manifiesto PRATT y MIAO, una intensificación de la respuesta penal parecer ser directamente proporcional a la pérdida de cohesión social, «no simplemente como una respuesta a la delincuencia y el desorden, sino como una forma de proporcionar consenso y solidaridad y la restauración de autoridad que parece faltar en otras partes del tejido social»<sup>376</sup>.

En un sentido similar a la crítica anterior, VERGARA construye una hipótesis explicativa en torno a lo que ella denomina «corrupción sistémica», entendida como la oligarquización de la democracia. Ella describe al actual modelo basado en una distinción entre el pueblo como plebeyo y una élite gobernante que, en consecuencia, tiende hacia una

decadencia gradual de la «representatividad» y la oligarquización creciente del gobierno y la sociedad dentro de un respeto general por el estado de derecho [...] conectada con una creciente desigualdad socioeconómica, que permite la desigualdad de influencia política y la deriva hacia una democracia oligárquica, un régimen en el que los ciudadanos empoderan, a través de sus votos, a quienes posibilitan el despojo y la opresión de esos

---

373 HARDT y NEGRI (2017, p. 28).

374 HARDT y NEGRI (2017, p. 31)

375 LARRAURI PIJOAN (2009, p. 125).

376 PRATT y MAIO (2019, pp. 58-59).

mismos ciudadanos<sup>377</sup>.

La autora recuerda que esta distinción entre plebeyos y gobernantes se encuentra en el origen histórico de la construcción del orden liberal y cita como demostración las ideas de los *Founding Fathers* norteamericanos, quienes, al discutir la Constitución, aspiraron no a construir una democracia, sino una república representativa<sup>378</sup> «que tenía como objetivo principal la protección de la propiedad privada, en lugar de la protección y bienestar de los individuos»<sup>379</sup>, sin haberse considerado una base igualitaria de distribución del poder entre los ciudadanos. Esta democracia oligárquica, y por ende, sistémicamente corrupta a juicio de la autora, describe un conjunto de relaciones en torno al poder muy distinto al concepto clásico de democracia en el que el autogobierno de todos es el resultado de leyes construidas en condiciones de igual acceso al poder. Tal comprensión de la libertad, sobre la que se fundamenta el ideal ilustrado que justifica asignar la potestad punitiva al parlamento, no sería, en consecuencia, más que un espejismo. Así, cobra sentido la advertencia de ALBRECHT de que «[e]n el plano político la intervención de la justicia penal actúa a modo de mecanismo políticamente deseado de encubrimiento y ocultación de las contradicciones del sistema»<sup>380</sup>. La corrupción sistémica «es el vehículo para la opresión, y se origina no solo en las personas, sino también en las normas jurídicas; en consecuencia, el estado de derecho no debe comprenderse necesariamente como una fuente de libertad»<sup>381</sup>. Si las normas jurídicas se producen bajo tal concepción del ejercicio del poder, la desconfianza sobre su vocación democrática se hace evidente.

Asimismo, y siguiendo el análisis de FOUCAULT, la reforma ilustrada al Derecho Penal fue más un proyecto político de carácter estratégico para el aseguramiento del orden burgués que estaba afianzándose en el poder, que un proyecto humanizador, de <personas buenas> preocupadas por el bienestar de todos. FOUCAULT entiende al sistema penal como un «aparato de constricción»<sup>382</sup>, cuando sostiene que

[e]l verdadero objetivo de la reforma [...] es menos fundar un derecho de castigar a partir de principios más equitativos que establecer una nueva «economía» del poder de castigar, asegurar una mejor distribución de este poder, hacer que no esté ni demasiado concentrado en algunos privilegiados, ni demasiado dividido entre instancias que se oponen: que esté repartido en circuitos homogéneos susceptibles de ejercerse en todas partes, de manera continua, y hasta el grado más fino del cuerpo social. La reforma del derecho criminal debe ser leída como una estrategia para el reacondicionamiento del poder de castigar, siguiendo modalidades que lo vuelvan más regular, más eficaz, más constante y mejor detallado en sus

---

377 VERGARA (2020b, p. 39).

378 VERGARA (2020b, pp. 75-ss).

379 VERGARA (2020a, p. 11).

380 ALBRECHT (2000, p. 477)

381 VERGARA (2020b, p. 40)

382 GARLAND (1999, p. 203).

efectos<sup>383</sup>.

Aunque no es la única<sup>384</sup>, esta forma de comprender el origen de la legalidad penal como instrumento estratégico es interesante por varias razones.

La primera, porque destaca su enfoque economicista. Tal como lo ha desarrollado HALLSWORTH, la modernidad que siguió a la revolución ilustrada construyó al Estado en torno al ideal de una economía restringida, es decir, un conjunto de parámetros normativos ideados para limitar el grado de distribución de dolor y redimir a los delincuentes como sujetos productivos útiles<sup>385</sup>. Como lo explica GARLAND, la «penalidad se adaptaba a las nascentes estructuras de la modernidad»<sup>386</sup> a comienzos del siglo XIX, «implantando códigos, calificando delitos y el grado de las penas, reorganizando procedimientos y jurisdicciones»<sup>387</sup>. O en la visión de RUSCHE y KIRCHHEIMER, desde la economía política del castigo, para quienes «[l]a independencia del poder judicial y la racionalización del derecho penal constituyeron excelentes armas en la lucha contra los residuos del feudalismo y la burocracia absolutista»<sup>388</sup>, además de una estrategia para consolidar el sistema de relaciones de poder y la protección del poder económico adquirido a que habían dado lugar la revolución burguesa.

Aunque el sistema penal de la modernidad no llegó a constituir un ejemplo de humanidad porque, al igual que el Antiguo Régimen, siguió asignándole a la violencia un rol estructural<sup>389</sup>, provocó algunas externalidades positivas: constriñó el uso de la violencia estatal al servicio del discurso político, social y económico hegemónico e incorporó la lógica del gasto productivo en la construcción de los sistemas penales<sup>390</sup>. Independien-

---

383 FOUCAULT (1976, pp. 93-94).

384 Sobre formas alternativas, ver, por ejemplo, IPPOLITO (2011, *pássim*) quien compara el pensamiento de M. FOUCAULT con el de M. A. CATTANEO.

385 HALLSWORTH (2000, pp. 150-ss).

386 GARLAND (GARLAND, 1999).

387 GARLAND (GARLAND, 1999).

388 RUSCHE y KIRCHHEIMER (1984, p. 169)

389 De hecho, por ejemplo, en la tesis sostenida por BAUMAN (2002), descarta la idea de que el Holocausto Nazi haya sido una desviación atribuible a la fragilidad de la naturaleza humana o imputable a la locura, ya que sostiene que considerar a la modernidad como un momento de la historia de la Humanidad moralmente elevado es simplemente un mito (pp. 12-13). Por el contrario, el Holocausto es un producto de la propia modernidad:

La lección más demoledora que se deriva del análisis del «camino tortuoso hacia Auschwitz» es que, en última instancia, la elección del exterminio físico como el medio adecuado para la tarea de *Entfernung* fue producto de procedimientos burocráticos rutinarios: cálculos de medio a fin, balance presupuestario, aplicación de reglas universales.

En ningún momento de su larga y tortuosa ejecución, el Holocausto entró en conflicto con los principios de racionalidad. La «Solución Final» no chocó en ningún momento con la búsqueda racional de una implementación de objetivos óptima y eficiente. Por el contrario, surgió de una preocupación genuinamente racional y fue generado por una burocracia fiel a su forma y propósito. Conocemos muchas masacres, pogromos, asesinatos en masa, de hecho, casos no muy alejados del genocidio, que se han perpetrado sin la burocracia moderna, las habilidades y tecnologías que domina, los principios científicos de su gestión interna. El Holocausto, sin embargo, era claramente impensable sin esa burocracia (p. 17).

390 HALLSWORTH (2000, p. 152).

te de las críticas que se puedan formular a calificar como positiva la adopción de la lógica coste-utilidad, lo importante es destacar que la legalidad penal surge en un contexto de minimización de la violencia estatal como una respuesta al Antiguo Régimen. En consecuencia, un aumento del recurso al Derecho Penal, que podría estar caracterizando la actual política criminal, bien puede describirse como una pérdida de la modernidad o una «crisis del modernismo»<sup>391</sup>, que inspiró a la construcción del Derecho Penal contemporáneo<sup>392</sup>, con las consecuencias derivadas de ello para la legalidad penal.

El segundo aspecto por el que el enfoque *foucaultiano* aparece como interesante es que tanto la revolución burguesa ilustrada, como la más reciente de los derechos humanos producida a partir de la segunda mitad del siglo XX, aunque en contextos diferentes, han tenido una clara y directa motivación política, pero no necesariamente inspiradas por la necesidad de un avance general de la humanidad a mayores estándares de bienestar. En efecto, la Ilustración operó, a la vez, como el programa para el orden social burgués y como un conjunto justificador para permitir su consolidación. La *revolución de los derechos humanos*<sup>393</sup>, por su parte, se concibió como una estrategia política para consolidar la sociedad liberal y de libre mercado frente a una doble amenaza: por un lado, de los extremismos fascistas que habían conducido al mundo a un caos; y por el otro, como barrera frente al modelo alternativo soviético en un mundo occidental dividido por la cortina de hierro.

Es necesario tener en cuenta estos dos aspectos para un adecuado análisis de la legalidad penal, porque explican tanto el contexto en el que surge, como el medio en el que involuciona. Así como la sociología del castigo ha entendido la pena más allá de los discursos tradicionales de la penología, y la filosofía del castigo<sup>394</sup> entendió que la pena no es solo la consecuencia jurídicamente atribuida al quebrantamiento de una prohibición, el Derecho Penal debe también comprenderse como un producto social. Esta perspectiva

---

391 GARLAND (1996, p. 447, 1999, p. 22).

392 HALLSWORTH (2000, p. 153).

393 Hasta donde tengo conocimiento, la difusión de la expresión <*human rights revolution*> se debe a un artículo publicado por SOHN (1982), aunque en trabajos jurídicos previos a él la expresión ya había sido utilizada. Así, por ejemplo, en su artículo, Lawrence W. BEER y C.G. WEERAMANTRY (1979). *Human rights in japan: Some protections and problems*. *Universal Human Rights*, 1(3), 1-34 afirman que «la revolución de los derechos humanos en Japón fue propiciada por oficiales de la Ocupación Aliada (1945-52) [...], pero con la cooperación de japoneses que la apoyaban» (p. 3). En trabajos científicos pertenecientes a otras áreas del conocimiento, el concepto también es utilizado previamente. Así, por ejemplo, Edmund W. GORDON (1965). *A review of programs of compensatory education*. *American Journal of Orthopsychiatry*, 35(4), 640-651 analiza que la revolución de los derechos humanos generada por las reivindicaciones de la población afroamericana y la explosión del conocimiento genera desafíos para la sociedad en general y el sistema educativo, en particular. Paul LOWINGER (1968). *The doctor as a political activist*. Progress report, en *American Journal of Psychotherapy*, 22(4), pp. 616-625) parte de la premisa que «el cambio en el mundo en la última generación ha sido descrito como una triple revolución: la revolución de las armas, la revolución de los derechos humanos y la revolución de la cibernación» (p. 616). Por su parte, John J. CORSON (1969). *From authority to leadership*, *The Journal of Higher Education*, 40(3), pp. 181-192) escribió que las causas de los procesos de desorden que estaban enfrentando las instituciones de educación superior durante la década de 1960 eran la revolución tecnológica, la revolución de urbanización y la revolución de los derechos humanos (p. 181).

394 GARLAND (1991, *passim*).

analítica es relevante en la medida que entender este funcionamiento del sistema penal y de sus normas determinará también la comprensión que se tenga de la legalidad penal.

Aunque no es un fenómeno propio de la legalidad penal en sentido estricto, la crisis de la juridicidad sí afecta al Derecho Penal. SARRABAYROUSE describe esa afectación como aquel estado de cosas en el que los «tipos penales redactados con fórmulas ininteligibles e interpretaciones de las leyes alejadas de aquel ideal ilustrado que pretendía vincular al juez a la ley como una consecuencia natural de la división de poderes»<sup>395</sup>. En efecto, las leyes penales en blanco y la inclusión de cláusulas abiertas o indeterminadas en los tipos penales no son más que la traslación al ejecutivo de la función de definir la conducta penalizada, materia que, en virtud de la legalidad penal, está atribuida al legislador. Asimismo, debe mencionarse el extravío de la senda para lograr una igualitaria aplicación del Derecho Penal, no solo por una eventual aplicación clasista del Derecho Penal<sup>396</sup>, sino también por una construcción discriminadora de la propia ley, según lo cual es fácil prever los delitos que cometen los pobres, pero muy difícil introducir los de los poderosos.

### 11.1. Toma de posición: crisis de la juridicidad, pero en sentido descriptivo

Estimo que el fenómeno en el que la ley ha perdido su centralidad regulativa (la «crisis» de la juridicidad) no obedece, en realidad, a una crisis en un sentido negativo. Este fenómeno se corresponde con un proceso de evolución del sistema de fuentes del Derecho, determinado por una realidad que trasciende al fenómeno jurídico: el de la complejización de la sociedad a la que el Derecho pretende regular. Mantener el ideal ilustrado de la ley como fuente monopólica de regulación es, hoy por hoy, impracticable. Vastos espacios de la realidad requieren regulaciones que, o no pueden esperar el lento proceso legislativo para disponer de una regulación, o no es necesario aplicar una ingente cantidad de recursos políticos, como el que requiere el proceso legislativo, a la producción de una regulación que puede obtenerse por una vía más barata –la administrativa– y que puede asegurar también, tanto como pueda hacerlo la ley, un contenido que satisfaga las expectativas democráticas y sea, a la vez, también efectiva.

A lo anterior, debe agregarse un cambio en el discurso legitimador del poder estatal, mediado por la irrupción de la ideología de los derechos humanos. Este se expresa en la adopción de la eficacia normativa de la Constitución y la supranacionalización del aseguramiento y protección de los derechos fundamentales. Ambos aspectos inevitablemente requieren romper el esquema tradicional ilustrado de la primacía de la ley. En la medida que la ideología de los derechos humanos se concrete en una efectiva protección de los derechos fundamentales, estimo justificada la postergación de la ley.

---

395 SARRABAYROUSE (2012, p. 31).

396 CUELLO CONTRERAS (2002, p. 220).

## 12. Segundo enfoque: función garantista de la legalidad penal

### 12.1. Descripción del fenómeno

El segundo sentido en el que puede entenderse el fenómeno de «crisis de la legalidad» se relaciona con el debilitamiento o pérdida de su función de garantía que la ley estaba llamada a ejercer en el ideal ilustrado<sup>397</sup>. La ley ha dejado de ser un resguardo de la libertad de los ciudadanos, caracterizado por la pérdida «del paradigma del Estado de Derecho como sistema de límites y de restricciones impuestos a los poderes políticos de la mayoría, y a los económicos del mercado»<sup>398</sup>; el legislador ha perdido su carácter racional y, por tanto, su función legitimadora como guardián de las libertades.

Sintéticamente, se critica un decaimiento del rigor técnico en la redacción de las leyes penales<sup>399</sup>, un incremento insostenible de la rigurosidad punitiva en la ejecución penal, la pérdida del carácter cognoscitivista de los tipos penales por la inclusión en ellos de cláusulas que requieren de valoración por el órgano jurisdiccional (desconocimiento del mandato de determinación y taxatividad), la criminalización de la protesta<sup>400</sup> o el abuso de los efectos expresivo-integradores del Derecho Penal<sup>401</sup>. En síntesis, la pérdida por la ley penal de su carácter de garantía de la libertad de las personas frente al ejercicio del poder punitivo del Estado.

La teoría jurídica garantista, heredera de la tradición ilustrada y mediada por los horrores del siglo XX<sup>402</sup>, refleja la aspiración de un sistema jurídico basado en la Razón<sup>403</sup>. Sin embargo, la organización social bajo un paradigma individualista de enfoque económico neoliberal<sup>404</sup>, las cíclicas crisis económicas<sup>405</sup>, la abrumadora redistribución injusta de la riqueza a nivel mundial dentro de este orden socioeconómico, una utilización recurrente de la guerra y la gestión represiva de movimientos migratorios a escalas in-

---

397 PALAZZO (1999, p. 37).

398 FERRAJOLI (2005, p. 39)

399 VIANA BALLESTER (2020, p. 860).

400 CORRECHER MIRA (2018, pp. 124-125).

401 Sobre este punto, ver *Infra* §30.2.

402 FERRAJOLI (2008, p. 61) sitúa el surgimiento del neologismo «garantismo» en la segunda mitad de la década del setenta del siglo XX «como respuesta teórica a la legislación y a la jurisdicción de emergencia que, por aquel entonces, redujeron de diferentes formas el ya de por sí débil sistema de garantías procesales». DOMÍNGUEZ FIGUEIRIDO (2003, p. 262), en cambio, sitúa el surgimiento de la corriente en la década del noventa del siglo pasado.

403 COCCO (2016, p. 1).

404 Este enfoque individualista incide en la determinación de las causas de la delincuencia, y de ahí, en el diseño de políticas públicas. En efecto, un enfoque individualista parte de la base de que el delito es cometido por una persona racional que hace uso de su libre albedrío, dejando de lado explicaciones socio-estructurales (en este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS (2003b, p. 81, 2004, p. 23)). Una explicación sobre el surgimiento de la ideología del neoliberalismo y sus impactos en la política criminal, en PRATT (2020, pp. 57-84).

405 Sobre la discusión del efecto de las crisis económicas en la criminalidad, con citas al respecto, ver BRANDARIZ-GARCÍA (2014b, p. 319).

usuales, han tensionado ese Derecho Penal liberal<sup>406</sup>, produciendo un proceso de crítica a la Razón como principio ordenador de los modelos de justificación, reclamándose su sustitución por la pasión y los meros sentimientos como argumentos<sup>407</sup>.

La aceptación de la crisis de la legalidad penal en sentido garantista y la validación del criterio de la representatividad conducen a una situación extraña: los sistemas basados en representatividad y consenso estarían produciendo un Derecho Penal que satisfice a los ciudadanos, pero que es repudiado o criticado por la dogmática (o una parte de ella<sup>408</sup>), en el que «[e]s posible suponer estemos próximos a entrar en una fase crítica en la que la ciencia penal y la opinión pública se opongan manifiestamente»<sup>409</sup>. En una primera aproximación a tal extraña situación se puede sostener que trata de un dilema entre dos extremos teóricos: voluntarismo y racionalismo<sup>410</sup>; o, en la tipología de CANOVAN, entre una cara redentora y otra pragmática de la democracia<sup>411</sup>. Grafica esta dualidad, la ilustrativa figura que propone PAREDES CASTAÑÓN de un debate en un medio de comunicación entre un penalista español y un diputado de la mayoría parlamentaria sobre una eventual reforma a los delitos sexuales. El jurista de la figura defiende la tesis de que la reforma es innecesaria, inútil y desproporcionada; el parlamentario, en cambio, sin entrar al contenido de la reforma propuesta, sostiene que ella cuenta con el apoyo generalizado de la opinión pública y sobre la que existe consenso entre los grupos parlamentarios, excluidos algunos pocos diputados de la izquierda<sup>412</sup>. ¿Quién tiene la razón, el jurista o el parlamentario? Cada uno tiene sus propias razones que apoyan sus posturas. ¿Cuál de las dos posturas es más simétrica con la legalidad penal? La posición del jurista del debate sería coherente con el contenido de la legalidad penal, si se considera la idea original de la legalidad penal, entendida como una limitación a la potestad punitiva. Pero si se toma la conceptualización menguada que de ella ha llegado hasta nosotros, dotada de un contenido esencialmente formal, la postura del parlamentario encaja perfectamente, sin problemas, con la legalidad penal.

Para explicar esta situación hay, al menos, dos posibles vías.

La primera, consiste en otorgarle preeminencia a la crítica dogmática y suponer que la orientación de la política criminal se aparta de las expectativas de los ciudadanos, indicándose que, en este caso, el problema se ubica en una operación deficiente de los criterios de representatividad y consenso. El Derecho Penal, en tanto producto del legislador adquiere los mismos defectos antes relevados respecto de la representatividad. En un plano operativo, estos defectos se expresan en el diseño de los sistemas electorales que determinan que la composición de los parlamentos (es decir, qué candidatos resultan

---

406 CARVALHO (2017, *pássim*).

407 PRATT y MIAO (2017, *pássim*).

408 Sobre la dispersión entre los distintos autores que integran la dogmática y la disparidad de criterios respecto de las decisiones legislativas, ver LARSEN (2015, pp. 1-15).

409 BACIGALUPO ZAPATER (2010, p. 27).

410 PAREDES CASTAÑÓN (2016, p. 156).

411 CANOVAN (1999, pp. 9-ss).

412 PAREDES CASTAÑÓN (2016, pp. 154-155).

electos). Tal composición no es capaz de <representar> adecuadamente las expectativas de los ciudadanos; o que los representantes, una vez elegidos, dejan de representar a los ciudadanos y pasan a representar otros intereses distintos, alejados del ideal del bien común. En el primer caso, la causa sería una asimetría institucional de representatividad; en el segundo, una asimetría de representatividad por defraudación de las expectativas de representación<sup>413</sup>.

La segunda posible vía de explicación a la situación extraña, consiste en afirmar, que el Derecho Penal producido por los actuales parlamentos obedece exactamente a la expectativa de los ciudadanos. Es decir, que el Derecho Penal producido da cuenta de una política criminal que tiene «un generalizado respaldo popular y [que goza] de un impulso político de amplio espectro político»<sup>414</sup>. Aquí, el problema radica en una dogmática que ve cómo esa decisión consensuada en los parlamentos se aleja de los postulados ideales propuestos por ella.

En esta segunda explicación, el problema estaría en la incapacidad que tuvo la dogmática de lograr que sus postulados se convirtieran en normas positivas y los principios que reclama, violentados por el legislador actual, no son más que aspiraciones ideales de los teóricos del Derecho. Aquí, la dogmática adoptaría características noocráticas, del tipo <nosotros, los que sabemos de esto, denunciaremos la incorrección de estas leyes>, expresión de un «modelo de ciencia aristocrática»<sup>415</sup>.

---

413 Críticas de esta naturaleza no pueden dejar de recordar la posición antagónica de Carl Schmitt con el parlamentarismo en la época de Weimar. Como explica Ellen KENNEDY, el panorama que vio Carl Schmitt entre 1923 y 1926 (fechas de la publicación de la primera y segunda edición de su *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*) consistía en que «[l]os partidos dominados por las élites representaban cada vez más clases sociales particulares e intereses corporativos. Si bien estos podrían funcionar entre sí y alcanzar compromisos, «básicamente no tenían nada para deliberar o discutir entre ellos» [cita a Joseph Schumpeter]. En contraste con los principios parlamentarios, la máquina política moderna se estaba convirtiendo en un ejecutivo que actuaría, no hablaría» (E. KENNEDY, 2000, p. xxvii). SCHMITT «criticó al gobierno parlamentario liberal porque consideraba que era demasiado débil para responder adecuadamente a los desafíos presentados por grupos radicales tanto de la derecha como de la izquierda, y argumentó que el gobierno presidencial, sujeto a pocas limitaciones, si las hubiera, era el único medio institucional de preservar la República contra estos radicales adversarios» (SEITZER Y THORNHILL, 2008, p. 1).

La crítica a la democracia parlamentaria formulada en la República de Weimar no dista mucho de la que actualmente también se formula a las instituciones y al sistema democrático. De ahí, y para evitar repetir la experiencia histórica, la importancia de profundizar la conciencia democrática y de reforzar las instituciones, principalmente, los derechos fundamentales y sus garantías.

414 DÍEZ RIPOLLÉS (2003b, p. 66, 2004, pp. 1-2).

415 DONINI (2004b, p. 30). En un sentido similar, ZIMRING (1996). Comentando la ley de *three strikes* aprobada en el estado de California, este autor reconoce la existencia de una separación entre los sentimientos de los ciudadanos hacia el fenómeno delictivo y las lógicas profesionalizadas de la administración de justicia. Al respecto, escribe:

Puede ser que la autoridad entregada a los expertos en justicia criminal produjo un aislamiento entre los sentimientos populistas (siempre punitivos) y las políticas de justicia penal en los niveles legislativo, administrativo y judicial. Este aislamiento previno la dominación directa de la política por sentimientos anti-delincuente que son consistentemente declarados por los ciudadanos la mayoría de las veces. Lo que ha estado cambiando en años recientes es que el aislamiento que separó los sentimientos públicos de las decisiones de la justicia penal ha sido devorado. Three strikes fue un ejemplo extremo, pero no menos aislado, del tipo de ley que se produce cuando se

A mi juicio, una descripción satisfactoria y una clarificación de la situación extraña requiere reunir elementos de ambas vías explicativas. Por un lado, asimetrías de representatividad que producen como consecuencia que los parlamentos no sean un fiel reflejo de la diversidad que compone el ente social, sacrificándose, por ello, la posibilidad de un consenso real; y una asimetría defraudatoria de representación que consiste en el alejamiento de los representantes de sus electores, corrompiéndose la relación de naturaleza política que subyace a la representatividad. Al sintetizar ambas deficiencias, se llega a las mismas críticas a la representación expuestas precedentemente. Como lo ha destacado RODRÍGUEZ, citando a Kelsen, la representación es una ficción para conferirle al parlamentarismo, y a la restricción de libertad que este conlleva, una relación con la soberanía popular<sup>416</sup>; extremando esa función simbólica de justificación, en el contexto de las democracias liberales occidentales, el parlamentarismo ha terminado de construir un Derecho Penal alejado de aquel contra el que se reveló la Ilustración.

Por otro lado, una actitud principialista de la dogmática<sup>417</sup> que, o está desfasada de los tiempos que corren, o que no ha sido exitosa en persuadir a los legisladores. En esta actitud principialista<sup>418</sup>, el garantismo –como lo pone de relieve DÍEZ RIPOLLÉS– no ha sido capaz de responder a las concepciones y percepciones sociales; los «errores» del garantismo se manifiestan en su inmovilismo en el sentido que «[l]a defensa de ciertos principios considerados intocables le ha llevado a convertirse en un peso muerto, en una fuerza negativa, a la hora de abordar cualesquiera iniciativas de control social dirigidas a resolver nuevas e ineludibles necesidades sociales»<sup>419</sup>. El problema es políticamente muy relevante porque puede ser visto como un síntoma de un socavamiento paulatino la calidad de la democracia<sup>420</sup>.

La dogmática ha sido renuente en asumir un cambio en el paradigma del ya lejano clásico Derecho Penal liberal: este ha dejado de ser la carta magna de la libertad (parfraseando la conocida expresión de VON LISZT de «carta magna del delincuente») en que su misión «es la protección del delincuente frente a las reacciones informales de la sociedad»<sup>421</sup> ideado por el neoclasicismo<sup>422</sup> y refinado por el garantismo de más reciente

---

mediatiza un poco los sentimientos anti-delincuente (p. 255).

416 RODRÍGUEZ (2013, p. 664).

417 Sobre su descripción y crítica, MAÑALICH RAFFO (2018, *pássim*).

418 Como la que puede, por ejemplo, leerse en PRITTWITZ (2016, pp. 51-ss), para quien el Derecho Penal ha tomado un rumbo que se caracteriza por la pérdida de la garantía del óptimo de la libertad, del auge de la utilización del Derecho Penal como instrumento de seguridad social y la desacreditación del principio de *ultima ratio*. Sobre la pérdida del carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal contemporáneo, ver el análisis que efectúa DEMURO (2016, *pássim*).

419 DÍEZ RIPOLLÉS (2004, p. 22; 2020, p. 93).

420 FERNÁNDEZ CRUZ (2013, *pássim*).

421 ROJAS VÍA (1998, p. 594).

422 Entendiendo por tal aquella corriente caracterizada por «un retomo a los planteamientos constitucionalistas y a los principios informadores de la sociedad liberal del S. XIX, que en algunos autores adquiere la denominación explícita de un retorno a Kant; de ahí, la expresión «neoclasicismo»» (SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 35).

aparición<sup>423</sup>, para pasar a ser una especie de carta magna de la seguridad. En otras palabras, que el cambio de paradigma del Derecho Penal consiste en que de su conceptualización, se desprende de su función protectora y de garantía frente al ejercicio de la potestad punitiva y pasa a ser un instrumento de control enfocado a la prevención (especial) de futuros delitos; las garantías dejan de ser la medida de lo ideal u óptimo y este baremo es reemplazado por un nuevo: la efectividad o eficacia del Derecho Penal en la reducción de la criminalidad.<sup>424</sup> Pero como, con mucha razón a mi juicio, afirma FEIJOO

[l]os ciudadanos ya no miran con recelo o desconfiadamente al Estado, sino que le piden que intervenga para proteger ciertos intereses que sólo este puede tutelar y para proporcionarles seguridad. A veces da la sensación de que un sector de la Ciencia del Derecho Penal mantiene una concepción de las relaciones entre el Estado y la sociedad que no está actualizada, sino que corresponde a la época de la Ilustración<sup>425</sup>.

En la comprensión de la relación entre el Derecho Penal y la reducción de la criminalidad, la cantidad y la entidad de violencia estatal que se utilice (por medio de penas más altas, tipos penales indeterminados, etc.) es, en principio, indiferente, entre otras razones, porque esa violencia formalizada, aplicada a través de la actividad policial, investigativa y jurisdiccional del Estado, se dirige en contra de los indeseables y no en contra de los <ciudadanos honestos>. En buenas cuentas, la idea del Derecho Penal que se maneja en el discurso público y político tiene dosis no despreciables de pura reacción vengativa frente al delito<sup>426</sup>, en la que ninguna conmiseración se justifica para el que de-

---

423 Como lo explica FERRAJOLI (2008, p. 192),

[d]esde hace unos veinte años, ha entrado en el léxico jurídico y político italiano una palabra relativamente nueva, «garantismo», con la que se designa un modelo de derecho orientado a garantizar derechos subjetivos. Según el tipo de derechos para cuya protección se establecen las «garantías», o sea, las técnicas idóneas para asegurar su efectiva tutela o satisfacción, pueden distinguirse aún diversos tipos o significados de garantismo. Se habla así [...] de *garantismo liberal*, y específicamente penal, para designar las técnicas establecidas para la defensa de los derechos de libertad, sobre todo la libertad personal, frente a intervenciones policiales o judiciales arbitrarias.

424 No se trata de la aspiración del Derecho Penal expresada a través de las ideas de prevención general y especial, sino que derechamente, a la disminución de los delitos, parámetro que deja de ser inconmensurable y pasa tener un aspecto esencialmente cuantitativo. De allí, estimo, el éxito de las corrientes *gerencialistas* que miden el nivel de eficacia del Derecho Penal y también del *actuarialismo* que pretende la cuantificación del riesgo de comisión de nuevos delitos para la adopción de estrategias para su prevención. Sobre el gerencialismo y actuarialismo en el Derecho Penal, ver BRANDARIZ-GARCÍA (2016). Este autor destaca, en todo caso, una lenta penetración de las estrategias gerencialistas en el sistema penal español, a diferencia de lo ocurre en Francia o en Reino Unido:

[...] en el caso español el avance en términos de cooperación sistémica entre agencias penales ha sido escaso, y la planificación cuidadosa del funcionamiento del sistema, con la excepción de algunos ámbitos específicos [...], más bien inexistente. Junto a ello, el funcionamiento por objetivos y el establecimiento de estándares apenas se han desarrollado (BRANDARIZ-GARCÍA, 2018b, pp. 292-293). En el mismo sentido y con relación a las sucesivas modificaciones en materia de delitos sexuales, CUERDA ARNAU (2017, pp. 18-ss).

425 FEIJÓO (2001, p. 65).

426 Una exposición altamente crítica del actual Derecho Penal, en DEMETRIO CRESPO (2004, pp. 91-92).

cedió matar, robar o violar; es una idea construida desde la perspectiva de la víctima, en la que la empatía por el sufrimiento que ha padecido a causa del delito se transforma en una exigencia ética. En otras palabras, que un Derecho Penal que se base en el paradigma del «otro»<sup>427</sup> tiene pocas posibilidades de autolimitarse o de permitir su limitación.

Es una idea diferente a la que propone el garantismo que plantea para el Derecho Penal una doble lógica de justificación: prevenir y minimizar delitos y, a la vez, desempeñarse «como instrumento de defensa y garantía de todos: de la mayoría no desviada, pero también de la minoría desviada»<sup>428</sup>.

El debate sobre el contenido de la norma penal entre una opción voluntarista y una racionalista no tiene posibilidades de clausurarse, por representar cada una de esas posiciones, paradigmas conceptualmente irreconciliables. Ese debate-sin-fin no produciría problema alguno, si no fuera porque, en el intertanto, siguen produciéndose y aplicándose leyes que restringen los derechos fundamentales. Por eso, estimo que el punto de clausura del debate no está en tener que decidir entre leyes más «respetuosas» de los paradigmas clásicos ilustrados, por un lado, o leyes más efectivas y preventivas, por el otro. La medida entre esos dos extremos no tiene solución práctica posible. La evaluación de las leyes debe hacerse estableciéndose relaciones de comparación entre el tipo y grado de restricción o injerencia sobre un derecho fundamental que implica la norma penal, la importancia (relativa) del otro derecho o interés que se pretende salvaguardar por medio de la prohibición penal y si esa restricción sirve para esa finalidad de resguardo. En síntesis, una ley penal no es más o menos admisible según sea cuán libertaria o preventiva sea; la admisibilidad de la ley penal estará determinada por su proporcionalidad.

## 12.2. Toma de posición: crisis antigua y ausencia de mecanismos garantistas alternativos

La pérdida de la función garantista de la legalidad penal, aunque pueda caracterizarse como una «crisis» en un sentido negativo, ella no es, sin embargo, un fenómeno contemporáneo. La crisis de la función garantista de la legalidad penal ocurrió en la conformación del Estado legalista. Esa crisis se manifiesta en dos aspectos que hicieron que la legalidad penal dejara de ser una protección para los ciudadanos frente al poder del Estado y se transformara en un instrumento de justificación del castigo como estrategia de preservación de la posición hegemónica del orden liberal instaurado: (a) la forma positiva de la legalidad penal perdió una parte importante de su carácter de garantía<sup>429</sup> porque se prescindió de los límites materiales a la potestad punitiva en el contexto de un

---

427 Ver *Infra* nota al pie n° 1088 y el texto principal al que ella accede.

428 FERRAJOLI (2008, p. 194).

429 En contra, QUINTERO OLIVARES (1976, p. 48), quien, aunque reconoce que ha existido una evolución de la legalidad penal desde su surgimiento en la Ilustración porque en esta concepción inicial, la legalidad penal «no estaba destinada exactamente a resolver el problema penal en los planteamientos actuales» (p. 48), considera que desde su origen la legalidad penal tuvo un rol y un contenido esencialmente formal (p. 48).

fenómeno que me permitiré denominar *neoabsolutismo parlamentarista*; y (b) se puso «el acento en una pretendida necesidad de castigo»<sup>430</sup> cuya principal expresión es el deber de investigar y juzgar todos los delitos.

### 12.2.1. Neoabsolutismo parlamentarista

En su formulación ilustrada original, la legalidad penal debía estar dotada de un contenido material que aspiraba a actuar como una limitación en la definición de la política criminal por parte de legislador y en su aplicación por parte de los jueces.

El carácter de límite para el legislador se plasmó con claridad en la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 que representa el origen histórico de la legalidad penal posterior a su origen ideológico en la Ilustración<sup>431</sup>. Ese carácter se manifiesta en forma expresa en dicho texto normativo, por cuanto, aunque la «Ley es la expresión de la voluntad general» (artículo 6), esta «sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la Sociedad» (artículo 5), una disposición que puede entenderse como la consagración del principio de dañosidad<sup>432</sup>. La libertad es la regla general, ya que «[n]ada que no esté prohibido por la Ley puede impedirse, y nadie puede ser obligado a hacer algo que ésta no ordene» (artículo 5), refiriéndose en forma expresa al carácter fragmentario del Derecho Penal. Como corolario, la *Déclaration* prescribe que «La Ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias» en una formulación que apunta a lo que hoy se denominan principios de *ultima ratio* y de necesidad, disponiendo, a renglón seguido, la legalidad penal (*nullum crimen sine lege*) y la prohibición de retroactividad (artículo 8).

El Estado liberal evolucionó, dando paso al Estado legalista. Internalizada la distinción *rousseauneana* sobre la inviolabilidad e inalienabilidad de la soberanía popular<sup>433</sup> y la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos<sup>434</sup>, la distribución del poder derivó en un modelo de Estado legalista, que sacó el poder de manos de la administración<sup>435</sup> y se lo asignó al legislador, dándole, en consecuencia, supremacía<sup>436</sup> y, con ello,

430 VIVES ANTÓN (2011, p. 669).

431 La distinción entre el origen histórico e ideológico de la legalidad penal, en CARBONELL MATEU (1999, pp. 108-109).

432 BACIGALUPO ZAPATER (2010, p. 18).

433 ZOLO (2007, p. 14).

434 Ver *Supra*, nota al pie nº 25.

435 En este sentido, IÑESTA PASTOR (2011, p. 30):

...la nota fundamental, que mejor define la situación penal del Antiguo Régimen, fue la constante y progresiva abdicación del legislador en manos del juez y de la administración, extendiéndose el arbitrio de los jueces hasta límites de difícil determinación. En virtud de ello podían los jueces incriminar hechos que las leyes no habían previsto como delitos e imponer las penas que se considerasen adecuadas, sustituyendo las legalmente determinadas por otras según su apreciación.

436 La ideología ilustrada pretendía para la ley un monopolio, es decir, la existencia de una única potestad normativa radica en el legislador. Pero, como apunta CARBONELL MATEU (1999, p. 109), la complejidad de los asuntos hizo imposible la atribución de dicha potestad de creación normativa solo al legislador; de esta

a la ley. Como lo expresa PIZZORUSSO, «[e]n el Estado liberal parlamentario, la ley del Parlamento (o «ley formal») constituía la expresión máxima de la voluntad del Estado, en cuanto manifestación que era de los representantes de la nación»<sup>437</sup>. De hecho, ya en la Francia postrevolucionaria, «el Parlamento había sido dotado de absoluta primacía con respecto a los otros poderes del estado, ya que él era el único cuerpo que podía reclamar una investidura popular directa»<sup>438</sup>.

Este Estado legalista se estructuró sobre la base de tres ideas matrices: la soberanía se identifica y fusiona con el parlamento, dando lugar a la soberanía parlamentaria y, por tanto, de la ley; el poder ejecutivo se mantuvo bajo el control del parlamento; y el poder judicial se mantuvo como un órgano auxiliar del legislador<sup>439</sup>. Esta forma de comprender el Estado implicó la evaporación del rasgo político esencial de la legalidad penal, según el cual, «la idea de que el *ius puniendi* no es omnímodo, ni siquiera cuando está en manos de los representantes del pueblo»<sup>440</sup>. En consecuencia, el Estado legalista supuso para el Derecho Penal y para la política criminal que la legalidad penal perdiera los criterios delimitadores que antes de él estuvieron plasmados expresamente en las normas fundamentales.

Esta (in)evolución puede ser comprendida como un proceso por el que el Estado legislativo prescindió de la diferenciación entre poder constituyente y poder constituido. En otras palabras, porque el Parlamento dejó de ser entendido como expresión de la soberanía, para pasar a confundirse con ella. Asimismo, porque la adopción de la representatividad como estrategia requiere, como lo explican HARDT y NEGRI, de la construcción de una voluntad general escindida de la voluntad colectiva<sup>441</sup>. En ese contexto, la actividad parlamentaria perdió de vista las limitaciones materiales, asignándosele «... más libertad [a] las propias Cortes para regular el nuevo Código Penal según los intereses de las nuevas clases dominantes»<sup>442</sup>. La completitud de esta afirmación requiere, adicionalmente, la incorporación de una variable política. La disolución de la estructura monárquica de poder y su sustitución por la del modelo nacional-liberal tuvo como consecuencia la concentración del poder en instancias de decisión política centralizadas. Y con ello, la pérdida de prerrogativas y privilegios de quienes movilizaban y encarnaban los poderes locales. En sus inicios, el modelo nacional-liberal contó con la oposición de las élites locales que habían logrado coexistir con el monarca, hasta que «regentes y familias dinásticas asumieron un monopolio del poder político en la sociedad y las antiguas élites obtuvieron una posición constitucionalmente protegida dentro del es-

---

forma, el original monopolio de la ley pasó a convertirse en una supremacía del legislador. Ello significa que la Administración también se dotó de potestad normativa, pero siempre subordinada a la ley. Pero en determinadas materias, como en el ejercicio de la potestad punitiva, la atribución monopólica al legislador se mantuvo.

437 PIZZORUSSO (1984, p. 231).

438 ZOLO (2007, p. 14).

439 MASFERRER y TAITSLIN (2014, pp. 122-123).

440 RUIZ ROBLEDO (2003, p. 365).

441 Ver *Supra* §11.

442 RUIZ ROBLEDO (2003, p. 78).

tado: esto generalmente suponía que la nobleza sacrificaba sus libertades políticas a cambio de garantías sobre privilegios sociales y estatus»<sup>443</sup>. Esta asignación asimétrica de poder se mantuvo hasta el término de la Segunda Guerra Mundial en Europa, aunque en España un giro democratizador tardó en arribar hasta finales de la década de 1970 con el término de la dictadura franquista<sup>444</sup>. Esta distribución fáctica del poder determinó necesariamente el contenido del Derecho Penal, en términos de su mayor sensibilidad a la protección de determinados intereses en desmedro de otros.

La ideología liberal estuvo interesada solamente en el levantamiento de barreras en torno al poder político; la autoridad de la ley se usó como mecanismo para la disolución del poder por medio de la juridificación <legalizada> de relaciones y la eliminación del elemento personal del poder<sup>445</sup>.

En suma, el Estado de Derecho legalista que se construye en el siglo XIX, estructurado en torno a la función legislativa como la principal fuente de producción normativa. En él, los límites materiales al ejercicio de la potestad punitiva fueron desapareciendo de los textos constitucionales del siglo XIX y XX, e incluso de los de la segunda mitad del siglo pasado, en la medida que se fue consolidando el Estado legalista. Prácticamente, el único superviviente de esas limitaciones fue el axioma *nullum crimen nulla poena sine lege*; las limitaciones materiales como los criterios de necesidad, o de subsidiariedad en el recurso al Derecho Penal –que sí estaban en el programa ilustrado– fueron suprimidos de los textos positivos y el control, en esas cuestiones, fue entregado por completo al legislador.

Al alcanzar una posición hegemónica, el parlamento del Estado burgués-legalista adoptó una actitud que condujo a una situación conceptualmente similar a la del Estado absolutista: una potestad legislativa desprovista de límites sustanciales o, en el mejor de los casos, sujeta solo a los límites que dicha institución se autoimpusiera en virtud de la titularidad soberana que pasó a ostentar. Supuesto un concepto correcto de absolutismo, como poder exento de limitaciones, la actitud adoptada por el parlamento, unido al contexto social y económico en el que se desenvuelve, caracterizado por la concentración de la riqueza similar al del Antiguo Régimen, da lugar a un estado de cosas que propongo denominar *neoabsolutismo parlamentarista*.

La actitud que adopta el parlamento de prescindencia de los límites materiales en su actividad comienza a producirse después de alcanzado el triunfo por la revolución burguesa y es parte de su proceso de consolidación: el Estado moderno en beneficio de la burguesía<sup>446</sup>. En esta etapa, «se hizo cada vez menos necesario continuar con el proceso de formalización del derecho penal, entendido como garantía del poder político

---

443 THORNHILL (2011, p. 253).

444 En la historia constitucional española, aunque la Constitución de Cádiz de 1822 puede considerarse imbuida por la tradición ilustrada, de su texto solo puede derivarse la legalidad penal en su faceta formal (puede discutirse si de reserva de norma escrita o de ley), pero ya en dicho texto se omitió incluir la exigencia de que las penas sean «estricta y evidentemente necesarias» como lo había hecho la *Déclaration* francesa, una opción de la que los siguientes Constituyentes no se alejaron (RUIZ ROBLEDO, 2003, pp. 77-78).

445 NEUMANN (1968, p. 17).

446 LANDROVE DÍAZ (1992, p. 94).

y económico burgués»<sup>447</sup>; los jueces, que antes habían sido revolucionarios, adoptaron una actitud de preservación del modelo y, por consiguiente, se hicieron conservadores<sup>448</sup>, aunque siempre fuertemente vinculados a la legalidad penal. El completo aparato estatal debió preocuparse, ahora, de mantener las conquistas alcanzadas frente a un colectivo antagónico que fue excluido del nuevo orden y que comenzaba a surgir: los obreros. Como un instinto de supervivencia, la mayoría parlamentaria requiere de una actuación hegemónica, e incluso, tiránica; al igual que el resto del andamiaje estatal. La burguesía había logrado imponer un orden, de modo que protegerse de la administración dejó de ser estrictamente necesario: tanto la administración, y en menor medida la judicatura, estaban lo suficientemente identificadas con el modelo. La inexistencia de límites para la implementación del programa político de la mayoría la deja en una posición en la que puede imponer su propia voluntad. Ello no solo ocurre en Estados totalitarios, sino en las democracias modernas también puede apreciarse.

La principal característica consiste en una actuación del legislador al ejercer sus poderes como si estuviera exento de límites materiales. Es cierto que los formales tienden a ser respetados, como el ejercicio de la potestad punitiva a través de las leyes; pero también es cierto que tales limitaciones tienden a difuminarse cuando, por ejemplo, se aprueban tipos penales indeterminados; o cuando se incorpora una pena como la prisión permanente revisable. Se trata de una actuación bajo el supuesto de amplios márgenes de discrecionalidad en la labor legislativa, que parten por la decisión de si recurrir o no al Derecho Penal y, una vez ello decidido, cómo utilizarlo. Si tales márgenes no existen, o son insustanciales, el problema consiste en que el sistema está diseñado, efectivamente, como si se tratara de un absolutismo en manos del parlamento. Si, en cambio, tales márgenes existieran, el problema sería una extralimitación del legislador al ejercer sus potestades.

El rol relativamente pasivo de los tribunales constitucionales<sup>449</sup> frente a la actividad legislativa, en nada contribuye a detectar satisfactoriamente el problema.

La legalidad penal, en este contexto, está lejos de desempeñar un rol de garantía. La legalidad penal solo desempeña aquí un rol de legitimación formal: expresa simbólicamente que en la decisión se ha empeñado la mayoría que se ha expresado a través de una ley en sentido formal. Pero el contenido de esa ley se definió, es necesario insistir, bajo la creencia de la inexistencia de límites.

Así como la legalidad penal en la Ilustración se concibió como un límite a la actividad del poder estatal, dotándola de restricciones materiales, en el neoabsolutismo parlamentarista, la legalidad es despojada de esos límites materiales y, como se dijo, pasa a desempeñar un rol de legitimación comunicativa frente al colectivo. Lleva consigo la

---

447 RUSCHE y KIRCHHEIMER (1984, p. 171).

448 RUSCHE y KIRCHHEIMER (1984, p. 171): «El liberalismo predominante entre los jueces durante la primera mitad del siglo XIX, cedió el paso a una actitud estrictamente conservadora, luego de la reconciliación burguesa con la aristocracia agraria; así la independencia del poder judicial se convirtió en una ideología para hacer frente a las clases inferiores».

449 Sobre la poca efectividad de la justicia constitucional en el control de las leyes indeterminadas o que transgreden el mandato de certeza o taxatividad, ver GARCÍA ALBERO (2008, p. 58); VIGANÒ (2016a, pp. 6-7).

amenaza de actuación del poder estatal para el que decida infringir la prohibición penal aprobada por la mayoría. El neoabsolutismo parlamentarista modificó, entonces, esencialmente el rol de la legalidad penal.

La etapa del neoabsolutismo parlamentario implicó un rompimiento parcial con el legado de la Ilustración. En esta, la existencia de unos derechos fundamentales de carácter individual e inalienable ubican a la persona en el centro del sistema político y jurídico; el Estado se estructura en torno a la idea personalista, de modo que toda su existencia es un medio para el desarrollo individual. Luego, la protección de esos <derechos del Hombre> se torna un imperativo irrenunciable para el Estado; es su primer deber y obligación. Una estrategia para proteger la vigencia de tales derechos pasa por la limitación de las facultades estatales y el uso de su poder. Ahí surge la legalidad penal como una de esas estrategias limitativas de la actividad estatal<sup>450</sup>, probablemente, dentro de las más relevantes.

Como el Estado obtiene legitimidad solo cuando utiliza el poder dentro de los límites que se le han impuesto, el respeto de la legalidad penal es un criterio de legitimidad de la actividad estatal, de modo que su inobservancia priva al Estado de esa legitimidad. Asimismo, la atribución en forma exclusiva al legislador de la competencia de determinar qué conductas son constitutivas de delito se aprecia como una salvaguarda de la voluntad popular, el poder de los democráticamente elegidos para dictar leyes penales<sup>451</sup>; el respeto a la separación de poderes actúa, por tanto, también como un criterio de legitimación.

El Estado constitucional actual mantiene aun fuertes elementos que se identifican con el Estado legalista-burgués que se forjó en el siglo XIX. Ello, en la medida que, como se analizará seguidamente, el neoconstitucionalismo no ha permeado aun del todo la cultura legislativa.

El curso de los acontecimientos ha ido demostrando que la racionalidad con la que se mueve el legislador no necesariamente es coherente con la racionalidad liberal; y la confianza depositada en él, no necesariamente tiene sustento<sup>452</sup>. En otras palabras, que la razón de la voluntad general se descompone en distintas racionalidades que confluyen en el proceso legislativo, y que no necesariamente son simétricas entre sí. La voluntad general de preservar el bien común y garantizar la libertad de las personas es movida, en la actuación material del legislador, por una racionalidad política que no necesariamente confluye con la primera.

Las razones que pueden explicar la (in)evolución que representa el neoabsolutismo parlamentarista son variadas. Ellas se relacionan con la confianza en el Parlamento como guardián del orden liberal-burgués y la fusión del concepto de soberanía con el órgano

---

450 MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (2019, p. 89).

451 GALLANT (2009, p. 25).

452 Es esa confianza en el legislador expresada, por ejemplo, por KANT (2005, párr. 46, 314), para quien ...ya que [como del pueblo] debe proceder todo derecho, no ha de poder [el legislador] actuar injustamente con nadie mediante su ley. [... S]ólo la voluntad concordante y unida de todos, en la medida en que deciden lo mismo cada uno sobre todos y todos sobre cada uno, por consiguiente, sólo la voluntad popular universalmente unida puede ser legisladora.

legislador (la soberanía nacional mutó a la soberanía parlamentaria). En todo caso, todas esas explicaciones confluyen en una misma constatación: cuando el orden burgués alcanzó un cierto grado de hegemonía, el sistema penal (y con ello, la legalidad penal) adquirió un carácter conservador de ese orden y un arma a utilizar frente al surgimiento de modelos alternativos que cuestionaran el modelo burgués.

De esta forma, los límites materiales sobre el contenido de la ley penal se consideraron innecesarios, en la idea que el legislador iba a efectuar un ejercicio racional y libertario de sus potestades. Se esperaba de los legisladores que estos actuaran de acuerdo con los principios racionales que habían inspirado la construcción del nuevo Estado y, en consecuencia, que se desempeñaran como garantes de las libertades y derechos civiles. El triunfo de la ley como fuente del Derecho Penal se debió a que el órgano llamado a producirla –el Parlamento– otorgaba suficientes garantías de razonabilidad (liberal y burguesa) en la producción normativa; y también porque era una forma políticamente viable y estética para la expresión de la burguesía que había logrado derribar al Antiguo Régimen<sup>453 - 454</sup>.

Pero esta misma confianza depositada en el órgano legislativo, es la que, paradójicamente, terminó por mutar y modificar la correlación de fuerzas que sintetizaba la legalidad penal en su versión original ilustrada.

Se produjo un desequilibrio en términos de qué órganos son los destinatarios de la legalidad penal. Por un lado, la vinculación del legislador se redujo a los aspectos formales sobre producción normativa. El diseño de la política criminal primaria, expresada en las decisiones legislativas, dejó de considerarse una amenaza para la libertad porque en este nuevo orden, la decisión legislativa era ejercida por un cuerpo representativo que encarnaría el ideal racionalista liberal de la *volonté générale*, la «voluntad unida del pueblo»<sup>455</sup>; el *consentimiento de la sociedad*, expresado en su sanción «por los magistrados de la legislatura que el pueblo ha escogido o nombrado», sin el que ninguna norma «tendrá la fuerza y la obligación de una ley»<sup>456</sup>. Por otro lado, se reforzó la obli-

---

453 El punto es resaltado por RUSCHE y KIRCHHEIMER (1984, p. 86), quienes distinguen dos preocupaciones coetáneas a la Ilustración y que, en lo sustancial, se mantienen hasta hoy. La primera de esas cuestiones era la relativa a la naturaleza y duración de las penas, asunto que constituía una preocupación de las clases bajas. La segunda, consistía en la definición precisa del Derecho Penal sustantivo, esto es, la determinación exacta de las prohibiciones penales y el perfeccionamiento del procedimiento penal, cuestión que, al contrario, interesaba a la burguesía.

454 La posición institucional del Parlamento dentro del orden burgués no debe entenderse solo en un sentido Marxista de lucha de clases, en la que las élites dominantes controlan por medio del instrumental penal. Sin que esté en condiciones de negar ese enfoque Marxista, cuyo atractivo debo personalmente reconocer, otros modelos de comprensión son también posibles de ensayar, como el sostenido por GARLAND (1996) en el sentido que el giro punitivo no ha tenido con fin la obtención por la élite de beneficios inmediatos (HALLSWORTH (2000, p. 150)).

455 KANT (2005, párr. 46, 314).

456 LOCKE (2006, párr. 134). Estas ideas son las bases de lo que, posteriormente, llegará a constituir la moderna democracia. En palabras de MACCORMICK y GARLAND (1998, p. 17), «[l]a democratización del Estado ha coincidido con el cambio histórico desde la noción de la ley como la voluntad soberanía a la ley como la manifestación de la voluntad del pueblo democráticamente expresada». Es decir, que el pensamiento ilustrado no puede ser considerado, por sí mismo, como democrático en la comprensión actual de esa forma

gatoriedad del axioma *nullum crimen nulla poena sine lege* para los jueces sobre quienes se estableció una desconfianza<sup>457</sup>. La lógica del Estado legalista siguió reconociendo en la actividad jurisdiccional la principal amenaza a la libertad de los ciudadanos en términos de aplicación del Derecho Penal, tal como se la había percibido en el Antiguo Régimen<sup>458</sup>; además, porque los jueces podían usar sus funciones jurisdiccionales para el cuestionamiento del modelo.

Adicionalmente, habiéndose radicado la soberanía en el Parlamento del Estado-nación<sup>459</sup>, prever limitaciones a su actividad eran, en definitiva, limitaciones a esa misma soberanía; y como tales, eran contradictorias con el paradigma de la soberanía parlamentaria y de supremacía de la legislación<sup>460</sup>. O, como lo explica BUCHANAN, aunque originalmente el sistema político se preocupó de prever reglas sobre cómo se ejerce el poder, aspecto que fue fundamental para la concepción liberal clásica del orden social, la trascendencia de esos aspectos empieza a perder terreno a partir del siglo XIX. Se verificó una relación inversa, en la que se dio una profundización de la democracia electoral, pero un debilitamiento de las restricciones constitucionales sobre la actividad del Estado<sup>461</sup>.

En este punto evolutivo resalta como característica la fusión entre el detentador del poder legislativo y la soberanía: el parlamento pasa a ser la encarnación de la soberanía misma. La consecuencia es la inadmisión de cualquiera pretensión de control a la actividad legislativa y al contenido de la ley. El parlamento se alza como supremo determinante del contenido de la ley. La idea del legislador racional pasó a desempeñar una función mitificadora<sup>462</sup>, dando forma a este Estado, el legalista, caracterizado por la supremacía de la ley. A nivel de teoría jurídica, el Estado legalista calza con un positivismo jurídico. Este último, a su vez, aunque «por un lado está en la base del principio de estricta legalidad, por el otro también permite modelos penales absolutistas caracterizados por la ausencia de límites al poder normativo del soberano»<sup>463</sup>. Esta idea tiene antecedentes

---

de organización política. La *volonté general* es, sin dudas, la base del sistema democrático; pero este último requiere, adicionalmente, otros elementos estructurantes relacionados, principalmente, con el aseguramiento institucional de la igualdad (expresada en la igualdad del voto para todas las personas), la existencia de un marco de limitaciones materiales para el ejercicio del poder estatal y una institucionalidad de control.

457 VORMBAUM (2014, p. 25).

458 Sobre el particular, por ejemplo, GARRAUD (1909, pp. 88-89), quien, haciendo una comparación entre el Antiguo Régimen y el modelo post monárquico, describió que:

[1]os jueces podían, en general, ellos mismos incriminar hechos no previstos por la ley y aplicar allí, a su elección, las penas que les parecieran convenientes, entre las que establezcan los usos o las ordenanzas. Es en este sentido que nuestros ex criminalistas dijeron: Las penas son arbitrarias en este reino. Hoy, son legales: cualquier delito debe estar previsto por una ley promulgada antes de que se haya cumplido, ya que cualquier sanción debe estar unida por ley a los mandamientos o prohibiciones que contiene.

459 Sobre el surgimiento del concepto de soberanía y cómo este fue enlazado al de Estado-nación, BESSELINK (2001, pp. 94-96).

460 MASFERRER y TAITSLIN (2014, pp. 122-123).

461 BUCHANAN (1994, p. 3).

462 CALSAMIGLIA (1986, p. 97).

463 FERRAJOLI (2016, p. 33).

remotos que se pueden trazar hasta ULPIANO<sup>464</sup> y fue reactualizada por HOBBS<sup>465</sup>.

El problema se produce cuando ese Estado liberal-legalista y ese legislador «racional» dan paso a una fase conservadora y estatalista que «abandonó muy a menudo el punto de vista externo [de legitimación] alineándose en la defensa del nuevo orden frente a la emergencia de nuevas fuerzas revolucionarias»<sup>466</sup>. En este escenario, tal como critica DÍEZ RIPOLLÉS, la dogmática dejó «que los encargados de elaborar las leyes operen sin el apoyo de elaboraciones teóricas y sin estar sometidos a constricciones normativas dignas de consideración»<sup>467</sup>.

En otras palabras, que la defensa de la libertad de los ciudadanos –que había sido el emblema ilustrado– es superada por la emergencia de mantener el *status quo* de la sociedad liberal-burguesa que comienza a ser amenazada por ingentes revoluciones y protesta social<sup>468</sup>. El legislador, confundido con el poder mismo, no tardó en determinar el contenido de la ley de acuerdo con la escala de urgencias a que se vio enfrentado, aunque el coste de ello fuera el recorte de libertades y derechos. En el Derecho Penal, esta evolución significó el abandono, sino completo al menos muy marcadamente, de los límites materiales con los que la Ilustración había dotado a la legalidad penal.

### 12.2.2. Más espada que escudo

Expresado el fenómeno a través de la distinción que propone FLETCHER, lo que el Estado legalista provocó fue un debilitamiento de la perspectiva negativa de la legalidad penal y un reforzamiento de su perspectiva positiva. Según esta distinción, la *perspectiva negativa*<sup>469</sup> consiste en que la legalidad penal es una protección (garantía) de los individuos frente al poder estatal expresado en la potestad punitiva «contra un estado agresivo que invariablemente buscará imponer su voluntad a los sujetos»<sup>470</sup>, esto es, la legalidad penal como garantía de libertad. La *perspectiva positiva* de la legalidad penal, por su parte, consiste en la necesidad en que se encuentra el Estado de hacer efectivo el Derecho Penal para proteger a las víctimas según un deber constitucional de hacer-

464 FERRAJOLI (2016, p. 35, nota al pie n° 4).

465 Expresada a través de la famosa fórmula *authoritas, non veritas, facit legem* (HOBBS (1841, Capítulo XXVI).

466 FERRAJOLI (2016, p. 890).

467 DÍEZ RIPOLLÉS (2007, p. 103).

468 HALL (1988, pp. 136-ss). El argumento es desarrollado por el autor dentro de la descripción del período iniciado a finales de la década de 1970 que, con la llegada al poder del Thatcherismo en el Reino Unido, inició el proceso de consolidación del neoliberalismo (GREWAL y PURDY, 2014, *pássim*; STEGER y ROY, 2010, pp. 21-ss).

469 Fundados en esta distinción, DUBBER y HÖRNLE (2014, p. 73) explican que la expresión en inglés *principle of legality* no se corresponde exactamente a la alemana *Legalitätsprinzip* (legalidad penal en una comprensión continental). La diferencia, en este punto, estriba en que la comprensión anglosajona incluye solo la perspectiva negativa de la legalidad, esto es, el axioma *nullum crimen nulla poena sine iure*; mientras que, en su comprensión continental, el concepto reúne, además del axioma anterior, también el deber de persecución penal.

470 FLETCHER (1998, p. 207).

lo que «requiere que la ley castigue al culpable, a todos los culpables»<sup>471</sup>, es decir, un «deber constitucional de castigar»<sup>472</sup> que el mismo autor considera «impensable en el Derecho constitucional norteamericano»<sup>473</sup>. FLETCHER ejemplifica esta diferenciación, y los efectos prácticos que ella produce, recurriendo a una metáfora: «[p]ara los estados alemanes, el *Rechtsstaat* es una espada; para los ciudadanos norteamericanos, el *rule of law* es primeramente un escudo contra el poder gubernamental»<sup>474</sup>.

Esta distinción es interesante porque permite apreciar con claridad, al menos, dos cosas. La primera, que la función de garantía de la legalidad penal queda reducida a una defensa procesal frente al sistema de persecución penal, basado en que el hecho atribuido al procesado no constituye, en el sentido del tenor literal de los tipos penales en disputa, el delito imputado ni otro distinto castigado con menor pena. Pero la legalidad penal dejó de tener un contenido material que entregaba información sobre cuándo una prohibición penal o una pena debían considerarse permisibles, como lo hizo, en su momento, la *Déclaration* francesa de 1789<sup>475</sup>. La segunda, que la legalidad penal sirve como fundamento para la acción penalizadora del Estado, una actitud que queda muy lejos de su originaria pretensión de limitación de la potestad punitiva. Este segundo aspecto se muestra con especial claridad en la forma en que la legalidad penal se manifiesta en el proceso penal. En este, la legalidad penal obedece a la perspectiva positiva apuntada por FLETCHER y adquiere el carácter de deber de investigar y enjuiciar todas las conductas que revisten los caracteres de delito<sup>476</sup>, es decir, que «el Ministerio Fiscal, como órgano

---

471 FLETCHER (1998, p. 207).

472 FLETCHER (1998, p. 208). En el mismo sentido, HALLEVY (2010, p. 11).

473 FLETCHER (1998, p. 208). En el mismo sentido, R.A. DUFF, FARMER, MARSHALL, RENZO y TADROS (2013, p. 5).

474 FLETCHER (1998, p. 208). KAHN (2014, p. 250) critica la metáfora porque a su juicio enfatiza el uso instrumental del Derecho: «La mejor metáfora –afirma– es que el Derecho es una vía de doble sentido [...] El *rule-of-law* es un paso elevado».

475 Sobre este aspecto, ver *Supra* §6.2.

476 Junto con ubicar su fundamento legal en el artículo 6º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ (2019, p. 115) afirman que su contenido consiste en que «el ejercicio de la acción penal se rige por un criterio estricto de sujeción a la ley, sin que pueda atender a criterios de oportunidad en su actuación dentro del proceso penal, de forma tal que desde el momento en que resulte la comisión de un hecho delictivo (típico, antijurídico, culpable y punible) perseguible de oficio, el MF (art. 105 LECrim) vendría obligado a ejercitar la acusación con independencia de cualquier consideración de política criminal o de las circunstancias personales del investigado». El origen de este principio se hallaría, a juicio de PÉREZ-CRUZ MARTÍN (2020, p. 35) en el positivismo legal científico y en el movimiento codificador del s. XIX que recogía la ficción de la «plenitud del ordenamiento jurídico».

Aunque la doctrina procesalista denomina a este deber como *principio de legalidad*, su explicación y análisis se hace sin conexión con el axioma *nullum crimen nulla poena sine lege*. Así, el objeto de estudio de la dogmática penal ha sido tal axioma, mientras que el de la doctrina procesalista, el deber de investigar y sancionar. Esta diferenciación artificial del objeto de estudio (no son cosas diferentes, sino dos caras de una misma moneda) puede deberse a una separación, también artificial, entre Derecho penal sustantivo e instrumental, que condujo a una escisión de sus conceptos estructurantes. Las relaciones entre el Derecho penal sustantivo y el instrumental son mucho más estrechas de lo que hasta ahora se ha afirmado, toda vez que estas suponen una dirección recíproca entre ambos, en que cada subsistema normativo aporta al otro (GARRIDO MONTT, 2001, p. 19; KÜNSEMÜLLER LOEBENFLEDER, 2018, p. 659). Esto también ha sido puesto de relieve por BINDER (2004, p. 41) quien destaca

público de acusación, debe en todo caso, ante la sospecha de la comisión de un ilícito penal, iniciar el procedimiento y en su momento acusar si es procedente a la luz de las investigaciones previas»<sup>477</sup>.

Solo por una cuestión de claridad en la nomenclatura, y sin que ello implique una escisión conceptual, me parece adecuado reservar la denominación 'legalidad penal' para hacer referencia al axioma *nullum crimen nulla poena sine lege*; y utilizaré la designación de *regla de obligatoriedad*<sup>478</sup> para referirme al deber de investigar y juzgar. En todo caso, ambas son solo dos expresiones del mismo fenómeno que comparten un mismo fundamento<sup>479</sup>.

---

los aportes del Derecho procesal penal en la configuración de la política criminal y el proceso de superficialización de aquel en términos de su reducción a un enfoque esencialmente procedimentalista, desconociendo los aportes de la norma procesal y su aplicación en el sistema penal. En este sentido, la idea de un *sistema penal integral*, esto es, «un sistema teórico común que abarca el Derecho penal sustantivo, la determinación de la pena y el Derecho procesal penal» (RAGUÉS I VALLÈS, 2017, p. 2), consiste en la propuesta más radical sobre la materia que supone una eliminación de las diferencias entre Derecho penal sustantivo y Derecho procesal penal, relación en la que ambos pueden recíprocamente nutrirse de los postulados que conforman al otro. Según esta propuesta, la distinción entre Derecho penal sustantivo y Derecho procesal penal es, en muchos sentidos, arbitraria y su traslación al mundo académico y científico ha tenido como consecuencia el que importantes aspectos de la práctica penal se hallen en un estado de grave atraso teórico. Asimismo, con esta escisión se ha pasado por alto el importantísimo papel que para la política criminal desempeña no solo en las instituciones tradicionalmente "sustantivas", sino también aquellas encuadradas en el ámbito procesal. Para superar estas deficiencias un solo camino parece acertado: suprimir las rígidas fronteras que separan la ciencia del Derecho penal sustantivo de la ciencia procesal penal y elaborar una nueva disciplina científica, cuyo objeto de estudio sea el fenómeno penal en todas sus dimensiones (RAGUÉS I VALLÈS, 2004, p. 162).

477 ASCENCIO MELLADO (2020, p. 115), quien lo caracteriza como indisponibilidad de la acción penal. Desde un punto de vista histórico, la concepción positiva de la legalidad penal es previa al surgimiento durante la Ilustración de su concepción negativa, como garantía de libertad. En efecto, el deber de investigar y juzgar todos los delitos, es decir, la perspectiva positiva de la legalidad penal es el criterio que históricamente ha dado origen a la tradicional bipartición de los modelos procedimentales entre sistemas acusatorios e inquisitivos. En el desarrollo histórico, tanto el derecho hebreo, egipcio y griego, pero principalmente el derecho romano, conocieron un proceso penal en esencia *acusatorio*, en el que el conflicto penal se consideraba de naturaleza privada y en el que, en consecuencia, la acción correspondía sólo al afectado por el delito, quien debía hacer su propia investigación, rendir la prueba y persuadir al tribunal de la existencia del delito y de la participación del querellado en él. Al tribunal sólo le correspondía decidir si se daban por acreditados ambos elementos. En esta lógica, las acciones penales eran todas privadas, y el proceso penal estaba influido necesariamente por el principio dispositivo. El derecho anglosajón siempre ha conocido un proceso acusatorio (o adversarial), cuyos orígenes pueden remontarse, incluso, antes que la *Carta Magna Libertatum* de 1215.

478 MANZINI propone la denominación de *principio de obligatoriedad* (citado por VÁZQUEZ SOTELO (2013, p. 464)).

479 Aunque pueda pensarse que la legalidad penal (del Derecho penal sustantivo) es algo distinto a la obligatoriedad (del Derecho procesal penal), lo cierto es que esa diferenciación no es sustancial. En efecto, la legalidad penal y la regla de obligatoriedad comparten un mismo sustrato de justificación; y, por tanto, parten de un mismo fundamento teórico. En efecto, la legalidad penal surge en la cultura continental como un mecanismo para evitar la arbitrariedad. Esta aspiración se concreta entregando la facultad de decidir los delitos y las penas al legislador; y atribuyendo a los jueces poderes limitados, dejándolos constreñidos a la ley penal (prohibición de la analogía creadora de Derecho). Las funciones de investigación y de juzgamiento no escaparon de esa desconfianza, de modo que a los agentes estatales encargados de investigar, acusar y juzgar se les impuso el mismo estatuto limitador aplicado a la creación judicial: el deber de investigar y accionar penalmente respecto de *todos* los hechos que revistieran los caracteres de delito. Este deber se expresó en la prohibición para el órgano de

La regla de obligatoriedad actúa como «garantía de igualdad y seguridad jurídica en cuanto [la acción penal] se ejercitará siempre que la ley así lo determine»<sup>480</sup> y encontró originalmente su apoyo teórico en la retribución como fundamento de la pena<sup>481</sup>. Al ser superado ese paradigma de justificación, se sostiene que su fundamento se encuentra en las exigencias derivadas del derecho a la igualdad en la decisión sobre qué casos perseguir penalmente, recurriendo a los criterios y presupuestos generales de aplicación del Derecho Penal definidos por el legislador<sup>482</sup>.

De esta forma, la regla de obligatoriedad hizo mutar la original concepción de límite atribuida a la legalidad penal. Sin embargo, el problema es complejo porque aun teniendo un apoyo teórico de gran calado, es preciso reconocer que la aplicación práctica de la regla de obligatoriedad «se enfrenta a un obstáculo aparentemente insalvable: la imposibilidad fáctica de investigar y perseguir todos los casos que ingresan en el sistema»<sup>483</sup> derivado de la existencia de un Derecho penal sustantivo que criminaliza más conductas que las que el Estado está en capacidad o disposición de investigar<sup>484</sup>. Frente a esta constatación fenomenológica, criterios de eficiencia en el uso de los recursos investigativos y de juzgamiento, la necesidad de actualizar el contenido de las prohibiciones penales conforme con el desenvolvimiento social y la constatación que el Derecho penal no siempre es la vía más efectiva y conveniente de solución de los conflictos<sup>485</sup> son criterios que han servido de justificación de márgenes más o menos reducidos de no vigencia de la regla de obligatoriedad. La Modernidad comienza a dar entrada al *principio de discrecionalidad*<sup>486</sup> que excepciona a los órganos estatales de sus deberes de investigar y juzgar derivados del principio de obligatoriedad, es decir, «se autoriza a la fiscalía a decidir entre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun

---

persecución (jueces o fiscales) de seleccionar los casos a investigar (DUBBER Y HÖRNLE, 2014, p. 162). Por esta razón, legalidad penal y obligatoriedad deberían considerarse como dos expresiones de un mismo fenómeno, y no diferenciados como es la comprensión actual.

480 ARMENTA DEU (2014, p. 31).

481 MAIER (2016, p. 772).

482 ROXIN (2000, p. 89). Como lo ha apuntado HASSEMER (1988, p. 8), la regla de obligatoriedad (<legalidad> en la nomenclatura escogida por este autor) se justifica en la necesidad de que el Derecho penal cumpla su rol reafirmador de las normas fundamentales otorgadas por la comunidad, en la satisfacción de las expectativas de los ciudadanos en la persecución de todas las conductas definidas como delitos, en el principio de igualdad que sólo se consigue con una igual persecución de todas esas conductas definidas por el legislador como delitos y en la necesidad de reafirmar el rol del juicio oral porque lo contrario a la obligatoriedad implica sustraer grupos de casos del enjuiciamiento.

483 GUARIGLIA (1993, p. 87).

484 En un modelo ideal, el tamaño del Derecho Penal debería estar determinado por la capacidad del Estado de financiar el sistema de persecución penal, de modo que cualquier nuevo delito debería ser admitido solo si existe la posibilidad de investigarlo; y a la inversa, el sistema debería prescindir de los delitos que no es capaz de investigar. Este escenario ideal desde el punto de vista del uso de los recursos es, evidentemente, imposible de conseguir por la inexistencia de un mecanismo que permita hacer la medición; y es indeseable porque el consenso social sobre el merecimiento de pena de las conductas que se decide elevar a la categoría de delito debería considerarse independiente de la capacidad financiera del Estado.

485 ZAGREBELSKY (1995, p. 115).

486 CALAZA LÓPEZ (2020, p. 213).

cuando las investigaciones conducen, con probabilidad rayana en la certeza, al resultado de que el imputado ha cometido una acción punible»<sup>487</sup>. La discrecionalidad permite (a) márgenes más o menos amplios de selección de casos, distinguiendo aquellos que serán investigados y juzgados de otros que no lo serán; y (b) la admisión de la *conformidad* como forma de terminación anticipada de la investigación o del proceso y como criterio de determinación de la pena a imponer<sup>488</sup>. En conjunto, la discrecionalidad y la conformidad representan un debilitamiento de la hegemonía de la regla de obligatoriedad. Ello podría evaluarse positivamente como un también debilitamiento de la perspectiva positiva de la legalidad penal y, con ello, con una recuperación de su carácter garantista por un retorno a su perspectiva negativa. Pero esa cadena de razonamiento no necesariamente es verdadera por varias razones.

La primera, porque la incorporación de la discrecionalidad no ha sido necesariamente una decisión dirigida al fortalecimiento de la garantía defensiva de la legalidad penal (aspecto negativo), sino que ella ha sido más bien motivada por argumentos basados en criterios de eficiencia de la administración de recursos del sistema penal y, por tanto, ha sido una decisión de racionalización económica que en nada se relaciona con la necesidad de restringir el poder coercitivo del Estado. Para poder considerar que la discrecionalidad sea un avance en la recuperación del rol garantista de la legalidad penal como límite a la acción punitiva, ella debería estar fundamentada, más que en criterios de racionalidad económica, en criterios de proporcionalidad y de libertad. En efecto, junto con la igualdad (que justificaría la obligatoriedad), la proporcionalidad es también un interés constitucionalmente protegido, que obliga a reconocer que, a pesar de reunirse los requisitos necesarios para el juzgamiento, la intervención penal se muestra como *innecesaria* o *inadecuada*. Será *innecesaria* cuando el disvalor del acto es de tan escasa magnitud que la intervención penal aparece como una reacción absolutamente desproporcionada al conflicto generado por el hecho punible (insignificancia); y será *inadecuada* en dos supuestos. El primero, cuando las características del conflicto muestren que la intervención penal produce costes individuales y sociales mayores al beneficio social neto de esa intervención (valor social de la no-intervención). El segundo, cuando el contenido de la ley deba ser actualizado para aplicarse sobre una realidad social que no es la misma que existía cuando la ley penal entró en vigor (actualización de la ley penal). Un sistema de discrecionalidad, que actúa sobre casos investigables, pero en el que tanto la investigación como el juzgamiento pasarían a ser facultativos, aun cuando sea posible esperar una sentencia condenatoria se decidiera llevar el caso a juicio<sup>489</sup>, y que

---

487 ROXIN (2000, p. 89). GIMENO SENDRA (1987, p. 1291) lo define como la «facultad que al titular de la acción penal asiste para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado». En la tradición europea se conoce a la discrecionalidad como *oportunidad*, mientras que en la angloamericana como *discretion*. Un sistema que recoja la discrecionalidad en forma absoluta sería uno en el que el órgano de persecución penal o la policía tuvieran la facultad absoluta de elegir libremente, de entre los casos investigables, cuáles investigará y cuáles no, como ocurre en el sistema norteamericano.

488 FERRÉ OLIVÉ (2018, p. 2).

489 ROXIN (2000, p. 89).

se fundamente en los criterios de insignificancia, valor social y actualización, sí podría considerarse como un avance en la recuperación del carácter protector de la libertad de la legalidad penal, porque tales criterios tienden a una limitación de los márgenes de lo punible y, con ello, una reafirmación de la libertad. Su operativización requiere, en todo caso, de un marco regulatorio preciso y de controles efectivos para evitar que la discrecionalidad se transforme en arbitrariedad.

La segunda, porque la institución de la conformidad no implica, en realidad, un retroceso del ámbito de lo punitivo, sino que representa un *fast track* para la determinación de la responsabilidad y, con ello, para la imposición de una pena. La simplificación de los mecanismos de imposición de pena que caracteriza a la conformidad se produce porque ella autoriza al reo a aceptar la pena sin que se verifiquen jurisdiccionalmente sus presupuestos<sup>490</sup>; en otras palabras, que la conformidad no es más que una fuerte renuncia por el imputado a su derecho fundamental al juicio. Asimismo, el sistema de negociación de la conformidad, se requiere también flexibilidad en la calificación jurídica de las conductas, la persecución por un delito de menor intensidad o alguna otra ganancia para el imputado.

La tercera, como lo afirma STUNTZ, porque la admisión de la negociación en el ejercicio de la acción penal actúa como un elemento que propicia políticas expansionistas del Derecho penal<sup>491</sup>, un resultado alejado del ideal previsto por la Ilustración para la legalidad penal. Este fenómeno se produce porque la negociación facilita obtener más sentencias condenatorias, sobre la base de la renuncia de derechos del imputado y sobre la flexibilización de los criterios de imputación penal. Y porque requiere de la creación de tipos alternativos que permitan ir modificando la calificación de acuerdo con las necesidades del proceso de negociación entre el fiscal y el imputado<sup>492</sup>.

### 12.2.3. El problema: ausencia de mecanismos alternativos de garantía

Que la legalidad penal haya sido despojada de su función garantista originaria es, como se dijo, un fenómeno de antigua ocurrencia. Por eso mismo, el problema no radica en la verificación de esta crisis, sino en que dicha pérdida no haya sido suplida por otros mecanismos alternativos de garantía de la libertad de los ciudadanos. Si la versión formal a que ha sido reducida la legalidad penal ha permitido que, contrario a su sentido inicial, ella se use como fundamento de la acción represiva del Estado dotándola de un funcionamiento liberticida, la labor del jurista debería ser, entonces, buscar otros mecanismos de protección alternativos. Pero esa búsqueda no puede hacerse en el universo de los principialistas porque, como también se ha visto, ha sido una estrategia inútil. Esa búsqueda debe centrarse en el propio Ordenamiento jurídico. En este orden de ideas, recurrir a la proporcionalidad puede ser una táctica que podría rendir resultados. Es cierto que tanto la exigencia de proporcionalidad, como sus elementos integradores, no

---

490 NIEVA FENOLL (2019, p. 329).

491 STUNTZ (2001, pp. 519-ss).

492 STUNTZ (2001, pp. 519-ss).

están expresamente reconocidos en el Ordenamiento jurídico; pero también es cierto que algún material normativo existe; al menos, la proporcionalidad cuenta con algo más de material positivo disponible en el Derecho español y europeo de lo que disponen conceptualizaciones como la culpabilidad o la *ultima ratio*. Asimismo, la proporcionalidad cuenta a su favor con una adopción en el Derecho y jurisprudencia comparados, que puede provocar una inercia por imitación que puede arrojar resultados positivos. Probablemente, la falta de empeño por buscar garantías alternativas a la legalidad penal se deba a una falta de análisis crítico de esta última que haya permitido identificar que ella ya ha dejado de ser lo que fue en el ideal ilustrado. Es posible que la dogmática siga esperanzada en que la legalidad penal es aún lo que los ilustrados visualizaron y continúe esperando que los operadores políticos y jurídicos, por fin, abran los ojos y logren verla. Esa esperanza es ingenua. Aun los ojos más abiertos y perspicaces solo verán lo que hay: la legalidad como un criterio formal.

### 13. Tercer enfoque: capacidad limitadora de la legalidad penal

#### 13.1. Descripción del enfoque

Desde una perspectiva fenomenológica, estudios criminológicos producidos principalmente en el mundo anglosajón, dan cuenta de una crítica al rumbo que, a partir de la década de 1970, estaría tomando la política criminal. Tal orientación estaría representada por un *punitive turn*<sup>493</sup>, una *new punitiveness*<sup>494</sup>, un *get-tough movement*<sup>495</sup> o una *overcriminalization*<sup>496</sup>; y desde la dogmática penal, se le ha descrito como una expansión del Derecho Penal<sup>497</sup>. En síntesis, el sistema penal estaría convirtiéndose progresivamente en una herramienta de recurso preferente por parte de gobiernos y parlamentos como estrategia de control y solución de conflictos, con preeminencia sobre otros mecanismos alternativos al Derecho Penal. Se denuncia, en este sentido, una «huida al Derecho penal»<sup>498</sup>, es decir, un proceso de expansionismo penal «que constituye el distintivo fundamental de nuestro tiempo»<sup>499</sup>.

Este rumbo que estaría tomando la política criminal contrastaría frontalmente con una pretendida capacidad limitadora de la potestad punitiva que se espera de la legalidad penal. Se pretende con ella que rinda efectos como control, tanto del tamaño como de la intensidad del Derecho Penal. En consecuencia, una política criminal expansionista daría cuenta de una crisis de la función limitadora de la legalidad penal. Un proceso expansivo o inflacionario del Derecho Penal y una anticipación de la reacción penal

---

493 HALLSWORTH (2000).

494 PRATT, BROWN, BROWN, HALLSWORTH y MORRISON (eds.) (2005).

495 HINDS (2005, pp. 51, 59).

496 KADISH (1967, 1971); HUSAK (2008).

497 SILVA SÁNCHEZ (2011).

498 VIVES ANTÓN (2011, p. 667).

499 SILVA SÁNCHEZ (1992, p. 16).

al daño de un bien jurídico para pasar a sancionar su mera puesta en peligro, serían las principales expresiones de tal crisis de la legalidad penal. En estos casos, la falsa promesa de mayores niveles de seguridad (ante riesgos reales o interesadamente creados<sup>500</sup>) tendría, en realidad, un solo coste: recortes importantes a la libertad y a la igualdad, transformando a los ciudadanos en «rehenes del peligro de la incriminación»<sup>501</sup>, aunque a algunos en mayor grado que a otros. Bajo este enfoque analítico, se afirma que se produce un Derecho Penal «fuera de todo diseño racional y a través del cual han entrado en crisis todos los clásicos principios garantistas y de legitimación»<sup>502</sup>. El debilitamiento de la capacidad de la legalidad penal de contención del uso del sistema penal daría cuenta de una paradoja: mientras en el mundo occidental la democracia sigue consolidándose como sistema político, al menos formalmente, el Derecho Penal sería, por el contrario, en forma creciente, menos democrático.

Aun en el caso que la política criminal mostrara un comportamiento expansivo, o lo haya mostrado en el pasado, lo cierto es que, desde la perspectiva sostenida en esta investigación, ese elemento fenomenológico no puede ser conceptualmente vinculado con la legalidad penal; al no poder establecerse esa relación, el rumbo de la política criminal no puede ser caracterizado como una crisis de la legalidad penal. El argumento de apoyo a tal afirmación es sencillo: la legalidad penal no tiene ninguna función de limitación a la potestad punitiva, lo que se deriva de su carácter esencialmente formal.

Incluso en una comprensión más amplia de la legalidad penal, los mandatos de *lex certa* (prohibición de leyes y penas indeterminadas) y de *lex stricta* (prohibición de analogía) son difícilmente conciliables con una función de limitación, al menos, en un sentido orgánico. La inexistencia de una función de limitación en la legalidad penal se deriva de su carácter formal. Esto significa que la legalidad penal «dice cómo ha de elaborarse la ley, pero no qué contenido debe incluir ésta»<sup>503</sup>, como lo afirma ALCÁCER GUIRAO, que, aunque expresado por el autor solo con relación al mandato de taxatividad, nada obsta, a mi juicio, a extenderlo al resto del contenido de la legalidad penal. La capacidad de limitación de la potestad punitiva tiene, en el sentido aquí analizado, un carácter orgánico, es decir, la capacidad de constreñir la libertad del legislador, previendo para cada caso límites máximos.

En consecuencia, entre un proceso de expansión del Derecho Penal y la legalidad penal solo pueden establecerse escasas relaciones. Estas se refieren a procesos de expansión que podrían ser caracterizados como anormales, que son aquellos que se producirían por defectos en aspectos formales de la construcción de las normas penales que quedan comprendidas dentro del contenido de la legalidad penal. Por ejemplo, si el legislador aprobara una norma penal del tipo «el que infringiera las disposiciones reglamentarias sobre el tráfico viario»

---

500 FERRAJOLI (2008, pp. 253-256).

501 FERRAJOLI (2006, p. 63, 2008, p. 258).

502 FERRAJOLI (2006, p. 62, 2008, p. 257).

503 ALCÁCER GUIRAO (2012).

### 13.2. Toma de posición: la legalidad penal carece de función limitadora

El análisis de una eventual función limitadora de la potestad punitiva por parte de la legalidad penal requiere de la incorporación de variables históricas. El núcleo esencial de la legalidad penal como garantía consiste en dotar a los ciudadanos de un mecanismo de protección frente a un ejercicio abusivo de la potestad punitiva. Originalmente, la legalidad penal surge como una construcción constrictiva del poder estatal<sup>504</sup>. Una atenta lectura de las Constituciones actuales muestra que estas no son especialmente pródigas en contener disposiciones de las que puedan extraerse normas sobre el Derecho Penal. Curiosamente, sí son especialmente fértiles en disposiciones sobre el proceso penal y el resguardo de la libertad frente a la actividad investigativa y juzgadora del Estado. De hecho, si se compara la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 con las actuales prescripciones constitucionales, estas últimas se aprecian esencialmente pobres en contenido normativo sobre la potestad punitiva. En el caso español, no hay en su ley fundamental provisión alguna que disponga, por ejemplo, que la pena solo puede imponerse después de haberse verificado jurisdiccionalmente la concurrencia en el caso concreto de los presupuestos que permiten imponerla; tampoco ninguna regla de la que se derive la prohibición de recurrir al Derecho Penal si otras formas de control social están disponibles; o que el recurso al derecho punitivo requiera una evaluación de su eficacia como instrumento de control.

Con prescripciones como las de la *Déclaration* francesa de 1789 se pretendió impedir que las decisiones sobre la prohibición penal y sobre la pena para el caso de su infracción, no quedaran entregadas a un mero arbitrio del detentador del poder; que tales decisiones obedecieran a un consenso adoptado en el seno de un grupo deliberante representativo, merecedor de una confianza compartida; que tanto la prohibición como la pena fueran necesarias por la importancia de la conducta dañosa que, con ellas, se pretendía evitar o impedir; y que el ciudadano conociera claramente (o taxativamente) cuáles son las conductas lícitas que podía ejecutar, y también cuáles eran las ilícitas y la consecuencia jurídica que se derivaba de la ejecución de estas. El contenido de este constructo limitador adquiere pleno sentido con relación al momento histórico en el que surgió. Ese momento histórico es el de la transición entre el feudalismo y la monarquía absoluta<sup>505</sup> (el Antiguo Régimen) al Estado liberal (protodemocrático). En este contexto histórico, la legalidad penal debía otorgar una doble seguridad. Por un lado, debía garantizar la supervivencia de los paradigmas conceptuales sobre los que estructuraba el naciente orden, es decir, debía mostrar a los ciudadanos con claridad cuáles son las nuevas reglas del juego a seguir y que solo estas nuevas reglas son, a partir de ese momento, obligatorias. Esto conlleva la necesidad de asegurar que las personas quedan

---

504 En sentido similar, AGUADO CORREA (1999, p. 171), quien, con relación al bien jurídico, afirma que este concepto «expresa el objeto de protección elegido por [el Derecho Penal], perdiéndose de esta manera la intención limitadora del Derecho penal de la Ilustración, que exigía como presupuesto del ejercicio del *ius puniendi* la dañosidad social del hecho a castigar».

505 Sobre la evolución de las formas legales en el paso del feudalismo al Estado liberal burgués, ver BRAZON (2017, pp. 167-169).

independizadas de las anteriores reglas y que la infracción de aquellas ya no generará responsabilidad. Pero, por otro lado, no puede desconocerse que este nuevo orden liberal fue la conquista de un grupo, de una clase específica dentro de la sociedad. Este grupo, la burguesía, fue capaz de comprender que la supervivencia del modelo requería también protegerse de los grupos excluidos del proceso revolucionario –las capas más bajas de la sociedad– o los representantes del antiguo orden –la nobleza<sup>506</sup>.

El Derecho Penal ejerció un rol importante dentro del aparato de supervivencia del nuevo orden. Una vez superada la etapa de instalación de la sociedad liberal-burguesa, el rol de garantía de la legalidad penal comienza a perder su trascendencia. La consolidación del orden liberal se manifestó en la adquisición de un carácter hegemónico. A partir de ese momento, nadie discute la necesidad de la propiedad personal y de la privada de los medios de producción, de la libertad de contratación y de adquisición de la casi totalidad de los bienes disponibles en el mercado, del reconocimiento de un espacio libre de injerencias en el cual realizar las transacciones de bienes y servicios y de la utilidad de este espacio como instrumento de asignación de recursos. La libertad individual se consagra como dogma, aunque libertad es, en realidad, capacidad económica de optar. La consolidación de estos paradigmas hace que la legalidad penal pierda su contenido material. El miedo a un detentador arbitrario del poder dejó de existir, porque el anterior detentador ya había sido depuesto, o se le ubicó en una tribuna prácticamente decorativa, y sus posibilidades de renacer eran nulas. El grupo deliberante representativo al que se asignó la potestad punitiva era merecedor de una confianza ínsita que no requería, por tanto, de constricciones, toda vez que el parlamento era la arena propia y natural del liberalismo y era evidente que, en ella, nada se haría en contra de esa esencia. No se necesitó que la decisión sobre la prohibición penal y la pena siguieran sujetas a la limitación de su necesidad, definida como la preservación de la libertad; la necesidad se modificó y esta pasó a comprenderse como la propia subsistencia del orden liberal establecido. Y, finalmente, al requerirse una mayor efectividad del Derecho Penal como herramienta de protección del orden liberal, fue necesario atemperar la exigencia de taxatividad en la definición de la conducta prohibida, para otorgar mayores espacios de actuación a la persecución penal. En síntesis, la legalidad penal pasó de tener un carácter esencialmente revolucionario, a otro eminentemente conservador. La afirmación sobre la mutación conservadora de la legalidad penal debe entenderse en un único sentido descriptivo: la pérdida de su rol revolucionario es la consecuencia natural de la obtención de una posición hegemónica del conjunto de ideas dentro de las que nació la legalidad penal.

El problema surge cuando la ideología liberal comienza a perder su carácter hegemónico, no solo porque voces disidentes y críticas frente a ella comienzan a surgir, sino también porque, con su giro neoliberal<sup>507</sup>, la ideología liberal ha profundizado su

---

506 Esta idea se relaciona con el análisis Marxista de la legalidad penal, que la comprende como un artefacto institucional que forma de una superestructura que es funcional a las infraestructuras de fuerzas y relaciones productivas. En este sentido, la legalidad penal es un instrumento de la clase dominante, porque le permite definir qué conductas constituyen delitos y media las relaciones de clase con un conjunto apropiado de normas y sanciones (THOMPSON, 1977, p. 259).

507 VIVES ANTÓN (2015, p. 19) destaca que en España, luego de muchos años de gobierno socialdemó-

carácter clasista y, con ello, se ha hecho aun más excluyente. Y porque las inconsistencias entre la ideología (neo)liberal y una concepción democrática en clave jurídica<sup>508</sup> y social han comenzado a profundizarse, produciendo entre ellas un alejamiento. A mi juicio, este giro neoliberal, con sus perniciosas consecuencias, es el que ha vuelto a poner en evidencia la necesidad de limitaciones al poder punitivo estatal (e incluso, supraestatal, como ocurre con la potestad punitiva atribuida a la Unión Europea). Pero ello es un diagnóstico actual de un problema que se arrastra desde el siglo XIX, solo que ahora se vuelve a mostrar.

La ideología neoliberal tiene una genética clasista que puede ser interpretada como un «proyecto político para restablecer las condiciones para la acumulación de capital y restaurar el poder de las elites económicas»<sup>509</sup>, en el que la «libertad de las masas se restringiría para favorecer la libertad de unos pocos», teniendo el sistema penal un rol importante que desarrollar como herramienta para asegurar su supervivencia<sup>510</sup>. El Derecho Penal ya no es solo un instrumento protector de los intereses básicos de la convivencia social, sino también el defensor del conjunto de relaciones económicas y políticas que, a partir de la década de 1970, se han ido abriendo paso. El Derecho Penal se ha transformado en un instrumento de conservación de la distribución de poderes públicos y privados, del mantenimiento del *status quo* y de represión de la incipiente protesta y crítica al sistema instaurado. Así como los monarcas absolutistas contaban con sus ejércitos para abrirse paso en nuevas tierras e imponer en ella sus macrovisiones, el neoliberalismo, que también cuenta con militares y policías en las calles, tiene, además, al Derecho Penal dentro de su arsenal.

Si se acepta como verdadera la premisa de la transformación conservadora de la legalidad penal y que en ese camino se prescindió de los criterios materiales de restricción al ejercicio de la potestad punitiva con los que ella fue dotada en su origen liberal-ilustrado, debe concluirse, entonces, que a la versión actual de la legalidad penal no puede pedírsele que ella actúe como freno o contención frente al ejercicio de la potestad punitiva; o, para mayor exactitud, la actual formulación de la legalidad penal necesariamente

---

crata,

[...] se llevó a cabo una «revolución» conservadora o, si se prefiere, neoliberal, que comenzó un movimiento de privatización de importantes empresas y prestaciones públicas nacionalizadas, que suprimió los frenos keynesianos a las actividades financieras, que puso la práctica totalidad del suelo a disposición de la especulación inmobiliaria y logró, con todo ello, dinamizar la economía. El éxito de esa «revolución» tuvo una contrapartida moral: la ideología solidaria quedó prácticamente eliminada y la vida social se convirtió en esa carrera egoísta y consumista a la que se acaba de hacer referencia.

508 La ideología neoliberal plantea un reemplazo de los criterios de legitimación del poder. De acuerdo con el liberalismo clásico, el fundamento de legitimidad del poder se encontraba en el acuerdo de los miembros de la comunidad que se expresaba en estructuras políticas y jurídicas representativas, aun con los sesgos de esta formulación; en el neoliberalismo, en cambio, dicha legitimidad se encuentra en la capacidad del poder estatal para garantizar la prosperidad individual y condiciones adecuadas para una actividad económica sin interferencias (BLALOCK, 2014, pp. 72-73).

509 HARVEY (2007, p. 24).

510 HARVEY (2007, p. 79).

va a producir rendimientos limitados en cuanto a su rol de garantía. Estos se reducirán al aspecto formal antes analizado, constituido por la radicación de la potestad punitiva en el legislador, pero nada relacionado con el contenido de la prohibición penal y de la naturaleza y cuantía de la pena. Que la legalidad penal no pueda actuar como un límite de la potestad punitiva no le es imputable a ella; que la legalidad penal no impida la punición de la protesta o la incorporación de la cadena perpetua como pena, no puede ser, en este sentido, calificado como una crisis de la ley en el sentido de juridicidad. Ella debe ser, en este aspecto, absuelta. Al final de cuentas, la legalidad penal no es ni prescribe más que lo que el artículo 25.1 CE dispone como su contenido.

#### 14. ¿Prescindir de la legalidad penal?

Sobre la base del diagnóstico anterior, podrían pensarse en dos siguientes pasos lógicos posibles. El primero, reclamar la prescindencia de la legalidad penal y la atribución del ejercicio de la potestad punitiva en su faceta de definición de prohibiciones y de penas al ejecutivo, previendo algún tipo de control democrático. El segundo, adoptar una estrategia de reforma del artículo 25.1 CE, reponiendo en la legalidad penal limitaciones materiales que alguna vez tuvo, e incorporando nuevas, como lo ha propuesto una parte de la doctrina<sup>511</sup>.

Sin embargo, no comparto ninguna de esas dos opciones.

Por un lado, no puede prescindirse ni de la legalidad penal ni, en general, de garantías que tengan alguna capacidad limitadora, por mínima que sea, del ejercicio de la potestad punitiva. Tanto los costes en términos de la vigencia de la libertad y de los demás derechos fundamentales por el ejercicio de la potestad punitiva, como el peligro de transformar la persecución penal en un Estado democrático en una represión/opresión penal de un Estado policial, pueden llegar a ser excesivamente elevados los primeros, y devastadores el segundo. Esta sola afirmación justifica, desde mi punto de vista, la existencia de constricciones al poder público, tanto en la función de definir las prohibiciones penales y las penas, como en la aplicación de esas normas.

Por otro lado, la idea de reformar el texto constitucional, incluyendo en este un catálogo de principios limitadores tampoco me parece una buena estrategia. Primero, porque una reforma de esa naturaleza obligaría no solo a mencionar las etiquetas de esos principios, sino también a definirlos, si lo que se quiere es que ellos tengan una eficacia real. La traducción de los principios acuñados por la dogmática a normas jurídico podría llegar a ser una tarea extremadamente difícil, tanto porque el lenguaje del discurso doctrinal y el de las normas no es el mismo, como porque si ni la propia dogmática ha llegado a un consenso sobre el contenido de esos principios, no puede pedirse al Cons-

---

511 JARIA I MANZANO (2015, pp. 141-142), por ejemplo, no evalúa positivamente que la exigencia de un mayor consenso para la creación de una norma penal, expresado en la reunión de los quórum de ley orgánica, haya actuado como elemento de mayor legitimidad a la norma penal y justificar la deferencia de la jurisdicción constitucional a las decisiones del legislador, lo que lo lleva a concluir en la «necesidad de establecer ciertos límites constitucionales a las decisiones legislativas en materia penal, más allá de la condición procedimental derivada del art. 81 CE».

tituyente que lo logre. Segundo, porque dicha inclusión sería, en definitiva, una tarea imposible de agotar y podría condenar al texto constitucional a predicar un programa de política criminal no realizable.

Por el contrario, estimo –como se esbozó previamente<sup>512</sup>– que el problema puede encontrar una solución buscando dentro de la geografía del texto constitucional y de los tratados internacionales. No tiene sentido esperar de la legalidad penal un rendimiento diferente del que ha mostrado hasta ahora, si se sigue estimando que su base normativa se sitúa en el artículo 25.1 CE, en el artículo 7º CEDH o en el artículo 49 CDFUE. El problema se manifiesta, de igual forma, ya sea que las disposiciones antes citadas se interpreten en forma aislada o coordinada. Tampoco me parece útil buscar en los textos normativos disposiciones que consagren principios limitadores de la potestad punitiva, porque ellos no están; y, salvo especiales habilidades de interpretación, que tienen más de creatividad que de práctica jurídica, esos principios no podrán hallarse. En suma, que la solución no consiste ni en prescindir de la legalidad, ni en reformar el texto constitucional llenándolo de conceptos que carecen de contenido propio o, al menos, claramente identificable<sup>513</sup>.

La solución al problema planteado, a mi juicio, requiere en el plano conceptual, de una nueva comprensión de la potestad punitiva con relación a la vigencia efectiva de la libertad y de los demás derechos fundamentales y la asunción de su naturaleza esencialmente política. Asimismo, la solución necesita integrar el Derecho supranacional que es, hoy por hoy, una realidad tan tangible como lo es propio texto constitucional. Y finalmente, desde una perspectiva de operación del ordenamiento jurídico, asumir que la regla fundamental de ejercicio de la potestad punitiva no es la legalidad penal, sino la cláusula general de restricción de derechos, cuyo contenido puede esclarecerse a través del principio de proporcionalidad en sentido amplio.

La solución que estimo más plausible consiste en reconocer que la norma penal constituye siempre una *injerencia* (en el sentido de limitación o restricción)<sup>514</sup> sobre la libertad de la persona en un doble sentido: tanto porque prohíbe la realización de una conducta (la conducta típica) que, en principio, está protegida por los supuestos de hecho comprendidos por la libertad en general; como porque permite la imposición de una pena que, por regla general, es privación de la libertad o de otro derecho. Así, por lo demás, también lo ha interpretado el TEDH<sup>515</sup>. Luego, si la norma penal (que funda-

---

512 Ver *Supra* §33.1.3.

513 Comparto, en este sentido, por ejemplo, el análisis que efectúa MAÑALICH RAFFO (2018, pp. 64-ss) sobre el principio de subsidiariedad, sobre el que, persuasivamente, demuestra que carece de un contenido unívoco.

514 La expresión es usada en el sentido en el que lo hace la dogmática constitucional, como por ejemplo, BARNES (1998); distinto de la injerencia en el sentido penal, como «deberes que resultan de un comportamiento previo» (JAKOBS, 1999, p. 18) en los fundamentos de la posición de garante en la comisión por omisión.

515 El TEDH ha declarado que la conducta prohibida por el tipo penal de calumnias constituye una injerencia sobre la libertad de expresión. En el *caso Toranzo Gómez v. España*, el tribunal europeo conoció de la demanda de un ciudadano español que había sido condenado por los tribunales nacionales como autor de un delito de calumnias. Los hechos consistieron en que el demandante ante la jurisdicción europea, en una compa-

menta la pena) es una injerencia sobre ese derecho, ella solo será constitucionalmente admisible, en la medida que respete la norma constitucional que regula las injerencias permitidas, es decir, o la cláusula general de restricción de derecho o las cláusulas específicas que se hayan previsto. La regulación constitucional permite la injerencia en un derecho fundamental –que no es otra cosa que su restricción– en la medida que: se cumpla con un criterio formal, según el cual, la restricción debe estar prevista o autorizada por la ley u otra norma jurídica; y criterios materiales de acuerdo con los cuales, la restricción no implique la supresión del derecho, es decir, que respete su contenido esencial; y que tal restricción logre responder interrogantes sobre su finalidad, su necesidad, la conexión entre fin y necesidad y sobre la relación coste-beneficio; en suma, sobre su proporcionalidad en sentido amplio.

En suma, que el axioma *nullum crimen nulla poena sine lege* no debería considerarse la piedra angular de construcción del Derecho Penal. Esta debería reconstruirse para dar paso a otro axioma legitimador, que propongo denominar de *juridicidad proporcional* y que puede expresarse, sintéticamente, en la fórmula siguiente: No hay prohibición penal ni pena, sin norma jurídica permitida y proporcional (*nulla criminalibus prohibitio et poena, sine norma licet et proportionalis lex*).

---

recencia de prensa después de ser detenido por la policía, alegó haber sido víctima de torturas por parte de los agentes estatales. el TEDH resolvió que las condenas de los tribunales nacionales españoles «constituían una «injerencia por parte de una autoridad pública» con la libertad de expresión del demandante con arreglo al primer párrafo del artículo 10» del CEDH (§46). El tribunal afirmó que esa injerencia consistía en las conductas punibles descritas por los artículos 205 y 206 CPe (delito de calumnias); que la limitación que implicaban esos delitos es admisible en abstracto porque se fundamentaban en la protección de la reputación o los derechos de otros, que es una de las restricciones admitidas por el CEDH a la libertad de expresión (§47). En el caso, el TEDH admitió la demanda, decidiendo que las expresiones proferidas por el demandante sí estaban protegidas por el artículo 10 CEDH (STEDH 26922/14, *caso Toranzo Gómez v. España*).

## Capítulo III.

# Concepto de juridicidad proporcional

### 15. Introducción al Capítulo III

A partir de la decisiva influencia de la Ilustración en la construcción del moderno Derecho Penal, la legalidad penal ha ocupado un lugar central, cuya importancia es innegable. Sin embargo, atendida su naturaleza esencialmente formal, la legalidad penal no tiene la capacidad de limitar el ejercicio de la potestad punitiva. Tal limitación es necesaria, no solo desde una perspectiva coyuntural determinada por la peligrosa orientación que pudiera estar adquiriendo la política criminal, sino también desde una perspectiva general como facultad estatal capaz de restringir derechos fundamentales.

En esa línea de razonamiento, se pretende un primer esbozo de lo que, en el futuro, podría ser la construcción de un modelo de limitación material de la potestad punitiva, es decir, la fijación de unos límites máximos para la actividad punitiva del Estado. Una vía de construcción de ese límite consiste en la reforma del texto constitucional, incorporando en él disposiciones que directamente limiten la potestad punitiva. Pero esa estrategia no garantiza, a mi juicio, niveles adecuados de eficacia. Estimado, en cambio, que un esfuerzo de una nueva comprensión de las disposiciones vigentes no solo es necesario, sino posible; y que produzcan como resultado un estatuto jurídico de limitación de la potestad punitiva.

Ese modelo es el que me he permitido denominar *juridicidad proporcional* que puede ocupar el espacio destacado que, hasta el momento, ha ostentado la legalidad penal.

La estructura de la juridicidad proporcional, que se desarrollará en este Capítulo es la siguiente:

La juridicidad proporcional opera como un control sobre la admisibilidad constitucional de una norma que fundamenta la pena. El núcleo central de este tipo de normas jurídicas es la prohibición penal que de ella emana. Tal prohibición debe considerarse, *prima facie*, como una restricción de un derecho fundamental, principalmente, la libertad general de actuación que es consustancial al modelo de democracia liberal. Luego, entonces, la norma que fundamenta la pena tendrá un carácter infraconstitucional y,

además, limitativo de derechos asegurados en el nivel constitucional. En consecuencia –y he aquí el primer supuesto radical– la norma que fundamenta la pena (concretamente, la prohibición penal) es una injerencia sobre un derecho fundamental. Se produce, en este punto, la colisión de dos normas: la constitucional que permite una determinada actuación, y la infraconstitucional que la prohíbe. Si no hay más normas disponibles, la colisión debería resolverse de acuerdo con el principio de jerarquía normativa, según el cual, la eficacia activa de la norma superior siempre tendría capacidad derogatoria de la norma inferior contraria a aquella.

El Derecho Constitucional creado a partir de la segunda mitad del siglo XX ha previsto normas para solucionar esta antinomia. Estas consisten en un estatuto jurídico de la limitación de derechos fundamentales que determina los supuestos dentro de los que tal limitación es admisible.

Este estatuto jurídico es plenamente aplicable tanto a la norma que fundamenta la pena como a la pena misma, por igual. De esta forma, atendido el carácter de injerencia de la norma que fundamenta la pena y de la pena, ellas siempre requerirán una justificación, es decir, cumplir con el estatuto de la limitación; de ese cumplimiento dependerá su admisibilidad constitucional.

La exposición de las principales características de la juridicidad proporcional se inicia en el §16, con la introducción del concepto de norma que fundamenta la pena. El §17 revisa algunos métodos para evaluar la admisibilidad de una norma que fundamenta la pena, para terminar destacando que la forma más adecuada es considerar a la conducta típica y a la pena como *injerencias*, es decir, como limitaciones a derechos fundamentales y, por consiguiente, aplicándole el estatuto previsto para ellas. El §18 desarrolla la relación entre libertad y Derecho Penal desde el prisma de la injerencia o restricción de derechos que es parte del núcleo central de la fundamentación de la juridicidad proporcional.

Dentro de su conceptualización, el §19 analiza la juridicidad proporcional como una regla jurídica, descartando que ella constituya un principio; el §20 se centra en su naturaleza de garantía de otros derechos fundamentales. La determinación de la naturaleza de la juridicidad proporcional como regla y como garantía es útil para precisar su rango de operatividad. Así, por ejemplo, al ser una regla, la proporcionalidad debe ser siempre aplicada, salvo que exista una excepción o una norma superior aquellas que la prevén, que autoricen su no-aplicación en un caso concreto. Al considerarla una garantía, se está diciendo que su función es permitir la vigencia efectiva de otros derechos, en concreto, aquellos derechos sobre los que se pretende establecer una injerencia.

## 16. Norma que fundamenta la pena

Para explicar los distintos grados o ámbitos en los que puede operar la analogía, en el desarrollo del mandato de *lex stricta* en la comprensión tradicional de la legalidad penal, se han propuesto las categorías de leyes *in malam partem* y leyes *in bonam partem*. De acuerdo con estas, la integración analógica de las primeras se considera prohibida y

permitida para las segundas<sup>516</sup>.

La fórmula de comprensión del mandato de taxatividad basado en la distinción entre analogía *in bonam partem* –admitida por el mandato de taxatividad– y la *in malam partem* –prohibida–, está lejos de ser lo suficientemente explicativa que permita su aplicación sin inconvenientes. El esclarecimiento del punto radica aquí en determinar los supuestos dentro de los que el producto de la interpretación o de la analogía puedan considerarse *in bonam* o *in malam partem*.

Este problema de aplicación del alcance de la exigencia de *lex stricta* sobre la analogía –y también aplicables a la prohibición de retroactividad– muestra que dicha construcción tiene serias dificultades, aun para aplicarse dentro de la comprensión tradicional de la legalidad penal. Y su referencia en esta parte, se justifica porque la propuesta de la *juridicidad proporcional*, como evolución de la legalidad penal, requiere trazar una distinción, como la de leyes *in bonam* e *in malam partem*; pero, por los problemas anotados, debe intentarse un criterio diferente de distinción.

Para los efectos de esta investigación, estimo más preciso adoptar una bipartición de las normas penales basada en la función que ellas desempeñan con relación a la pena. Esta nueva distinción aparece en RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, aunque en un sentido diferente<sup>517</sup>.

La distinción propuesta aquí consiste en separar conceptualmente las normas en dos grupos. El primero está integrado por aquellas normas que fundamentan la pena;

---

516 En palabras del TCe, «...cabe hablar de aplicación analógica o extensiva «*in malam partem*», vulneradora de aquel principio de legalidad, cuando dicha aplicación resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el Ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica» (STCe 137/1997, FJ 7°. A partir de esta sentencia, el criterio ha sido reiterado; ver SsTCe 236/1997, FJ 3°; 142/1999, FJ 4°; 185/2000, FJ 4°; 123/2001, FJ 11°; 125/2001, FJ 3°; 126/2001, FJ 4°; 127/2001, FJ 4°; 167/2001, FJ 3°; 123/2002, FJ 8°; 170/2002, FJ 12°; 13/2003, FJ 3°; 38/2003, FJ 8°; 52/2003, FJ 5°; 229/2003, FJ 16°; 163/2004, FJ 7°; 151/2005, FJ 9°; 283/2006, FJ 5°; 34/2009, FJ 6°). El TS ha adherido a esta tesis jurisprudencial. En este sentido, SsTS 3864/2013, FJ2° y 643/2019, FJ 10°. En un sentido completamente disímil, se ha negado que exista una diferencia entre analogía e interpretación e, incluso, se cuestiona la utilidad del concepto de <tenor literal> como real límite a la aplicación de la ley penal. En este contexto conceptual, «[l]a inexistencia de un límite fijo externo al aplicador sólo podría atemperarse con la genérica apelación al respeto a la división de poderes, o al *ethos* de la fidelidad para con la norma, en definitiva remitiéndose a la prudencia judicial» (GARCÍA ALBERO, 2008, p. 65).

517 En efecto, tales autores proponen abandonar la distinción entre analogía *in bonam* e *in malam partem* para adoptar una nueva: la analogía permitida y la prohibida (RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, 1994, pp. 254-255). La analogía *permitida* es definida por ellos como «toda analogía que no sea fundamentadora de delitos, causas de agravación o medidas de seguridad» (p. 254), mientras que *prohibida* es aquella «que conduzca a resultados en oposición con el principio de legalidad» (p. 255). La clasificación así planteada tiene, a mi juicio, un innegable germen de utilidad, pero no termina de ser completamente útil. El defecto de la clasificación propuesta radica en que ella sigue basándose, al igual que aquella que intenta superar, en juicios de valor en términos de determinar una u otra categoría. Tal defecto se muestra más expresamente en la definición del contenido de la denominada analogía <prohibida> que resulta ser tautológico, al igual que de *in malam partem*. Ello porque decir que es prohibida la analogía que es contraria a la legalidad penal, nada agrega en la distinción con la de *in malam partem*. Por el contrario, la definición del contenido de la analogía <permitida> es más sustancial, al referirse a aquella que no cumple una función; en el caso, de fundamentación de la pena.

el segundo, por aquellas que le restan fundamento. La separación se estructura sobre la base de la función que cada grupo de normas está llamado a desempeñar. Una norma fundamenta la pena cuando, por infringirse una prohibición penal contenida en ella, se autoriza la imposición de una pena o su agravación; mientras que una norma le resta fundamento, cuando por esa norma, o no puede imponerse una pena o debe imponerse una de menor entidad que la originalmente aplicable.

En el sentido aquí indicado, el concepto de prohibición penal comprende toda norma jurídica que fundamente la pena, es decir, que permita la declaración de responsabilidad penal. No solo es una prohibición penal la comprendida en el artículo 138 CPe, que prohíbe matar, realizando el hecho por sí solo, sino también la norma que prohíbe inducir a otro a matar o cooperar en forma necesaria con otro que mata, en virtud de lo dispuesto en el artículo 28 CPe. Esta última es también una prohibición penal, ya tanto porque el artículo 28 CPe prohíbe cooperar necesariamente con el autor ejecutor, como porque inducir y cooperar necesariamente con la ejecución de un delito son normas que permiten la imposición de una pena. Por ello, dentro del concepto de prohibición penal no solo quedan comprendidos los tipos penales, sino toda norma que contenga un elemento que actúe, directa o indirectamente, como presupuesto de la responsabilidad penal.

El tipo penal sería el ejemplo paradigmático de norma que fundamenta la pena que podría denominarse *norma fundamentadora directa*, es decir, que contiene directamente la prohibición de actuación. Pero también son de aquellas que fundamentan la pena, las circunstancias que agravan la responsabilidad penal, las reglas que fundamentan la punibilidad de la comisión por omisión (artículo 11 CPe), las definiciones de conspiración y provocación (artículos 17 y 18 CPe, respectivamente) o las que determinan los títulos de imputación personal, por nombrar algunos casos. En este caso, podría hablarse de *norma fundamentadora indirecta*, ya que, aunque no contiene una prohibición de actuación en sí misma, extiende la prohibición directa a otras personas o a otros supuestos de hecho delimitados por ella. Por el otro lado, son normas que le restan fundamento a la pena, por ejemplo, las reglas de la ley más favorable al reo a que se refiere el artículo 2.2 CPe y las circunstancias eximentes de responsabilidad, ya sean calificadas dogmáticamente como causales de justificación o de exculpación, por nombrar algunos ejemplos.

Esta distinción se fundamenta en el carácter de injerencia que sobre la libertad u otro derecho tenga la norma penal. Como consecuencia de ello, los dos grupos de normas deben quedar sometidos a un estatuto jurídico diferente, con un mayor carácter restrictivo sobre las que fundamentan la pena que sobre las otras.

La distinción propuesta tiene repercusiones claras en el objeto de esta investigación. La primera de ellas consiste en que las normas que fundamentan la pena van a ser caracterizadas como injerencias en derechos fundamentales y, en consecuencia, su admisibilidad constitucional estará determinada por el cumplimiento de esa norma del estándar de proporcionalidad. En sentido contrario, las normas que restan fundamento a la pena no tendrán ese carácter de injerencia y, por tanto, no están sometidas al criterio de proporcionalidad. Las normas que le restan fundamento a la pena estarán vinculadas a un

estatuto jurídico diferente, que excede los márgenes de este trabajo, pero que también representa problemas jurídicos. La segunda importancia de la distinción propuesta se refiere a que la exigencia de proporcionalidad no solo se refiere a las normas fundamentadoras directas, sino también a las indirectas, en igual forma<sup>518</sup>.

## 17. Distintas posibilidades para admitir una norma que fundamenta la pena

El problema de los supuestos de admisibilidad de la prohibición penal y de la pena estará determinado según cuál sea el enfoque que se adopte sobre la relación entre la libertad y el Derecho Penal.

Como se analizará a continuación, desde un enfoque minimizador, la validez de la norma prohibitiva (que no es lo mismo que la de la pena) estará determinada por cuestiones relativas al órgano de producción de esa norma, la fuente formal y el cumplimiento de los mandatos de determinación y taxatividad, criterios que pueden caracterizarse como internos. En cambio, en un enfoque maximizador, la legitimidad de la prohibición penal requerirá de un criterio externo, vinculado con la justificación de la prohibición de comportamiento que representa la norma penal. En este contexto, para analizar este problema, puede partirse de una legitimidad *per se* de la norma que fundamenta la pena, una especie de autorización evidente o naturalmente contenida en el Ordenamiento jurídico, para llegar a posiciones que requieren una fundamentación jurídica de la potestad punitiva que, en el sentido aquí indicado, es la potestad de prohibir conductas originalmente permitidas.

### 17.1. La admisibilidad por el tipo de conducta prohibida

Puede estimarse que las prohibiciones penales de robar, matar o agredir sexualmente, entre otras, son imprescindibles para una vida pacífica en comunidad. En consecuencia, desde esta perspectiva podría argumentarse que robar, matar o agredir sexualmente son conductas lo suficientemente dañinas que justifican *per se* su prohibición. El Derecho Penal no prohíbe pasear por el parque o ser descortés; por el contrario, se refiere a prohibiciones que se juzgan como indispensables. De estas premisas podría fundarse una especie de admisibilidad de la prohibición penal naturalmente contenida en el Ordenamiento jurídico que, fundado en el tipo de conductas que prohíbe, su justificación

---

518 Un ejemplo de la aplicación de esta distinción puede encontrarse en el caso *Silgado*, resuelto por la Corte Suprema israelí y a la que se refieren GUR-ARYE y WEIGEND (2011, pp. 75-ss). En este caso, dicha magistratura revisó la admisibilidad constitucional no de un tipo penal o de una pena específica, sino de una disposición del Código Penal israelí relativa a los títulos de imputación personal (el artículo 34A(a)(1)). Esta disposición, prevista para los casos de pluralidad de sujetos activos, regula los casos de desviación de la convergencia del dolo, extendiendo la responsabilidad penal por el hecho no cubierto por dicha convergencia a los demás partícipes, basado el criterio de la previsibilidad razonable de comisión del delito adicional. Esta «disposición draconiana [...] impone, en ciertas circunstancias, responsabilidad penal por delitos dolosos, incluyendo el homicidio, a una persona que ha sido meramente negligente» (BENDOR y DANCIG-ROSENBERG, 2016). La Corte Suprema de Israel declaró la admisibilidad constitucional de la disposición revisada. La sentencia del caso *Silgado* aparece también analizada en ROACH (2011, p. 92).

es evidente y necesaria, que no requiere mayores esfuerzos de fundamentación. Sería una tesis de suficiencia<sup>519</sup>, según lo cual la dañosidad es suficiente para justificar la prohibición de la conducta.

El origen de este argumento puede trazarse hasta el nacimiento de la moderna dogmática penal, que operó sobre la base de las leyes como expresión racional de la voluntad del colectivo «dotadas de una validez general y de una potestad irresistible y soberana»<sup>520</sup>. Sin embargo, el argumento carece de posibilidades de actuar como un criterio de legitimación de la prohibición penal. Antes que todo, porque la prohibición penal, y su contenedor, el delito, no es una realidad ontológica, sino pura creación normativa. Y luego, porque, en efecto, el carácter evidente de la necesidad penal puede presentarse solamente en los delitos que conforman el anillo más céntrico del Derecho Penal, el denominado *núcleo duro* del Derecho Penal<sup>521</sup>. Negar la necesidad de prohibir penalmente el homicidio, las lesiones, el genocidio o la violación parece ser una tarea difícil de sortear, al menos sin alterar las bases conceptuales mismas del Derecho Penal. El carácter evidente, en el sentido de auto explicativo, desaparece, sin embargo, con relación a prohibiciones penales que se alejan del centro del Derecho Penal. ¿Por qué prohibir penalmente meros incumplimientos de deberes administrativos o las injurias al Rey?

Además de la objeción anterior, al modelo de la admisibilidad *per se* puede oponérsele otras críticas. En efecto, estimar necesaria una prohibición penal no es lo mismo que afirmar que su admisibilidad esté justificada. Necesidad no es sinónimo de admisibilidad. Esta afirmación supone el rechazo de modelos de legitimación apriorística del Derecho Penal y de la pena (formas de sustancialismo o moralismo jurídico propio de la retribución ética y formalismo o legalismo ético propio de la retribución jurídica<sup>522</sup>), porque ellos, tal como muestra la experiencia histórica reciente, conducen a resultados indeseables y esencialmente negadores de la dignidad humana; e implica asumir un modelo que requiere una justificación a posteriori<sup>523</sup>.

La aceptación de la idea de una autorización <natural> (una posición autojustificada) para prohibir conductas requiere de dos presupuestos: (a) que esas conductas no están amparadas por la libertad de actuación (no existe un derecho a robar, a matar o a agredir sexualmente a otro; en general, no existe un derecho a cometer delitos o a dañar a otros); y (b) que el daño que producen las conductas prohibidas penalmente autoriza por sí solo su prohibición por cuanto dichas conductas afectan derechos fundamentales o intereses protegidos de la persona afectada. El primer presupuesto es erróneo; y el segundo, inadecuado para resolver el problema.

El primer presupuesto es errado porque, como lo destaca BARAK, es cierto que no existe un derecho fundamental a robar, pero también es verdadero que «si la autonomía

---

519 Como el contrario a la tesis de la insuficiencia a la que se refieren SIMESTER y VON HIRSCH (2011, pp. 22-23)

520 VIVES ANTÓN (2011, p. 663).

521 Sobre este concepto, ver RANDO CASERMEIRO (2010, pp. 220-ss)

522 FERRAJOLI (2016, p. 296, nota al pie n° 74).

523 FERRAJOLI (2016, pp. 326-ss).

privada es un derecho fundamental, el acto de robar es parte de tal derecho (a nivel constitucional), ya que constituye una acción dentro de la propia autonomía privada»<sup>524</sup>. A esta conclusión se llega de la simple lectura de las disposiciones en las que los derechos fundamentales encuentran su forma concreta. Esos textos positivos marcan los contornos de los derechos, es decir, determinan qué partes de la realidad quedan comprendidos dentro de ellos y cuáles no. Esa delimitación de lo que queda dentro del derecho es lo que se denomina su *supuesto de hecho*<sup>525</sup>. Lo que queda dentro es lo protegido por el derecho. De esta forma, si se revisa el catálogo de derechos fundamentales aplicables en el Ordenamiento español, debe notarse que el Constituyente, al delimitar cada uno de los derechos fundamentales no ha decidido, por regla general, dejar fuera de ellos aquellas conductas que la ley penal describe como delitos. La única excepción podría encontrarse en el artículo 45.3 CE, según el cual la infracción a la utilización racional de todos los recursos naturales y a la solidaridad colectiva en tal uso, estará sujeta a sanciones penales o administrativas, junto con la obligación de reparar el daño causado. Este es, dentro del texto constitucional, el único caso de una autorización expresa para la prohibición penal de las determinadas actuaciones indicadas. Por consiguiente, la justificación de la prohibición penal de uso irracional de los recursos naturales no presenta, en principio problemas, toda vez que es el propio Constituyente el que permite esta restricción.

Pero fuera del ámbito del artículo 45 CE, la situación es diferente. Aquí solo encontramos cláusulas específicas de restricción<sup>526</sup> a los supuestos de hecho de los derechos. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la libertad ideológica, religiosa y de culto, cuyos ejercicios no pueden afectar el orden público (artículo 16.1 CE) o la limitación del uso de la informática para garantizar la vigencia efectiva del honor y de la intimidad personal y familiar (artículo 18.4 CE). En una primera perspectiva de análisis, la prohibición penal de los casos excluidos de los supuestos de hecho de los derechos no requiere de una especial justificación en cuanto a la autorización de tales prohibiciones. Lo anterior, porque si el legislador decide prohibir penalmente esas conductas, tal prohibición no tiene el carácter de injerencia sobre un derecho fundamental.

Así, los apartados 2 y 5 del artículo 197 CPe prevén una prohibición penal de la conducta que consiste en el apoderamiento de datos reservados de carácter personal que revelen la ideología o la vida sexual, entre otros aspectos, de la persona titular de esos datos que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos. La infracción a esa prohibición penal se sanciona con prisión de cuatro a cinco años. Supuesto que, en un caso concreto, haciendo uso de sus conocimientos y destrezas, un *hacker* accedió a la base de datos de un psiquiatra en el que almacena información sobre sus pacientes y, de esta forma, se apoderó de tal información. Como los datos allí almacenados están protegidos por la intimidad, la conducta ejecutada por el *hacker* está expresamente excluida del supuesto de hecho de la libertad. Cuando el *hacker* accede a la base de datos del psiquiatra no está ejecutando una conducta amparada por ese derecho, como sí lo

---

524 BARAK (2017, p. 67).

525 BARAK (2017, p. 43).

526 BARAK (2017, p. 169)

hace si ingresa, por ejemplo, a una base de datos publicada por el Instituto Nacional de Estadística en su sitio web para uso público.

*A contrario sensu*, lo que no se incluye en las cláusulas restrictivas específicas, debería considerarse comprendido dentro del derecho, en la medida que una concreta expectativa esté incluida en la delimitación del derecho. Por esa razón, la conducta de robar debe considerarse comprendida en la libertad. En palabras del TCe «el principio general de libertad que consagra la Constitución en sus arts. 1.1 y 10.1 autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas»<sup>527</sup>. Esta es la razón por la que una autorización natural o *per se* del Derecho Penal debe rechazarse.

En suma, la decisión de recurrir al Derecho Penal no es viable por sí sola, ni tampoco está intrínsecamente justificada. Es decir, que el legislador no puede decidir la prohibición penal de la distribución de sustancias estupefacientes solo porque sí, solo porque crea que esa conducta *deba* estar penalmente prohibida. No existe algo así como una justificación *per se* para recurrir al Derecho Penal, por más dañosa que se considere que es la conducta que se pretende prohibir. Cada decisión de establecer una prohibición penal debe estar lo suficientemente fundamentada. Y ese fundamento pasa por someter a la prohibición penal al examen de la juridicidad proporcional. En esta lógica, incluso la prohibición penal de matar a otros, identificada como un elemento esencial del conjunto del Derecho Penal nuclear, requiere de la validación de la conformidad de dicha norma que fundamenta la pena con los valores constitucionales y las normas que regulan las relaciones entre esos valores en una perspectiva dinámica.

## 17.2. La admisibilidad por producción

Otro posible criterio de admisibilidad de la prohibición penal y de la pena es el que se refiere al acatamiento de las reglas de producción normativa, tal como se plantea desde la perspectiva tradicional de la legalidad penal, a la que ya se ha hecho referencia.

Pero desde el enfoque de la prohibición penal y de la pena como injerencias, el criterio de admisibilidad según la producción normativa, aunque correcta, es, sin embargo, insuficiente. A lo sumo, este criterio podría otorgar una validez formal de la prohibición penal, pero en ningún caso soluciona el problema material de la autorización del legislador para prohibir conductas. En otras palabras, que del artículo 25.1 CE –donde se sitúa el fundamento normativo más directo de la legalidad penal– no puede derivarse una autorización para limitar otros derechos fundamentales; y si, aun con un esfuerzo interpretativo se llega a esa conclusión, debe reconocerse que el criterio es solo formal; no entrega información sobre el contenido y límites de la autorización para limitar derechos fundamentales. Esto último es particularmente problemático, según se ha analizado, en momentos como el actual, en el que el Estado legalista ha prescindido de las limitaciones materiales al ejercicio de la potestad punitiva, de modo que la función de garantía de libertad que antes desarrolló la legalidad penal, ya no la posee.

---

527 STCe 93/1992, FJ 8º. En el mismo sentido, STCe 83/1984, FJ 3º.

### 17.3. La admisibilidad por representatividad y consenso

Otra posible forma de fundamentar la admisibilidad de la norma que fundamenta la pena, como la pena misma, es a través de los criterios de representatividad y consenso (la «dignidad democrática de la ley»<sup>528</sup>), tal como se expuso previamente al momento de analizar el fundamento político de la legalidad penal. En este caso, la norma que fundamenta la pena es admisible (y tolerable) porque es expresión de un consenso que se alcanzó en un órgano lo suficientemente representativo, que otorga garantías sobre la identificación del colectivo social con la prohibición penal y la pena. Este criterio de validez se relaciona directamente con la naturaleza misma de la democracia representativa.

Esta es la idea que está detrás del argumento de deferencia al legislador democrático<sup>529-530</sup> al que ha recurrido la justicia constitucional y los autores «constitucionalistas»<sup>531</sup> para abstenerse de controlar el contenido de leyes penales, asumiendo una «presunción de constitucionalidad de las normas con rango de ley, emanadas del Parlamento»<sup>532</sup>. En particular, sobre la doctrina del TCe sobre la proporcionalidad «es rigurosa en su contenido y en su raigambre constitucional, pero sitúa en un punto muy bajo el nivel de desapego inconstitucional al principio»<sup>533</sup> y ha dejado un «generoso espacio de actuación [...] al legislador penal en punto a las exigencias de reserva de ley y taxatividad»<sup>534</sup>.

El TCe ha declarado que «la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo»<sup>535</sup>, reconociéndole «un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática»<sup>536</sup>. En consecuencia, el legislador tiene un «margen de apreciación que corresponde al arbitrio [de este] para la fijación de las penas...»<sup>537</sup>, y que no se infringe la legalidad penal por la inclusión en el tipo de conceptos cuya deli-

---

528 FERRERES COMELLA (1997, p. 37,38).

529 Sobre la deferencia hacia el legislador democrático, ver FERRERES COMELLA (1997, pp. 38-ss)

530 Sobre los conceptos de deferencia y margen de apreciación, ver MARTÍNEZ ESTAY (2014, pp. 372-ss).

531 ATIENZA (2007, p. 216).

532 ALCÁCER GUIRAO (2010, p. 20). Al respecto, el mismo autor (2012) ha criticado la actitud del TCe, sosteniendo que este «se ha venido mostrando poco exigente en su cometido de control al legislador penal, tendencia expresada no sólo en las declaraciones programáticas efectuadas al efecto, sino también en la delimitación del contenido y alcance del derecho fundamental» a la legalidad penal.

533 LASCURAÍN SÁNCHEZ (2012, p. 29).

534 ALCÁCER GUIRAO (2012).

535 STCe 55/1996, FJ 6º. En el mismo sentido, SsTCe 161/1997, FJ 9º; 136/1999, FJ 23º; 99/2008, FJ 4º; 45/2009, FJ 7º; 127/2009, FJ 8º; 60/2010, FJ 7º.

536 STCe 55/1996, FJ 6º. En el mismo sentido, SsTCe 129/1996, FJ 4º; 161/1997, FJ 9º; 136/1999, FJ 23º; 59/2008, FJ 6º; 76/2008, FJ 2º; 45/2009, FJ 3º; 127/2009, FJ 3º; 41/2010, FJ 5º;

537 STCe 62/1982, FJ 6º.

mitación «permita un margen de apreciación»<sup>538</sup> cuando lo que se reclamaba ante dicha jurisdicción, por medio de un recurso de inconstitucionalidad<sup>539</sup>, era que el legislador hubiera incluido en tipos penales expresiones como <elementos u organizaciones «terroristas»>, sin que ellas hubieran sido definidas legalmente. Debería considerarse que tales declaraciones efectuadas por el TCe tienen un mero valor retórico. Al declarar que el legislador tiene un margen de actuación en la definición de las conductas penalmente prohibidas y en la pena a imponer, solo se reconoce que, en un sistema democrático representativo, el Parlamento tiene un espacio a su disposición para la producción de regulaciones; y que una concepción positivista del Derecho calza mejor con una mayoritaria concepción de la democracia<sup>540</sup>.

De todos modos, debe advertirse que la libertad del legislador, en la configuración del TCe, no es absoluta. Este reconoce la existencia de límites a la actividad legislativa que surgen de la propia Constitución, pero, al configurarlos de una forma tan tenue, termina abriéndose, finalmente, a la discrecionalidad del legislador. Así, el TCe ha declarado que «la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad del legislador que, aunque no puede prescindir de ciertos límites constitucionales, éstos no le imponen una solución precisa y unívoca»<sup>541</sup>.

Pero esas declaraciones de la magistratura constitucional deben comprenderse sin perjuicio de las constricciones jurídicas a las que se ve sometido el legislador. Entenderlas, en cambio, como un espacio de libertad absoluta o atemperada del legislador, basado en los criterios de representatividad y consenso, es un camino interpretativo no solo cuestionable, sino peligroso.

El hecho de que una regulación sea producida por el Parlamento, aunque sea perfectamente representativo, no es suficiente para conferir legitimidad a todas sus decisiones. La sola consideración de los criterios de representatividad y consenso como fundamentos de admisibilidad puede conducir a un escenario peligroso: la democracia mayoritaria no es necesariamente democrática<sup>542</sup>. Junto con expresar un consenso representativo, la decisión del Parlamento debe respetar unas determinadas reglas que corresponden a los criterios de legitimidad del sistema político: el respeto de los derechos fundamentales y el principio de democracia, que resguarden y garanticen «la libertad como independencia o no-dominación»<sup>543</sup>.

La atribución por el Constituyente de 1978 de la soberanía en el pueblo español, por un lado y la adopción de un modelo de constitucionalidad concentrado, atribuido a un Tribunal Constitucional, por otro, dejan claras dos cuestiones fundamentales. La

---

538 STCe 89/1993, FJ 2º. En el mismo sentido, STCe 53/1994, FJ 4º.

539 El recurso de inconstitucionalidad fue promovido por el Parlamento Vasco en contra de la L.O. 3/1988 de reforma al Código Penal en aspectos vinculados con el terrorismo.

540 ALLAN (2014, p. 205).

541 STCe 55/1996, FJ 6º.

542 DAVIS (1994, p. 107).

543 ALLAN (2014, p. 210).

primera, que la soberanía no está radicada en el Parlamento –como ocurre, por ejemplo, en el modelo británico de *parliamentary supremacy*<sup>544</sup>, al menos hasta antes de la entrada en vigor de la *Human Rights Act*– y, en consecuencia, el modelo constitucional no es de *supremacía legislativa*, como lo fue el clásico Estado liberal que subordinaba a los jueces al legislador<sup>545</sup> y no existía lo que hoy conocemos como justicia constitucional; y la segunda, que, en el ejercicio de sus competencias y facultades, el Parlamento está sujeto a las limitaciones previstas en la Constitución, es decir, un modelo de supremacía constitucional que requiere de control judicial sobre la actividad legislativa. Su poder no es más que un poder constituido, subordinado al poder constituyente, que contempla un catálogo de derechos y una escala de valores diseñada en la propia Constitución, que deben respetarse.

El problema que surge con este criterio no obedece a su incorrección, sino a su insuficiencia. Mal podría sostenerse que la representatividad y el consenso son criterios errados, porque ello significaría una negación directa del modelo de democracia representativa. Sin embargo, estimo que este criterio no es suficiente, porque por sí solo no es capaz de proporcionar una garantía completa de libertad. Esta afirmación sobre su incompletitud no solo se basa en observaciones de la realidad concreta, que muestran distorsiones como las analizadas previamente a propósito de la crisis de la legalidad penal; ni en distorsiones teóricas en las que podría llegar a incurrir el legislador. Se fundamenta, además, en la necesidad de verificar que cada decisión de política criminal con relación a las normas que fundamentan la pena, contenga una restricción admisible de la libertad. Es decir, que al criterio de representatividad y consenso debe agregarse, además, la perspectiva de la validez de la norma penal como limitación de un derecho, es decir, la validez como injerencia.

#### 17.4. La validez en tanto injerencia

Finalmente, estimo que un criterio definitivo de admisibilidad de la prohibición penal y de la pena puede encontrarse si tanto la norma penal que fundamenta la pena como su consecuencia jurídica se consideran como casos de injerencia en derechos fundamentales. En este escenario, la norma penal y la pena, por corresponder a limitaciones de derechos, solo serán admisibles, en la medida que ellas respeten el estatuto jurídico de la injerencia. Ese estatuto está compuesto por las exigencias derivadas de la respectiva cláusula de restricción de derechos y por la superación del test de proporcionalidad<sup>546</sup>. En otras palabras, la norma penal y la pena serán válidas, en la medida que ellas se encuadren dentro los límites previstos en la autorización constitucional para prohibir (cláusula de

---

544 Descrito por DICEY (1979, pp. 39-40) en los siguientes términos:

El principio de soberanía parlamentaria significa, ni más menos que esto, es decir, que el Parlamento así definido tiene, bajo la Constitución inglesa, el derecho de hacer o de deshacer cualquiera ley; y, además, que ninguna persona u órgano se reconoce por el Derecho británico con el derecho de invalidar o anular la legislación del Parlamento.

545 SWEET y MATHEWS (2008, p. 85).

546 La distinción entre la injerencia y la proporcionalidad, en MÖLLER (MÖLLER, 2014).

restricción de derechos) y, a la vez, la injerencia que implica la prohibición sea proporcional.

## 18. Libertad y Derecho Penal: la conducta prohibida y la pena como injerencias sobre derechos fundamentales

Según la forma en la que se describan la relación entre libertad y Derecho Penal, pueden observarse dos modelos: uno minimizador, que la reduce a su limitación por medio de la pena, propio de la descripción contenida en el discurso de la legalidad penal; y otro maximizador que considera que la prohibición penal misma es una restricción de libertad, junto con aquella que representa la pena, enfoque en el que se basa la juridicidad proporcional.

### 18.1. El enfoque minimizador: la pena restringe la libertad

Analizando problemas del lenguaje, HASSEMER plantea que la «peligrosidad del Derecho Penal» se concreta en la necesidad de que la modificación de las normas penales sea un proceso reflexivo y calmo porque ellas «son las reglas jurídicas cuya impronta es en nosotros más profunda: por algo los penalistas califican a veces de <mínimo moral> su territorio»<sup>547</sup>. Para reafirmar esa necesidad de un tratamiento meditado de la modificación de la ley penal, HASSEMER recurre a un argumento comúnmente extendido en la dogmática: «el Derecho Penal dispone de las sanciones más gravosas para los casos de infracción: privaciones de libertad, multas y otros despojos patrimoniales, tratamientos forzosos, prohibiciones de desplazarse, inhabilitaciones para cargos, pérdida del derecho de sufragio activo o pasivo, todo ello por efecto de un proceso»<sup>548</sup>. Álvarez García, por su parte, declara la necesidad de la legalidad penal «dada la incidencia de las sanciones penales sobre el bien fundamental de la libertad personal»<sup>549</sup>. He seleccionado estas fuentes autorizadas porque ellas muestran con plena nitidez dónde ha estado puesto el enfoque en el análisis de la relación entre la libertad y el Derecho Penal. No son estas referencias las únicas con este enfoque, evidentemente. También lo pone de manifiesto BRICOLA cuando escribe que «...la máxima restricción de la libertad personal, *como es aquella que tiene lugar –efectiva o potencialmente– mediante la sanción penal*, no puede ponerse en marcha sino como *extrema ratio*»<sup>550</sup>. Y aun en la literatura anglosajona,

---

547 HASSEMER (1996, p. 148). En sentido similar, ALLEN (1987, pp. 389-ss), quien afirma que ...las falibilidades e inexactitudes de la comunicación verbal ni hacen ingenua la aspiración a la legalidad ni, por sí mismas, niegan sustancia importante al principio *nulla poena*. [...L]a consecución de los valores de la legalidad no se pueden ganar fácilmente ni mantener sin esfuerzo. También está claro que los valores solo se pueden realizar parcialmente» (p. 390).

548 HASSEMER (1996, p. 148).

549 ÁLVAREZ GARCÍA (2009, p. 34).

550 BRICOLA (2012, pp. 34. La primera cursiva es mía, R.N.). En el mismo sentido, HÖRNLE y KREM-NITZER (2011, p. 144): «El castigo penal, por definición, anula derechos importantes de las personas condenadas: derechos a la libertad en caso de prisión y derechos de propiedad en caso de multa. Al mismo tiempo, culpa

HUSAK, por ejemplo, quien asocia el castigo estatal, es decir, la pena, a la violación de importantes intereses personales<sup>551</sup>.

Este es el enfoque común en la literatura penal, y aun de la filosofía del Derecho.

Esta orientación se manifiesta a lo largo de *De los delitos y de las penas* de BECCARIA: «...[T]anto más justas son las penas, cuanto es más sagrada e inviolable la seguridad y mayor la libertad que el soberano conserva a los súbditos»<sup>552</sup> parte advirtiendo el autor, idea que se repite posteriormente. En una filosofía contractualista, como en la que se desenvuelve BECCARIA, la pena es la posibilidad, en principio legítima, de limitar la libertad, en la medida que ella ha sido aceptada dentro de la «metáfora»<sup>553</sup> del contrato social, en el pacto inicial por el que los individuos renunciaron a pequeñas cuotas de esa libertad:

Las leyes son las condiciones con que los hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad. El conjunto de todas estas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el soberano es su administrador y legítimo depositario»<sup>554</sup>.

A partir de esta declaración, el concepto de Derecho Penal se ha construido sobre la idea angular de que restringe la libertad de las personas. Pero, a mi juicio, la dogmática ha operado con una idea parcial de tal restricción, porque lo ha centrado, casi exclusivamente, en la pena. En otras palabras, se considera al Derecho Penal como una herramienta de control social peligrosa porque su consecuencia jurídica propia, la pena, implica restricción del derecho a la libertad, los derechos políticos o la propiedad, según sea el tipo de sanción al que se recurra.

---

al infractor por lo que ha hecho». Aunque en estos autores puede encontrarse una cierta inconsistencia conceptual porque, a renglón seguido, ellos mismos afirman la necesidad de que el Derecho Penal sea cuidadosamente justificado, cuando afirman que «[e]s necesario identificar un interés protegido importante para justificar por qué la conducta puede ser prohibida por la ley y por qué actuar en contra de la prohibición puede ser sancionado» (p. 144). La inconsistencia, en este punto, consiste en centrar la relación de conflicto del Derecho Penal con la libertad solo con relación a la pena, para luego agregar la prohibición penal como variable dentro de la justificación. Una exposición coherente debió incorporar ambas variables desde el principio. Pero este defecto puede ser atribuido a la inercia de una argumentación largamente desarrollada en términos históricos que, como se ha visto, ha dado preeminencia a la pena como restricción de libertad, omitiendo a la prohibición penal.

551 HUSAK (2008, p. 82).

552 BECCARIA (1822, párr. 2).

553 DWORKIN (2006, p. 111).

554 BECCARIA (1822, párr. 1).

## 18.2. Enfoque maximizador: la norma penal como injerencia

### 18.2.1. Planteamiento del problema

¿El Derecho Penal solo restringe la libertad en virtud de la pena que este autoriza a imponer? ¿La ley alemana de reforma al Código Penal del Reich de 28 de junio de 1935 que permitió sancionar penalmente por analogía<sup>555</sup> «un hecho que la ley declara punible o que según el concepto fundamental de una ley penal y según el sano sentimiento popular merece castigo» (§ 2) restringía la libertad de los alemanes solo porque permitía imponer una pena?

A mi juicio, la respuesta es rotundamente negativa.

Entre la original conceptualización sobre el delito que MUÑOZ CONDE atribuye a MEZGER como «una conducta humana típica(mente) antijurídica y culpable, y del Derecho Penal como un sistema jurídico de protección de bienes jurídicos»<sup>556</sup> y la posterior definición del primero sobre el Derecho Penal como «un instrumento de eliminación de los elementos de la población dañinos al pueblo y a la raza alemanas»<sup>557</sup> hay una diferencia sustancial, al igual que en el caso del § 2 del Código Penal del Reich antes y después de la reforma de 1935. Esta diferencia sustancial, entre otras posibilidades de análisis, radica en un diferente espacio de libertad de las personas a las que esa definición de delito y ese concepto de Derecho Penal iban a aplicarse. En ambos casos, las personas eran más libres bajo los conceptos originales que bajo sus sucesores por una sencilla razón: porque el espectro de lo que legítimamente puede prohibirse bajo los últimos conceptos es muchísimo más amplio que lo que podía prohibirse penalmente de acuerdo con las formulaciones originales de tales conceptos.

Un enfoque maximizador plantea que el Derecho Penal contiene, por su propia definición, una doble restricción de la libertad (y eventualmente, de otros derechos fundamentales). Por un lado, porque la prohibición que emana de la norma que fundamenta la pena consiste en restringir una actuación constitucionalmente amparada; y por otro, porque la pena es, en sí misma, restricción de libertad si se trata de penas privativas o restrictivas de esos derechos, o de otros derechos según sea la naturaleza de la consecuencia jurídica prevista<sup>558</sup>.

### 18.2.2. La conducta típica y la pena como injerencias diferenciadas

De acuerdo con el enfoque adoptado en esta investigación, el Derecho Penal plantea una doble restricción de la libertad, tal como se ha argumentado previamente. Esta

---

555 SCHÖNKE (1951, p. 12).

556 MUÑOZ CONDE (2003, p. 138).

557 MUÑOZ CONDE (2003, p. 138).

558 FERNÁNDEZ CRUZ (2010, p. 55): «Por una parte, el injusto típico supone –a través de la amenaza de la pena– un límite al principio de maximización de la libertad de los ciudadanos; y por otra, la concreta imposición».

distinción tiene importancia tanto desde un punto de vista explicativo, como desde uno argumentativo. En efecto, si tanto la conducta típica como la pena representan injerencias sobre la libertad, cada una de ellas requiere su propio examen de admisibilidad. El examen que se haga sobre la admisibilidad de la conducta puede diferir del que se realice respecto de la pena, porque ambas funcionan de forma diferente y porque también difiere la aplicación de los componentes del test de proporcionalidad.

### 18.2.2.1. *La conducta típica*

En la teoría de los derechos fundamentales adhiero a la concepción según la cual la restricción de un derecho supone la existencia de dos objetos normativos: el derecho *prima facie* y las restricciones. En esta concepción, denominada «teoría externa», la relación entre el derecho *prima facie* y la restricción se define en dos pasos:

En el primero se pregunta si la consecuencia jurídica buscada forma parte del contenido del derecho *prima facie*. Si esto es así, en un segundo paso se examina si el derecho *prima facie* ha sido limitado legítimamente en el caso concreto, de tal forma que ya no se tenga un derecho definitivo<sup>559</sup>.

Sobre la base de esta opción conceptual, puede entrar a discutirse la hipótesis de este apartado, que consiste en que la prohibición penal es una restricción o injerencia en un derecho fundamental.

MONTESQUIEU escribió que «[l]a libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten; y si un ciudadano pudiese hacer lo que ellas prohíben, ya no tendría libertad, porque los demás tendrían igualmente esta facultad»<sup>560</sup>. Si en este pasaje la palabra «ley» se entiende en sentido formal, es decir, como la norma creada por el legislador de acuerdo con los procedimientos constitucionalmente previstos, se pone de ma-

---

559 BOROWSKI (2007a, p. 67). La otra opción conceptual –y que negaría el presupuesto básico asumido en esta investigación de la prohibición penal como injerencia– es la <teoría interna> que supone que los derechos no son, en realidad, restringidos o limitados externamente, sino que lo son de manera interna, de acuerdo con su propia naturaleza. Así, de acuerdo con la teoría interna, «existe desde un inicio el derecho con su contenido determinado. Una posición jurídica que exceda dicho derecho predeterminado no existe. Hay un objeto normativo, un derecho con sus límites concretos» (BOROWSKI, 2000, p. 32, 2007a, p. 68). En consecuencia, no podría sostenerse que la conducta de matar esté comprendida dentro del presupuesto de hecho de la libertad, porque no podría considerarse aun un principio de protección jurídica a la conducta de matar. La teoría interna, en este sentido, aparece como atractiva y supera el problema, que aparece como contra intuitivo, de sostener que la conducta de matar (y de robar, de abusar sexualmente, etc.) estén jurídicamente protegidas. Sin embargo, una teoría interna que supone los derechos no son limitables plantea algunas dificultades. Entre ellas, que para que sea operativa, se requiere una construcción lo más clara y precisa por parte del poder constituyente, ya que debería esperarse de dicha definición que entregue toda la información posible sobre el contenido del derecho. Como ello no es posible (ni siquiera lo es en la construcción de los tipos penales), el ámbito de interpretación de los derechos en la idea de su no-limitabilidad cobra un carácter central y supone una autoridad dotada de la competencia para decidir qué queda dentro y qué fuera del contenido de un derecho. No obstante, el mayor riesgo de adoptar una teoría interna o de no limitabilidad de los derechos, consiste –como lo demuestra la experiencia histórica– en que este enfoque permite, con mayor facilidad, la transformación de los derechos a meros principios de orden para la comunidad, como ocurrió con el régimen Nacionalsocialista (BOROWSKI, 2007a, p. 73).

560 MONTESQUIEU (1906, p. 225).

nifiesto el problema de la autorización de la ley para decidir lo que es permitido y lo que es prohibido. Si, en cambio, «ley» es entendido como sinónimo de norma y, porque ella estaría permitiendo algo, deberíamos entenderla como una norma superior, es decir, como una norma constitucional en sentido moderno. Así, llegamos al problema central: las palabras de MONTESQUIEU deberíamos leerlas como «la libertad es el derecho de hacer todo lo que la Constitución permite», es decir, que no prohíbe. Y como la Constitución no prohíbe expresamente robar o matar, esas conductas estarían permitidas por ella; y su prohibición penal por medio de una ley sería, en principio, contraria a la Constitución<sup>561</sup>. Sobre la base del Ordenamiento alemán, pero con conclusiones aplicables a otros modelos<sup>562</sup>, y partiendo de un concepto amplio de libertad («libertad de hacer y omitir lo que uno quiera»<sup>563</sup>), ALEXY concluye que ella consiste en que

a cada cual le está permitido *prima facie* –es decir, en caso de que no intervengan restricciones– hacer y omitir lo que quiera (norma permisiva). Por otra, cada cual tiene *prima facie*, es decir, en la medida que no intervengan restricciones, un derecho frente al Estado a que éste no impida sus acciones y omisiones, es decir, no intervenga en ellas (norma de derechos)<sup>564</sup>.

En esta lógica, es evidente que, por su propia naturaleza, la pena limita o restringe la libertad<sup>565</sup>, en el caso de las penas privativas de libertad, u otros derechos, según se trate de una pena de multa o de una restrictiva de derechos, por nombrar algunas<sup>566</sup>. Pero me parece que reducir la relación entre libertad y Derecho Penal solo a este aspecto es insuficiente, porque no da cuenta del fenómeno en su conjunto. Estimo, en este punto, que debe adoptarse un enfoque maximizador, que consiste en reconocer que, antes que, por efectos de la pena, el Derecho Penal restringe la «libertad general de actuación» o la «libertad general de autodeterminación individual»<sup>567</sup> y otros derechos porque «excluye actividades específicas de lo permisible»<sup>568</sup>. Es decir, que se construye sobre un conjunto de prohibiciones de actuación o de omisión de conductas debidas: la prohibición de actuación o de omisión que emana de la norma penal es una restricción de la libertad<sup>569</sup> o de otros derechos. En palabras de BERNAL PULIDO, puede calificarse como

---

561 Una revisión de la concepción de la libertad en el período de la Ilustración, en GÜNTHER (2016, *pásim*).

562 ALEXY construye su tesis en torno al artículo 2.1 GG, cuyo tenor literal es coincidente con el del artículo 10 CE.

563 ALEXY (1993, p. 333).

564 ALEXY (1993, p. 333). Un desarrollo extendido de este presupuesto, al que adhiero, en BERNAL PULIDO (2014, pp. 826-834).

565 VAN ZYL SMIT y ASHWORTH (2004, p. 542).

566 PAREDES CASTAÑÓN (2013, p. 55).

567 Son dos de las denominaciones que emplea la jurisprudencia constitucional para referirse a la libertad que, en todo caso, caracteriza como un «valor superior del ordenamiento jurídico». Al respecto, ver SsTCe 120/1990, FJ 11º; 137/1990, FJ 9º; 37/2011, FJ 3º. Sobre denominaciones adicionales, ver nota al pie nº 578.

568 SIMESTER y VON HIRSCH (2011, p. 19).

569 WEBBER (2009, pp. 159-160); GUR-ARYE y WEIGEND (2011, p. 66): «El Derecho Penal protege [intereses individuales o colectivos básicos] limitando severamente la libertad del individuo de actuar como

una *intervención* en un derecho fundamental al efecto que produce «[t]oda ley que afecte de manera negativa a una norma o a una posición que pueda adscribirse *prima facie* al ámbito de protección inicial de un derecho fundamental»<sup>570</sup>.

A juicio de LOPERA MESA, esta afirmación es, «en general, aceptada pacíficamente»<sup>571</sup> y que encontraría detractores solo desde la concepción de BINDING sobre la naturaleza accesoria del Derecho Penal<sup>572</sup>. Mi apreciación, en cambio, es que no existe tal aceptación pacífica, y que una descripción alternativa es posible. En efecto, y a diferencia de la aceptación de la pena como restricción de la libertad, el presupuesto de la conducta prohibida por la norma penal (y expresada en el tipo penal) como injerencia (que podría abreviarse como *tipo-injerencia*) no es un lugar común en la dogmática penal<sup>573</sup> y ello se demuestra, en primer lugar, en que ella no se contiene en forma expresa en todos los trabajos en los que podría esperarse, partiendo por los manuales generales de la disciplina. La ausencia de una referencia expresa al presupuesto «tipo-injerencia» no es unívocamente indicadora de su aceptación. Tal omisión también puede entenderse como expresión de presupuestos diferentes, que van desde la inutilidad de la pregunta porque la prohibición penal se considera autojustificada, hasta las que niegan que ella pueda considerarse una injerencia porque se considere que la conducta de matar o de robar no están comprendidas dentro del ámbito de la libertad. Tales presupuestos no son, por lo general, declarados expresamente, lo que dificulta la tarea de conocerlos. Y dado que no puede negarse que las concepciones moralizantes (autojustificativas) que consideran al delito como un mal siempre reprobable hayan sido del todo superadas, no puede concluirse en una aceptación general del presupuesto «tipo-injerencia»<sup>574</sup>.

La aceptación del presupuesto «tipo-injerencia» no implica aún adoptar un punto de vista valorativo sobre la legitimidad de esa prohibición, sino solo una mera descripción sobre el funcionamiento de la norma penal. Es decir, que no se trata de restar legi-

---

deseo y en caso de una violación, restringiendo la libertad del ofensor de moverse libremente o tomando algo de su propiedad». Sobre el concepto y evolución histórica del concepto de injerencia, ver BERNAL PULIDO (2014, pp. 839-ss) y LOPERA MESA (2006, pp. 264-ss).

570 BERNAL PULIDO (2014, pp. 838, 844). Sobre el concepto de injerencia, o como el autor lo denomina «intervención legislativa en un derecho fundamental», ÍDEM, pp. 843-874.

571 LOPERA MESA (2006, p. 279, nota al pie n° 35).

572 LOPERA MESA (2006, p. 279, nota al pie n° 35).

573 Como, por ejemplo, en LASCURAÍN SÁNCHEZ (1998). Este autor afirma que «el carácter coactivo de la norma no se circunscribe al de la sanción, sino que incluye también el de la propia limitación de la autonomía que el propio precepto supone» (pp. 167-168); pero, luego, ejemplifica su afirmación haciendo referencia a los «comportamientos que constituyen el ejercicio de un derecho fundamental o que son cercanos al mismo» (p. 168). De esta forma, LASCURAÍN SÁNCHEZ parte del supuesto que no todas las prohibiciones penales recaen sobre conductas inicialmente protegidas por la libertad de actuación u otros derechos fundamentales. Este presupuesto es el que puede explicar que él dedique especial atención a la injerencia sobre la libertad por la pena, y no a la restricción de libertad que representa la prohibición penal.

574 Una manifestación de esta forma de razonamiento se encuentra en la diferencia entre delito *mala in sé* y delito *mala prohibita*, la que, como lo afirma KELSEN (1982, p. 127) tiene un fundamento iusnaturalista que «[p]resupone que la propiedad de ilicitud, el valor negativo, es inmanente a ciertos hechos, requiriendo una penalidad por parte del derecho positivo». Sobre la diferencia entre los delitos *mala in sé* y los *mala prohibita*, ver HUSAK (2005, pp. 66-ss).

timidad al Derecho Penal, acusándolo de ser liberticida en su propia esencia, negándole valor a sus prohibiciones; por el contrario, se trata de encontrar un fundamento positivo, con base constitucional, para la prohibición penal y, en consecuencia, una forma de limitación –también con base positiva– de la potestad punitiva.

La relación entre los derechos fundamentales y el Derecho Penal en el enfoque maximizador se construye sobre la base de dos presupuestos.

El primero requiere determinar de qué forma un derecho fundamental se encuentra garantizado, si lo está por medio de una regla o de un principio<sup>575</sup>. En el caso de un derecho garantizado por una regla, ese derecho no es restringible porque su contenido determinado por la Constitución tiene un carácter definitivo. En cambio, los derechos garantizados por medio de un principio sí son restringibles<sup>576</sup>. En el sistema contenido en la CE, los derechos garantizados por principios son la regla general, mientras que los garantizados por reglas son la excepción.

El segundo presupuesto, tiene como punto de partida la delimitación que en las normas de jerarquía constitucional se haga de los derechos, análisis que debe centrarse, principal, pero no exclusivamente, en la libertad de actuación, ya sea que esta se derive directamente de la libertad propiamente tal o de otros derechos. Este análisis pasa por determinar los comportamientos que quedan comprendidos dentro del supuesto de hecho del derecho respectivo y, por tanto, esa conducta se encuentra amparada por el respectivo derecho. En la medida que las normas de jerarquía constitucional no prohíban un comportamiento determinado, él debe considerarse comprendido dentro del supuesto de hecho de algunos de los derechos garantizados; o, en su defecto, dentro de la genérica libertad. En general, las Constituciones occidentales han optado por prever catálogos relativamente extensos de derechos fundamentales «con el efecto de que toda conducta, toda acción, toda expresión está protegida, pero el estado puede limitar e injerir en esas protecciones, en la medida en que lo haga proporcionalmente»<sup>577</sup>.

La injerencia que representa la prohibición penal puede presentarse en una forma evidente que consiste en que la injerencia actúa sobre posibilidades de actuación que se encuentran expresamente protegidas por la libertad u otro derecho.

Una revisión del texto constitucional lleva a concluir que la conducta de robar no aparece como una restricción constitucionalmente expresada ni en el artículo 1.1, en el 10.1 ni en el artículo 17.1 CE, y, de acuerdo con tenor literal de la última de esas normas, la privación de esa libertad procede solamente «en los casos y en la forma previstos en la ley». Luego, al igual que ocurre con la conducta de robar, tampoco aparecen como restricciones en el texto constitucional las acciones de matar, defraudar o agredir sexualmente; de lo que debe concluirse, que tanto matar, defraudar y violar, al igual que ro-

---

575 Sobre la distinción entre reglas y principios, ver *Infra* §19.1.

576 BOROWSKI (2007a, pp. 77-79).

577 SCHLINK (2012, p. 298), quien compara las Constituciones occidentales con lo que ocurre en el modelo norteamericano, cuyo Catálogo de Derechos «protege menos derechos que otras Constituciones, pero protege categóricamente a los más destacados entre ellos. El libre ejercicio de la religión no puede prohibirse; la libertad de expresión, la libertad de prensa y el derecho a reunirse pacíficamente no pueden restringirse. El legislador no está facultado para limitar esos derechos» (p. 297).

bar, son comportamientos comprendidos dentro del supuesto de hecho de la libertad, el «derecho general de libertad» en la jurisprudencia constitucional<sup>578</sup>. Por tanto, las normas penales que prohíben desarrollar esas conductas que emanan de los tipos penales de robo, homicidio, estafa y violación, respectivamente, son normas infraconstitucionales que restringen el derecho a la libertad.

Los dos presupuestos previos conducen a una conclusión: de una disposición penal emana, en primer lugar, una norma de conducta que consiste en prohibir determinados comportamientos *prima facie* protegidos por derechos fundamentales. Por tanto, esa norma de conducta tiene el carácter de prohibición penal y esa prohibición lo es respecto de un comportamiento originalmente autorizado. En segundo lugar, la disposición penal contiene una norma de sanción que permite la imposición de una pena y actúa como complemento de la norma de conducta, para el caso que esta sea infringida. Esa sanción consiste en la restricción de un derecho fundamental. En consecuencia, tanto la prohibición penal como la sanción operan como una restricción o *injerencia* en un derecho fundamental; dentro de ellos, el primer amagado será la libertad u otros derechos.

El enfoque maximizador, según lo cual la norma que fundamenta la pena es una injerencia en derechos, ya ha sido adoptado en algunos casos por la jurisprudencia constitucional<sup>579</sup> y por una parte de la dogmática. Así, por ejemplo, CARBONELL MATEU

---

578 Ver, al respecto, SsTCe 127/1994, FJ 6º; 73/2014, FJ 5º.

579 Como en las SsTCe 140/1986, FJ 5º; 160/1986, FJ 4º; y 127/1990.

Por ejemplo, cuando el TCe debió pronunciarse sobre la admisibilidad constitucional del anterior delito de negacionismo (artículo 607.2 CPe en su texto original de 1995, «...difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen» un genocidio...), esa magistratura declaró que dicho tipo penal no configuraba un supuesto de injerencia en la libertad de expresión del artículo 20.1 CE, «sino que éste interfiere en el ámbito propio de la delimitación misma del derecho constitucional» (STCe 235/2007, FJ 5º). El TCe advirtió que «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» (FJ 5º); y que la prohibición penal solo sería constitucionalmente admisible cuando «la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes» (FJ 9º). En el proceso penal a propósito del cual se ventiló esta cuestión de constitucionalidad se acreditó que un librero, de forma habitual, distribuyó, por medio de su venta, libros e impresos que negaban la persecución y genocidio sufridos por los judíos bajo el régimen Nazi.

Posteriormente, el TCe declaró que la prohibición penal del enaltecimiento del terrorismo sí es una restricción justificada de la libertad de expresión (STCe 112/2016). En este caso, según se lee en la misma sentencia, T.E.A., el recurrente de amparo, había sido condenado por dicho delito por haber participado en diciembre de 2008 como principal orador en un acto celebrado en la localidad de Arrigorriaga (Vizcaya) en recuerdo y loa del responsable de la organización E.T.A. José Miguel Beñaran Ordeñana. El recurrente, en su discurso, pidió «una reflexión [para] escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático» y terminó con los gritos «¡Viva Euskal Herria libre! ¡Viva Euskal Herria vasca! ¡Viva Argala!», con la ovación del público presente.

El TCe declaró que la conducta prohibida por el tipo de enaltecimiento al terrorismo, por el que el recurrente había sido condenado, constituía una limitación justificada a su libertad de expresión, ya que esa conducta «no puede ser considerada como un legítimo ejercicio de este derecho, por ser manifestación del conocido como discurso del odio, al estar presentes todos los requisitos citados necesarios para ello» (FJ 6º).

adhiera a él en forma expresa, cuando afirma que «[e]s la tipificación de una conducta lo que necesariamente ha de ser entendido como una reducción del principio general de libertad, como la prohibición de realizar una actividad a la que, en principio, se tenía derecho, y que, por consiguiente, afecta de una manera directa a los derechos fundamentales de la persona»<sup>580 - 581</sup>. Este es también el enfoque que adopta PAREDES CASTAÑÓN, para quien «la conducta descrita en el tipo penal (y prohibida) puede ser una de las que la norma de derecho fundamental declara (conforme a una determinada interpretación de la misma) permitida»<sup>582 - 583</sup>.

A pesar de la adopción de un enfoque maximizador, su desarrollo doctrinal no ha ido más allá<sup>584</sup>; y de él no se han derivado consecuencias trascendentes vinculadas a la legitimidad del Derecho.

Aceptado que la prohibición penal, esto es la norma de conducta propia del Derecho Penal, es una restricción, queda por determinar si ella actúa, a su vez, como una regla

---

Llama la atención la diferencia en el razonamiento jurídico del TCe en los dos casos expuestos, porque no se aprecian diferencias sustanciales entre hacer un discurso ensalzando la vía armada de lucha contra el Estado y negar el genocidio, considerando que dicha negación tiene una connotación legitimadora.

580 CARBONELL MATEU (1999, p. 117).

581 En el mismo sentido, CUERDA RIEZU (2002, p. 244) («al prohibir o imponer determinadas conductas, [los delitos] afectan necesariamente al genérico derecho a la libertad y con frecuencia a otros derechos fundamentales»); ÁLVAREZ GARCÍA (2009, p. 12), («la tipificación de una conducta [...] necesariamente ha de ser entendida como una reducción del principio general de libertad a la que, en principio, se tenía derecho, y que, por consiguiente, afecta de una manera directa a los derechos fundamentales de las personas»), aunque no queda claro si a lo que este autor se refiere es que a la conducta prohibida se tenía derecho en virtud del aseguramiento de la libertad como derecho fundamental, o a una libertad genérica, natural, de la que las personas gozan en una explicación filosófico-política contractualista; LASCURAÍN SÁNCHEZ (2011, p. 57): «[l]a norma pena recorta la autonomía personal mediante una prohibición de comportamiento»; PAREDES CASTAÑÓN (2013, pp. 54-55): «las normas de derecho fundamental se ven afectadas siempre por las prohibiciones impuestas a través de las normas jurídico-penales: la conducta descrita en el tipo penal (y prohibida) puede ser una de las que la norma de derecho fundamental declara (conforme a una determinada interpretación de la misma), permitida»; y MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (2019, p. 94): «todas las normas penales, *por el solo hecho de serlo*, afectan a algún derecho fundamental: así, se ha dicho que en la medida en que prohíben conductas limitan la libertad individual [...]», quienes configuran en la forma indicada la relación entre libertad y Derecho Penal en miras a justificar la reserva de ley orgánica para la norma penal.

582 PAREDES CASTAÑÓN (2013, pp. 54-55).

583 Una posición mixta sobre este punto puede encontrarse en un artículo de PÉREZ MANZANO (2011, p. 5). Esta autora afirma que el Derecho Penal «restringe la libertad general de actuación, pues mediante la prohibición de conductas acota el marco jurídicamente posible de actuación libre»; pero, a renglón seguido, aclara que la libertad de esa actuación no consiste en que esté constitucionalmente amparada, sino que es «libre de consecuencias jurídicas negativas para quien las realiza».

584 Como por ejemplo, la posición que, sobre el punto, adopta VIVES ANTÓN (2011, pp. 725-726). Este autor parte describiendo la comprensión liberal de la libertad que requiere la «exclusión de toda injerencia estatal respecto de los actos no prohibidos»; a renglón seguido, le asigna a la legalidad penal una función material en la delimitación de esa libertad, es decir, que ella juega un rol en el contenido de la prohibición penal, ya que «no todo tipo de conducta puede convertirse en materia de la prohibición, sino que la injerencia [sic] estatal ha de ceñirse a lo que resulte indispensable para tutelar la coexistencia externa de los arbitrios individuales según una ley general de libertad». Aunque en esta posición, la conclusión aparece desconectada del presupuesto que es válido, porque la legalidad penal no requiere esa necesidad para justificar la prohibición.

o como un principio. Si un derecho garantizado por un principio se restringe por medio de una regla, la restricción le confiere al derecho su carácter definitivo (el contenido del derecho corresponde a su supuesto de hecho *prima facie* menos lo excluido de él por la restricción); mientras que, si es restringido por un principio, esa restricción puede entrar en colisión con otros principios o una regla que pueden hacer que la restricción ceda y volverse al contenido *prima facie* definido por el Constituyente<sup>585</sup>. Para que la restricción actúe como una regla, se requiere que ella sea siempre aplicable; para que actúe como un principio, se necesita que la restricción admita la posibilidad de ponderación con otros principios o reglas con los que puede entrar en conflicto.

En esta lógica, la prohibición penal actúa como una restricción mediante principios porque la norma de conducta prohibitiva puede ceder ante otros principios o reglas si entra en conflicto con ellos. El catálogo de causas de justificación y de exculpación previstos en la ley penal demuestra con claridad que la prohibición penal puede ceder. Así, si un sujeto mata a otro, pero actúa amparado por la legítima defensa, la prohibición de matar cede ante la defensa de la propia vida. En este caso, aunque la ley penal prohibía matar, la urgencia de defenderse de una agresión ilegítima que amenazaba la propia vida del que se defendió, hace que la prohibición ceda y, para ese sujeto en ese contexto fáctico, se recupera la vigencia de la original protección de su decisión de matar a otro que le dispensaba la libertad de actuación antes de surgimiento de la prohibición penal. Como la decisión sobre en qué caso opera efectivamente la legítima defensa está sujeta a un examen de ponderación, y este esquema es aplicable a todas las demás causas de justificación y exculpación, la restricción en que consiste la prohibición penal es una restricción que actúa como un principio.

#### 18.2.2.2. *La pena*

La pena como injerencia es una afirmación que no requiere de mayor fundamentación conceptual, porque es evidente su carácter restrictivo de la libertad o de otros derechos (según sea la naturaleza de la pena), sobre lo que existe suficiente acuerdo doctrinal. De hecho, la pena misma es definida como una consecuencia jurídica del delito que consiste en una privación o restricción de derechos de la persona condenada<sup>586</sup>. La pena como injerencia sobre derechos fundamentales y, con ello, la respuesta que surge desde la juridicidad proporcional no constituirá el objeto principal de esta investigación. Esta se centrará en la prohibición penal. Esta decisión se fundamenta en que tomar como objetos de estudio tanto a la prohibición penal como a la pena conjuntamente, produciría una extensión desmedida de esta investigación. Esta decisión, en todo caso, es suplida por la literatura disponible sobre la proporcionalidad en el Derecho Penal, que se centra principalmente en el análisis de la pena.

---

585 BOROWSKI (2007a, pp. 77-79).

586 ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC (2019, p. 440, 2020, p. 211); MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (2019, pp. 42-43)

### 18.2.3. La norma penal es infraconstitucional

La prohibición que emana de la norma penal que fundamenta la pena tiene como característica adicional, que esa injerencia está prevista en una norma infraconstitucional, ya sea la ley interna o las fuentes admitidas por el Derecho internacional para el ejercicio de la potestad punitiva.

La afirmación que la conducta de robar queda comprendida dentro del supuesto de hecho de la libertad (por eso, constitucionalmente protegida) y que ella se encuentra prohibida solo en un nivel infraconstitucional (*v.gr.* por el artículo 238 con relación al 237 CPe, tipo de robo con fuerza en las cosas), puede causar estupor y rechazo (este puede aumentar si se reemplaza el robo por el homicidio en la formulación del ejemplo). Pero esa reacción solo da cuenta de una comprensión inadecuada (o una incompreensión) de la libertad: o se desconoce el tenor literal de los artículos 10 y 17.1 CE, o se parte de la base de la existencia de unos límites a la libertad que están más allá del texto de la Constitución, una especie de límites naturales (o extra positivos) de difícil conocimiento y concreción y que dejan una puerta abierta para una interpretación constitucional arbitraria.

El problema analítico se produce por un déficit de comprensión del alcance de los derechos y, dentro de ellos, de la libertad. Este déficit de comprensión, ampliamente difundido en la forma de razonamiento jurídico, hace que intuitivamente se concluya que las conductas que el legislador selecciona como delitos no estén comprendidas dentro del supuesto de hecho de la libertad (y de otros derechos<sup>587</sup>). Es necesario reiterar que el argumento no se dirige a negar la legitimidad de la prohibición penal de robar o de matar; se dirige a reconstruir las bases positivas de la autorización del legislador para prohibir penalmente conductas. Se trata, en otras palabras, de intentar construir un esquema de limitaciones a las limitaciones a la libertad, es decir, de limitaciones a la potestad punitiva, con base positiva expresa en las normas de rango constitucional.

### 18.2.4. ¿Derecho a cometer delitos?

La resistencia a la caracterización, principalmente, de la norma penal como un caso de injerencia en derechos fundamentales puede expresarse en la objeción de que su aceptación implicaría reconocer la existencia de un derecho a cometer delitos. Se podría argumentar que, si robar o matar están comprendidos dentro del supuesto de hecho de la libertad, entonces, se tiene un derecho constitucional a robar o a matar; y la evidente inadmisibilidad de esa conclusión debería conducir a la negación completa de la construcción conceptual. Sin embargo, dicha derivación, aunque tiene una explicación histórica, es lógicamente incorrecta.

Así, la falta de integración en la dogmática mayoritaria de la premisa de que la ley penal y la pena son casos de injerencia en derechos fundamentales puede deberse a que en el momento de construirse el moderno Derecho Penal se omitió la pregunta clave:

---

587 QUINTERO OLIVARES y JARIA I MANZANO (2015, pp. 378-ss).

¿de dónde emana la autorización para prohibir penalmente conductas? Las tradiciones contractualistas pasaron por alto este punto y, en consecuencia, no desarrollaron una posición frente al problema.

Por otro lado, he dicho que de la objeción se puede obtener una derivación lógicamente incorrecta. Esta derivación consiste en que si la conducta típica (prohibida), por regla general quedará comprendida dentro del supuesto de hecho de la libertad o de otro derecho (y, por tanto, jurídicamente protegida), ello significaría que existe un derecho a ejecutar conductas típicas. Esta derivación del presupuesto es lógicamente incorrecta: que una conducta quede comprendida dentro del supuesto de hecho de un derecho no significa, automáticamente, que se tenga derecho a ejecutar esa conducta. Ello, en atención a que los derechos pueden ser limitados, en la medida que –siguiendo la teoría propuesta por ALEXY– los derechos, en tanto principios, tienen el carácter de mandatos de optimización<sup>588</sup>.

Desde la perspectiva del enfoque tradicional de la legalidad penal, se puede argumentar que la Constitución garantiza que la libertad de robar, matar, defraudar o violar solo puede ser restringida (por medio de una prohibición penal) a través de una ley. Cualquiera otra restricción de esa libertad, por un instrumento distinto de la ley, no tiene fundamento constitucional, por infringirse la garantía de legalidad penal. En palabras de BACIGALUPO ZAPATER, «...el límite formal del *ius puniendi* es la ley penal y, por tanto, la mayor garantía de la *libertad* y de la *seguridad jurídica*. Protegiendo la seguridad jurídica el Derecho Penal protege también la *libertad*, toda vez que el ámbito de la libertad sólo queda limitado por los límites que establece la ley penal»<sup>589</sup>.

A diferencia del enfoque tradicional de la legalidad penal, el sistema de autorización para la restricción de un derecho no está completo solo con la referencia a la ley. Los sistemas jurídicos liberales burgueses se estructuraron sobre la base del reconocimiento de derechos civiles de los que son titulares las personas; y el neoconstitucionalismo profundizó esta lógica.

En otras palabras, que es fácilmente reconocible el carácter de conflicto de la relación entre la libertad y la pena, porque la primera es privada o restringida por la segunda por la propia naturaleza de esta. Ese mismo carácter conflictivo, pero ahora entre la conducta descrita como delito (la prohibición penal) y la libertad no se muestra tan claramente. Para apreciarla, debe aceptarse el presupuesto de que esa conducta está contenida dentro del supuesto de hecho de la libertad o de otro derecho fundamental.

A diferencia de la legalidad penal como criterio articulador del Derecho Penal, la juridicidad proporcional aquí propuesta supone una redefinición de la relación entre libertad y norma penal.

La juridicidad proporcional tiene un punto de partida diferente al de la legalidad penal.

La juridicidad proporcional supone la existencia de una relación entre la libertad

---

588 ALEXY (1993, pp. 81-ss, 2019, pp. 317-ss).

589 BACIGALUPO ZAPATER (2012, p. 55).

de actuación y la conducta prohibida por la norma penal<sup>590</sup>, toda vez que considera que la prohibición penal recae sobre un comportamiento que está constitucionalmente amparado<sup>591</sup>. En otras palabras, que la juridicidad proporcional parte asignándole a la conducta una valoración, en el sentido de su admisión jurídica, es decir, que no es neutra respecto de la conducta. Esta es, en principio, una conducta jurídicamente admitida, de modo que su prohibición por medio de una norma penal requiere de una buena razón jurídico-política que haga tolerable esa restricción. Ello se deriva del carácter que tiene la norma penal prohibitiva, que consiste en que ella es una injerencia sobre derechos fundamentales.

La legalidad penal, en cambio, es completamente neutra respecto de la conducta a prohibir. Ella solo se preocupa de la producción de la norma prohibitiva y de algunos aspectos, igualmente formales, del contenido de esa prohibición, expresados en las exigencias de determinación (los mandatos de *lex scripta y certa*) y de taxatividad (*lex stricta*). Pero para la legalidad penal, la naturaleza de la conducta a ser prohibida por la norma es irrelevante.

Los criterios de validez de la prohibición penal que emanan de la legalidad penal se reducen al órgano que la produce y la fuente formal del Derecho a través de la que se expresa la norma; y la definición exacta de su contenido. Los de la juridicidad proporcional, en cambio, comprenden todos los anteriores, pero agrega otro fundamental: la justificación de la prohibición misma, materia sobre la que la legalidad penal guarda silencio.

De esta forma, y en el contexto de la juridicidad proporcional, a nivel conceptual entre la libertad y el Derecho Penal puede establecerse un conjunto complejo de relaciones, con distintos niveles de profundidad y con diferentes operatividades, en la medida que el sistema penal contemporáneo, a partir de la Ilustración, pretende construirse y aplicarse en torno a la libertad, que es la demanda fundamental, tanto del Derecho Penal como de la filosofía del Derecho en general<sup>592</sup>. La libertad ha jugado un papel importante en la configuración del Derecho Penal, tanto a partir de los discursos éticos contractualistas como en la ética deontológica kantiana; y, actualmente, con la ideología de los derechos humanos. Las diferentes operatividades que desempeña la libertad se refieren a las funciones que esta cumple en el Derecho Penal. Así, la libertad aparece como criterio de limitación y como criterio de legitimación de la potestad punitiva.

### 18.3. Síntesis

El enfoque maximizador considera que las conductas penalmente prohibidas, por regla general, están comprendidas dentro de los supuestos de hecho normativamente de-

---

590 La estructura según la que de la disposición penal emana una norma prohibitiva de un comportamiento fue puesto de relieve por HOBBS (1881, Capítulo XXVII): «Un crimen es un pecado consistente en la comisión (por acto o palabra) de aquello prohibido por la ley, o en la omisión de lo mandado por ella». Luego, la pena es «un mal infligido por la autoridad pública a quién ha hecho u omitido lo que esa misma autoridad considera una transgresión de la ley» (1881, Capítulo XXVIII).

591 FERNÁNDEZ CRUZ (2010, p. 55).

592 PRITTWITZ (2016).

limitados de derechos fundamentales que, directa o indirectamente, aseguran libertad de actuación; y, por tanto, constitucionalmente amparadas. En otras palabras, que, ante la ausencia de una restricción específica del derecho en el texto constitucional, en principio, las prohibiciones penales actúan como restricciones a actuaciones (o de omisiones de conductas debidas) jurídicamente autorizadas por la libertad constitucionalmente asegurada.

De esta forma, la norma prohibitiva es una injerencia sobre la libertad de actuación y que, como tal, puede ser válida o inválida, en la medida que respete o no, respectivamente, el estatuto jurídico de la injerencia. En consecuencia, el ejercicio de la potestad punitiva queda sometido a los límites derivados de ese estatuto jurídico de la injerencia. En otras palabras, que la limitación de derechos que implican la prohibición penal y la pena pueden ser de dos clases: constitucionales o inconstitucionales<sup>593</sup>; es decir, pueden estar constitucionalmente admitidas o constitucionalmente inadmitidas. Uno u otro estado serán determinados por la adecuación de la injerencia a su estatuto jurídico representado por la proporcionalidad.

El estatuto jurídico de la injerencia se compone de dos fases o tests.

La primera fase se relaciona con la autorización constitucional para prever una injerencia (a través de una cláusula de restricción general o específica); aplicada esta premisa al Derecho Penal, ella consiste en la autorización para prohibir penalmente conductas amparadas por la libertad de actuación. La autorización consiste en determinar si en las normas jurídicas superiores (Constitución y tratados de derechos humanos) existe una autorización para restringir derechos y, en caso afirmativo, el cumplimiento de los parámetros formales o materiales que estén previstos para dicha injerencia.

La segunda fase del estatuto de la injerencia se relaciona con el contenido material y alcance de la prohibición: ella debe superar el test de proporcionalidad.

La idea de la restricción de derechos está lo suficientemente integrada, tanto al discurso político como jurídico<sup>594</sup>. Sin embargo, la idea de que la conducta típica, esto es, la conducta penalmente prohibida constituye una injerencia y, como tal, debe justificarse, es un enfoque relativamente ausente en la dogmática. Esta ausencia puede explicarse porque tal enfoque solo es posible dentro de una ideología de los derechos humanos, cuyo desarrollo es posterior al que, a partir del siglo XVIII, tuvo la dogmática del Derecho Penal y a que esta ha puesto poca atención en el fenómeno del nacimiento de la norma penal.

Las dos fases del estatuto de la injerencia antes descritas serán el objeto de análisis de los apartados siguientes.

## **19. La juridicidad proporcional como regla jurídica**

En un sentido general en el Derecho, los principios «son directrices del ordena-

---

593 La distinción, en BERNAL PULIDO (2014, pp. 93; 104-ss).

594 ALEXY (1993, p. 267).

miento jurídico»<sup>595</sup>, es decir, nudos de regulación de textura esencialmente flexible, que permiten que las normas tengan niveles mayores o menores de sujeción a ellos, y que, por su generalidad, no necesariamente pueden ser directamente aplicados<sup>596</sup>.

En este sentido, un principio tiene una función secundaria en la aplicación del Derecho porque a él se recurre en el caso que una regla ofrezca una duda sobre su sentido. Y, por consiguiente, una regla es una regulación jurídica mucho menos flexible, de un contenido específico y directamente aplicable a la solución de un conflicto porque, muy comúnmente, su construcción obedece al binomio <supuesto de hecho-consecuencia jurídica>.

Esta conceptualización es la que obliga a analizar si la juridicidad penal puede caracterizarse como un principio o como una regla.

### 19.1. Principios y reglas

La distinción entre las categorías de *regla* y *principio* se relaciona con el carácter *preferentemente* normativo del Derecho, según el cual este se compone, principal, pero no exclusivamente, de normas; junto a estas, están los principios<sup>597</sup>. Para los efectos del análisis, seguiré la distinción propuesta por DWORKIN<sup>598</sup> y que ha sido desarrollada, entre otros, por ALEXY a propósito de la proporcionalidad. De acuerdo con esta conceptualización, las reglas son mandatos imperativos que deben ser cumplidos dentro del ámbito definido por la propia norma. Ejemplos paradigmáticos de reglas son la prohibición de

---

595 LASCURAÍN SÁNCHEZ (2011, p. 55).

596 DONINI (2001, p. 29).

597 SQUELLA (2014, p. 337).

598 DWORKIN (1967, 2012, pp. 72-ss). En el mismo sentido, SHAPIRO (2014, p. 322).

Aunque el objeto de esta investigación no se refiere a problemas propios de la filosofía del Derecho, es necesario dar cuenta de la conocida crítica de HART (2000, pp. 37-43) a la diferencia dworkiniana entre principio y regla (el texto original, en HART (1999, pp. 259-263)). HART niega el contraste entre reglas con un carácter de todo o nada y principios no concluyentes –como afirma es propuesto por DWORKIN– y, en cambio, estima que la distinción entre ambas formas de regulación es una cuestión de grado, según lo cual las reglas tienen un carácter casi concluyente «en que la satisfacción de sus condiciones de aplicación es suficiente para determinar el resultado jurídico, excepto en pocas ocasiones (donde sus términos pueden entrar en conflicto con otra regla considerada de mayor importancia) y generalmente con un principio no concluyente, el cual, meramente, señala hacia una resolución, pero, con frecuencia, puede no lograr determinarla» (HART, 2000, p. 42). Una explicación de la crítica, en MORESO (2009, p. 112). De todos modos, y a pesar de la polémica, he preferido utilizar las categorías propuestas por DWORKIN porque a mi juicio ofrecen un marco conceptual clarificador del problema del que quiero dar cuenta.

la tortura<sup>599</sup>, de los trabajos forzados y de la esclavitud<sup>600</sup>: adquieren en los Ordenamientos jurídicos la forma de una regla, porque el deber que emana de ella es absoluto, en la medida que no admiten excepciones.<sup>601</sup> En palabras simples, el mandato que deriva de una norma es una regla si este debe cumplirse imperativamente, salvo las excepciones que la propia regla contemple.

Los principios, en cambio, son construidos normativamente como mandatos de optimización, es decir, que «[...] pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan mediante reglas y, sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario».<sup>602</sup> De esta forma, los principios operan como directrices que permiten tanto al legislador como a los operadores jurídicos tomar decisiones sobre el ámbito o contenido de la concreción de esos principios.

Un sistema normativo que se construyera solo sobre la base de reglas sería por sí solo inoperante; o las reglas deberían comprender tantas excepciones para permitir su aplicación que en rigor dejarían de serlo y pasarían a constituirse, en realidad, en principios. El reconocimiento de los principios permite la articulación de sistemas dinámicos que posibilitan ir adaptando sus respuestas no solo a los concretos casos que se presentan, sino también a los cambios que se producen en el entramado social en el que se aplica el Derecho.

---

599 Tal como el artículo 15 CE dispone perentoriamente que nadie puede, *en ningún caso*, someterse a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

Este es el argumento que los tribunales del Land de Hesse dieron para privar de eficacia probatoria a la información obtenida de un sujeto que había secuestrado al joven hijo de un banquero para cobrar un rescate. El jefe de la policía autorizó el uso de la tortura (o la amenaza de aplicarla) en contra del secuestrador para que este dijera dónde tenía encerrado al joven y salvarle la vida, contexto en el que detenido confesó el lugar donde estaba; la policía lo encontró, pero solo el cadáver del joven porque su secuestrador lo había matado previamente. Vid. un análisis del caso en ROXIN (2004).

De una forma similar, el Tribunal Constitucional alemán motivó su sentencia de 15.02.2006 (BVerfG, 1 BvR 357/05) en la que acogió un amparo en contra de la proyectada Ley de seguridad aérea que permitía a las fuerzas de seguridad derribar un avión en vuelo cuando se supiera que este iba a usarse para un atentado terrorista, conforme con la experiencia de los atentados de 11-S-2001 en Nueva York. El Tribunal declaró que dicha ley contrariaba la Constitución alemana porque «la dignidad del ser humano prohíbe que el Estado lo convierta en objeto de la actuación estatal y simple medio para la salvación de otros» (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2006, p. 260). Un análisis de estas cuestiones puede consultarse en GARCÍA-HUIDOBRO y MIRANDA (2013)).

600 En los términos categóricos en los que la prohibición está prevista en el artículo 4º CEDH: «1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre»; «2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio».

601 ALEXY (2008, p. 14, 2011, pp. 12-13). La distinción aparece explicada en MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN (2015, pp. 132-137).

602 ALEXY (2008, p. 14). En el mismo sentido de la distinción entre normas y principios, y estos últimos como mandatos de optimización, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (2005, p. 403). Ejemplos paradigmáticos de principios son la protección de los derechos a la vida y la libertad, en la medida que los ordenamientos jurídicos admitan restricciones a su ejercicio, caso en el que, otros intereses constitucionalmente relevantes pueden entrar a actuar como limitaciones a estos. Es lo que ocurre con la legítima defensa como causa de justificación, según lo cual, la vida del agresor puede dañarse si se verifican los supuestos del artículo 20.4 CPe o 10 N°s 4, 5 o 6 CPCh.

## 19.2. Juridicidad proporcional penal como regla

El punto, como podrá apreciarse, tiene importancia en la comprensión de la juridicidad proporcional, toda vez que, si esta se construye como una regla, de ella emana un mandato que debe ser obedecido no solo por el legislador, sino también por los jueces en la aplicación del Derecho Penal. En cambio, si la juridicidad proporcional es construida como un principio en el sentido aquí indicado, significa que debe cumplirse en la medida de lo posible, dejando tanto al legislador como a la judicatura espacios libres de actuación para la construcción o integración de las normas penales. Así, sería jurídicamente permitido recurrir al Derecho Penal si ello, aunque desproporcionado, es necesario para satisfacer otro principio (como el de justicia, p.ej.) que, en el caso en concreto, se juzgue como prevalente frente al de proporcionalidad.

La averiguación de la naturaleza de la juridicidad proporcional como regla o principio es una tarea principalmente exegética, por cuanto el carácter de una u otra es conferida por las propias regulaciones normativas.

Al respecto, el tenor literal de las normas constitucionales que sirven de sustento positivo a la juridicidad proporcional tiene un sentido imperativo. El artículo 53.1 CE dispone que la ley que prevea una injerencia sobre un derecho fundamental «deberá respetar su contenido esencial», reiterado por el artículo 52.1 CDFUE. Así, estas disposiciones mandan que el último límite aplicable a las restricciones de derechos está representado por sus contenidos esenciales. A partir del sistema de la CDFUE, la proporcionalidad se ha considerado como la «limitación de la limitación» de los derechos fundamentales<sup>603</sup>, una caracterización que tiene validez también para los Ordenamientos jurídicos nacionales<sup>604</sup>. Estas disposiciones se refuerzan por el reconocimiento constitucional de una dignidad y de derechos inviolables que son inherentes a la persona (artículo 10.1 CE). Esto significa que la injerencia no puede desconocer por completo el derecho, anularlo o derogarlo en forma definitiva; la restricción constitucionalmente admitida es siempre una de un grado inferior al completo cercenamiento del derecho. Asimismo, la garantía que prevé el artículo 9.3 CE respecto de la «interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos» también tiene un sentido definitivo, es decir, que es una norma que debe cumplirse, sin excepciones, y es por ello que puede afirmarse que, así planteada, corresponde a una regla. Si, por un lado, la Constitución permite restringir derechos fundamentales, los ciudadanos cuentan, a su vez, con que la seguridad de que dicha injerencia nunca podrá ser arbitraria y que el legislador, en tanto poder público, debe promover las condiciones para que la libertad del individuo y de los grupos en que se integra sea real y efectiva, de acuerdo con el artículo 9.2 CE. Finalmente, dispone el artículo 52.1 CDFUE que «sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general», limitaciones que, en todo caso, debe enmarcarse «[d]entro del respeto del principio de proporcionalidad».

---

603 SAMARDŽIĆ (2017, p. 9).

604 Sobre la proporcionalidad en el Derecho de la Unión Europea, ver MUÑOZ DE MORALES ROMERO (2014, *pássim*)

Es cierto que la CDFUE vincula «a las instituciones, órganos y organismos de la Unión [...] así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión», estableciendo un estatuto específico de aplicabilidad de sus mandatos; pero no puede desconocerse que, fuera de ese ámbito, la CDFUE representa un poderoso marco de interpretación y una guía de construcción de los Ordenamientos nacionales de los países miembros de la Unión Europea. Así como tampoco puede negarse que, de acuerdo con el principio *favor libertatis*, nada impide considerar esas disposiciones como integrantes del Ordenamiento jurídico, con valor general.

Lo que importa en este punto es destacar que todas las disposiciones antes citadas tienen un sentido imperativo, que no dejan margen de discrecionalidad sobre su aplicabilidad o no a un caso concreto. En consecuencia, y en virtud de una interpretación literal, debe concluirse que la juridicidad proporcional tiene naturaleza de regla<sup>605</sup>.

Aunque los argumentos de texto para fundamentar la conclusión de que la juridicidad proporcional tiene el carácter de regla (y no de principio) son útiles para tales fines, son, sin embargo, insuficientes. En efecto, en lo que se refiere a la configuración de los derechos nacionales de raíz continental, los argumentos de carácter teleológico y sistemático son los que terminan, a mi juicio, por confirmar la conclusión de que la juridicidad proporcional tiene naturaleza de regla jurídica. Si el *telos* de la juridicidad proporcional es la preservación de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, tal finalidad solo se consigue si a ella se le confiere el carácter de regla. En otras palabras, que tal finalidad requiere que la proporcionalidad sea aplicada sin excepciones, es decir, sin que sea posible que otros intereses, aunque ellos sean constitucionalmente protegidos, justifiquen postergar o anular la proporcionalidad. Esto es, que la juridicidad proporcional, en atención a sus fines, se despliega en cada caso con la misma intensidad jurídica, de modo que una excepción, independiente del supuesto de hecho que se use para pretender justificarla, anula completamente la juridicidad proporcional.

Como un punto de comparación con la legalidad penal, puede advertirse que es habitual encontrar en la literatura especializada, tanto continental<sup>606</sup> como anglosajona<sup>607</sup>,

---

605 Parcialmente en contra, LASCURAÍN SÁNCHEZ (2014, p. 317), para quien en la proporcionalidad «no resultan graduables sus presupuestos pero sí sus exigencias básicas [...] la cercanía del sacrificio del sacrificio de valores que comporta la norma mínimo imaginable, y es graduable también el superávit de la norma penal en términos axiológicos».

606 Así, por ejemplo, LAGUILLO RODRÍGUEZ (1982), GARCÍA DE ENTERRÍA (1984), BOIX REIG (1986, 1987), CAMBA CONSTENLA (1994), BACIGALUPO ZAPATER (1996), RUIZ ROBLEDO (1997), RODRÍGUEZ MOURULLO (1997), BERGALLI (1998), CARBONELL MATEU (1999); GIL GIL (1999); MORESO (2001), KELK (2001), RUIZ ROBLEDO (2003), DE VICENTE MARTÍNEZ (2004), SÁNCHEZ SANDOVAL (2006), ÁLVAREZ GARCÍA (2009), SÁNCHEZ LÁZARO (2011), SEGURA SOTO (2011), VIVES ANTÓN (2011, Capítulo 713), ARIAS HOLGUÍN (2012), GÓMEZ PAVÓN y BUSTOS RUBIO (2014), CALCAGNI (2015), MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (2019, pp. 89-ss); MÍNGUEZ ROSIQUE (2016), BARBERO (2017), MONTIEL FERNÁNDEZ (2017), DIAS (2018), GARCÍA PÉREZ (2018).

607 Ver DUFF, FARMER, MARSHALL, RENZO y TADROS (2013); PELSER (2001, pp. 188, 202): «Los principios más importantes de la Escuela Clásica en Derecho Penal son los principios de legalidad, retribución como base de la pena y el principio de proporcionalidad»; ASHWORTH (2013, p. 66): «De acuerdo con el principio de legalidad y el <rule of law>, las leyes, y especialmente las penales, deben ser claras, estables y no

la referencia a la legalidad penal como «principio». Sin embargo, esa extendida caracterización como principio pareciera dar cuenta de un uso impropio del lenguaje jurídico más que de una definición conceptual<sup>608</sup>. De todos modos, debe reconocerse que, ante la emergencia de lo ocurrido durante la Segunda Guerra Mundial, la prohibición de retroactividad que emana de la legalidad penal fue aplicada como si ella se tratara de un principio.

No cabe duda que, de acuerdo con la opinión pública del mundo civilizado, es más importante llevar a los criminales de guerra ante la justicia que respetar, en su juicio, la regla contra la ley *ex post facto* [prohibición de retroactividad], que tiene un mero valor relativo y, en consecuencia, nunca fue reconocida sin restricciones<sup>609</sup>.

Estas afirmaciones corresponden a KELSEN y fueron escritas en 1945 frente al problema que representó la necesidad de juzgamiento de los criminales de guerra Nazis por crímenes contra la paz y contra la humanidad, toda vez que dichas conductas no habían sido descritas como delitos ni por el Derecho nacional alemán ni por el Derecho internacional al momento de ser ejecutadas, así como tampoco el tribunal llamado a juzgar dichos delitos había sido establecido por una ley previa. De acuerdo con este planteamiento, la prohibición de retroactividad de la norma que fundamenta la pena admitiría

---

retroactivas en su operación»; HORDER (2019, p. 57): «En muchas jurisdicciones, especialmente dentro de Europa, es usual comenzar una discusión sobre los principios generales del derecho penal declarando la máxima *nullum crimen sine lege*, algunas veces conocida como principio de legalidad. Sin embargo, las connotaciones del principio de legalidad son tan amplias que es preferible dividirlos en tres principios distintos—el principio de no retroactividad, el principio de máxima certeza y el principio de estricta construcción de leyes penales»; HUSAK (HUSAK, 2008); JEFFERSON (2011, pp. 5-8).

608 PERISTERIDOU estima que la legalidad penal es un principio, en el sentido propuesto por DWOR-KIN, «...porque es abstracto, de textura abierta y no opera en forma de <todo o nada>» (PERISTERIDOU, 2015, p. 4), aunque reconoce que algunos de sus aspectos, como la prohibición de retroactividad, funcionan como una regla. SILVA SÁNCHEZ también es de la opinión que la legalidad penal es un principio. Citando directamente a ALEXY, SILVA SÁNCHEZ (2015, p. 3) afirma que «las garantías del principio de legalidad se entienden como principios en sentido estricto», de lo que emana la «posibilidad de que esas garantías –entendidas como mandatos de optimización– entren en conflicto con otros principios del Derecho Penal, debiendo ser objeto de la correspondiente ponderación razonable (*balancing*)». La caracterización de la legalidad penal como un principio es lo que, a su juicio, permite que dicha legalidad se concrete de diversos modos en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales.

No estoy de acuerdo con el planteamiento de los autores citados.

En primer lugar, porque en todos los ordenamientos nacionales en los que la legalidad penal se exprese a través de un enunciado similar al del artículo 103.2 GG, adquiere la forma de una regla. Si algún ordenamiento nacional se aleja de esta caracterización sería un caso digno de análisis, sobre todo si ese Estado forma parte del sistema europeo o del sistema americano de derechos humanos, en los cuales, en atención a los tratados respectivos (CEDH o CADH), la legalidad penal tiene el carácter de regla. En segundo, y en particular respecto de la posición sostenida por SILVA SÁNCHEZ, porque la cita que hace de ALEXY no es correcta. De hecho, ALEXY (1993, p. 4) señala expresamente que la definición de la legalidad penal como un <principio> obedece a un uso distinto del que se confiere a tal concepto en la teoría que él mismo propone, e indica que detrás del enunciado normativo «[u]n hecho puede ser penado sólo si la punibilidad del acto estaba establecida por ley antes de la comisión del acto» [...] se encuentra un principio al que puede recurrirse para su interpretación, pero formula una regla, pues lo que exige es algo que siempre puede sólo ser o no ser cumplido.

609 KELSEN (1945, p. 11).

ciertos márgenes de no aplicación; en otras palabras, que el interés de seguridad jurídica del sujeto enjuiciable podría ceder frente a otros intereses que, en el caso, pudieran evaluarse como prevalentes. La cuestión jurídica de fondo se encuentra, entonces, en determinar la naturaleza de la legalidad penal y de los mandatos que de ella se derivan, esto es, si en su configuración normativa, la legalidad penal y los otros mandatos pueden o no someterse a un test de prevalencia que permitiría dejarlos sin aplicación para afirmar la vigencia de otros intereses juzgados como prevalentes.

Los textos normativos disponibles dejan poco espacio de duda sobre la cuestión: la legalidad penal, al menos en sus formulaciones básicas de no hay delito ni pena sin ley, está diseñada en la tradición jurídica continental como una regla, tanto en el Derecho internacional español<sup>610</sup>, como en el del sistema del CEDH<sup>611</sup>.

---

610 En efecto, la redacción del artículo 25.1 CE no establece, en primer lugar, excepción alguna; y su tenor («Nadie puede ser condenado o sancionado...») transmite la idea del carácter absoluto de la norma que de esa disposición emana. Asimismo, el constituyente español tampoco ha permitido la suspensión o restricción de la legalidad penal bajo el estado de excepción o de sitio según el artículo 55 CE.

611 La indisponibilidad de la legalidad penal, aun en situaciones de excepción, es reiterada por el CEDH, cuyo artículo 15 tampoco permite la suspensión de la legalidad en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de alguna de las naciones parte de este Convenio, «equiparándose, de esta forma, su rango valorativo al subyacente a la prohibición de tortura, esclavitud e incluso el derecho a la vida» (LANDA Y GARRO, 2009, p. 259). En el mismo sentido se pronuncia GREER (2006, pp. 232-233), quien indica que la legalidad penal prevista en el artículo 7º CEDH no admite excepciones formalmente especificadas. La exclusión de la legalidad penal del catálogo de derechos restringibles en estados de excepción (artículo 15 CEDH) muestra la centralidad que tiene la legalidad penal en el sistema europeo de derechos fundamentales (RÍOS MARTÍN y RODRÍGUEZ SÁEZ, 2014, pp. 24-25). Sobre el sistema regional europeo de protección de derechos fundamentales estructurado sobre la base del Consejo de Europa, ver SHAW (2008, pp. 245-260).

El TEDH ha declarado que:

...la garantía prevista en el Artículo 7, que es un elemento esencial del Estado de Derecho, ocupa un lugar prominente en el sistema de protección de la Convención, como se destaca por el hecho que no se permite derogación alguna de ella bajo el Artículo 15 en tiempo de guerra u otra emergencia pública. Se debe construir y aplicar, como sigue de su objeto y propósito, de forma que proporcione resguardos efectivos contra la persecución, condena y castigos arbitrarios (STEDH 55103/00, *caso Pubk c. Estonia*, §24).

Al respecto, ver también S TEDH 14038/88, *caso Soering c. Reino Unido*, §88; 20166/92, *caso S.W. c. Reino Unido*, §34; y 20190/92, *caso C.R. c. Reino Unido*, §33; 22414/93, *caso Chahal c. Reino Unido*, §79; 25964/94, *caso Ahmed c. Austria*, §40; 21987/93, *caso Aksoy c. Turquía*, § 62; 23178/94, *caso Aydin c. Turquía*, § 81; 51099/10, *caso Grecu c. República de Moldavia*, § 17; 30059/15, *caso Boukrourou y Otros c. Francia*, § 77; 36417/16, *caso X. c. Suecia*, § 55; 24129/11, *caso O.R. y L.R. c. Moldavia*, § 55; y 29896/14, *caso Jevtović c. Serbia*, § 74; 29295/95 y 29363/95, *caso Ecer y Zeyrek c. Turquía*, §29; 37201/97, *caso K.-H.W. c. Alemania*, § 45; 34044/96, 35532/97 y 44801/98, *caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, § 50; 45771/99, *caso Veeber c. Estonia*, § 30; 55103/00, *caso Pubk c. Estonia*, § 24; STEDH 21906/04, *caso Kafkaris c. Chipre*, §137; 74357/01, 26764/02 y 27434/02, *caso Kuolelis, Bartoševičius y Burokevičius*, § 115; 9174/02, *caso Korbely c. Hungría*, § 69; 16084/90, *caso Protópapa c. Turquía*, § 39; 10249/03, *caso Scoppola c. Italia (nº 2)*, § 92; 19359/04, *caso M. c. Alemania*, § 117; 36376/04, *caso Kononov c. Letonia*, § 185; 20134/05, *caso Alimuçaj c. Albania*, § 148; 54468/09, *caso Huhtamäki c. Finlandia*, § 41; 26261/05 y 26377/06, *caso Kasyrnakhunov y Saybatalov c. Rusia*, § 76; 20372/11, *caso Vyerentsov c. Ucrania*, § 62; 2312/08 y 34179/08, *caso Maktouf y Damjanović c. Bosnia y Herzegovina*, § 66; 42750/09 (GC) *caso Del Río Prada c. España*, § 77; 7345/12, *caso Glien c. Alemania*, § 118; 24069/03, 197/04, 6201/06 y 10464/07, *caso Öcalan c. Turquía*, § 98; 59552/08, *caso Rohlena c. República Checa*, § 50; 35343/05, *caso Vasiliauskas c. Lituania*, § 153; 23279/14, *caso Bergmann c. Alemania*, § 149;

La cláusula Núremberg, incluida en los artículos 7.2 CEDH, 49.2 CDFUE 15.1 PIDCP, podría esgrimirse como un buen argumento para sostener que la legalidad penal se construye como un principio. Sin embargo, tal cláusula no significa que la legalidad penal se construya como un principio porque, tal como se analizará posteriormente<sup>612</sup>, esa disposición no es una real excepción a la irretroactividad, ya que ella, de todos modos, remite a una de las fuentes del Derecho internacional para la definición de la conducta.

La admisión de la supervivencia de normas penales creadas antes de la entrada en vigor de la CE y que, por tanto, no fueron expresión de la voluntad general expresada en el Parlamento democrático, tampoco es suficiente como argumento para sostener la conclusión de que la legalidad penal es un principio. En efecto, porque el fenómeno de la convivencia con normas preconstitucionales es propio de los procesos de transición normativa que se produce con el surgimiento de un nuevo régimen, como en el caso español con el paso de la Dictadura Franquista al régimen democrático. De modo que la supervivencia de esas normas penales se plantea no como una renuncia al carácter de regla de la legalidad penal, sino como una necesidad práctica de dar continuidad a la vida en comunidad<sup>613</sup>. Así como no es posible construir un nuevo Derecho Penal de un día para otro, tampoco lo es, disponer la derogación automática de todas las normas preconstitucionales. Se espera que, en un escenario de transición política, las normas preconstitucionales vayan siendo sustituidas por otras de acuerdo con un criterio de urgencia, otorgándole prioridad a la revisión de aquellas normales penales cuyo contenido se evalúa como intolerable según los principios y valores declarados por el nuevo régimen, más que por la conformidad de esas normas con los nuevos procedimientos formales de creación normativa.

## 20. Juridicidad proporcional: ¿derecho o garantía?

Habiendo concluido antes que la juridicidad proporcional es una *regla* en sentido *Dworkiniano*, con relación a su naturaleza, queda ahora por analizar si ella es un derecho metapositivo (juridicidad proporcional como exigencia legitimadora), positivo (un derecho fundamental a la juridicidad proporcional en una visión neoconstitucionalista) o ninguna de las dos; y, en realidad, la juridicidad proporcional es, jurídicamente, una cosa distinta, como una garantía.

### 20.1. La juridicidad proporcional como derecho fundamental

De acuerdo con esta premisa sujeta a evaluación, la juridicidad proporcional sería

---

8927/11, *caso Ruban c. Ucrania*, § 37; 37462/09, *caso Žaja c. Croacia*, § 90; 67503/13, *caso Koprivnikar c. Eslovenia*, § 45; 43977/13, *caso Kadusic c. Suiza*, § 66; y 22429/07 y 25195/07, *caso Parmak y Bakir c. Turquía*, § 57.

612 Ver *Supra*, § 35.1.4.

613 Sobre el problema de la supervivencia de las normas penales preconstitucionales, ver RUIZ ROBLEDO (2003, pp. 174-ss).

un derecho, es decir, que corresponde a una facultad normativamente prevista. Al igual que en el apartado anterior, y haciendo una comparación, la legalidad penal ha sido calificada tanto como un derecho, como una garantía<sup>614</sup>, indistintamente<sup>615</sup>. La jurisprudencia constitucional califica a la legalidad penal como un derecho, aunque esa conclusión está más bien influida por la necesidad de perseguir un fin, más que por una definición completamente conceptual<sup>616</sup>.

---

614 En España, COBO DEL ROSAL y BOIX REIG (1982, p. 193); NARANJO DE LA CRUZ (2020, p. 504). QUINTANAR DÍEZ, ORTIZ NAVARRO y ZAVALA LÓPEZ-GÓMEZ (2020, p. 24) distinguen entre el derecho a la legalidad, previsto en el artículo 9.3 CE y su garantía, en el artículo 25 CE.

La dogmática francesa desde temprano se ha caracterizado a la legalidad penal como una garantía. Por ejemplo, GARRAUD (1909, p. 89), para quien el

...principio de legalidad de los delitos y penas [...] constituye la garantía fundamental de la libertad civil que no consiste en hacer lo que se quiera, sino en hacer lo que la ley permite. Por tanto, corresponde a la ley y sólo a la ley a quien corresponde fijar los límites que separan la libertad de la licencia. Esta es la condición para la seguridad y la libertad del individuo.

La consideración de la legalidad penal como garantía de libertad se corresponde con la asentada formulación de VON LISZT:

...por paradójico que pueda parecer, el Código Penal es la carta magna del criminal. No protege el sistema legal, no el todo, sino las personas que se rebelan contra ellos. Le otorga el derecho a ser castigado solo bajo las condiciones legales y solo dentro de los límites legales. La doble frase: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* - es el baluarte del ciudadano contra la omnipotencia estatal, contra el poder temerario de la mayoría, en comparación con el «Leviatán». Durante años he caracterizado el derecho penal como «el poder punitivo legalmente limitado» (VON LISZT, 2007, p. 1010).

615 Una parte de la dogmática identifica la legalidad penal como un derecho fundamental, como ocurre con ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC, para quienes «[e]l principio de legalidad es también, desde el punto de vista técnico, un derecho fundamental de los ciudadanos» (ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC (2019, p. 102)). Se refieren también a la legalidad penal como derecho fundamental, MADRID CONESA (1983, p. 19); HUERTA TOCILDO (1993, 2005, 2016, 2018); FERRERES COMELLA y MIERES MIERES (1999, p. 293); CUERDA RIEZU (CUERDA RIEZU, 2002); RUIZ ROBLEDO (2003); LASCURAÍN SÁNCHEZ (2006, pp. 255-ss); OLMEDO CARDENETE (2008, p. 584); ALCÁ CER GUIRAO (2012); BAGES SANTACANA (2018, p. 8); CORRECHER MIRA (2018, pp. 33, 119, 120, 134, 374, entre otras); LASCURAÍN SÁNCHEZ (2018, pp. 56, 69); ALCÁ CER GUIRAO (2010, *pássim*)..

De acuerdo con HUERTA TOCILDO (1993, pp. 86-112), el contenido esencial de lo que sería este derecho fundamental a la legalidad penal se compone de una exigencia de reserva absoluta de ley, prohibición de retroactividad de las normas penales desfavorables y eficacia ultractiva de las favorables, exigencia de tipicidad taxativa y prohibición de analogía e interpretación extensiva *in malam partem*.

616 El TCe ha caracterizado la legalidad penal como un derecho fundamental. Al respecto, ver, a modo ejemplar no exhaustivo, SsTCe 75/1984, FJ 6º; 140/1986, FJ 2º; 256/1988, FJ 5º; 127/1990, FJ 3º; 93/1992, FsJs 7º a 9º (con relación a la legalidad sancionatoria administrativa); 188/1992, FJ 2º; 21/1993, FJ 4º; 372/1993, FJ 5º; 265/1994, FJ 3º; 137/1997, FJ 7º (con relación a la legalidad sancionatoria administrativa); 150/1997, FJ 3º; 151/1997, FJ 4º; 189/1998, FJ 7º; 194/1998, FJ 2º; 42/1999, FJ 4º; 136/1999, FJ 21º; 142/1999, FJ 3º; 278/2000, FJ 4º; 87/2001, FJ 8º; 221/2001, FJ 3º; 79/2002, FJ 6º; 123/2002, FJ 10º; 228/2002, FJ 3º; 20/2003, FJ 4º; 24/2004, FJ 2º; 63/2005, FJ 12º; 120/2005, FsJs. 5º y 6º; 151/2005, FJ 6º y 7º; 48/2006, FJ 3º; 129/2006, FJ 4º; 262/2006, FJ 4º; 283/2006, FJ 5º; 48/2007, FJ 4º; 234/2007, FJ 3º; 29/2008, FJ 6º; 59/2008, FJ 4º; 129/2008, FJ 3º; 91/2009, FJ 6º; 191/2009, FJ 3º; 57/2010, FJ 3º; 97/2010, FJ 6º; 9/2011, FJ 6º; 36/2018, FJ 2º.

Esta caracterización parece deberse, en realidad, no a una definición teórica sobre su naturaleza, sino a la justificación de su competencia para controlar su cumplimiento por medio del recurso de amparo constitucional. ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC, afirman que, siendo la naturaleza de la legalidad penal un derecho fundamental, su infracción por los tribunales penales puede ser controlable por la vía del recurso de amparo

Es cierto que puede darse una utilización no rigurosa del lenguaje, en virtud de lo cual los calificativos <principio>, <derecho> o <garantía> se usen por igual y con un sentido similar para referirse a la legalidad penal, sin que ello implique una toma de posición definitiva sobre la cuestión<sup>617</sup>. Pero también es cierto no solo que un uso correcto de los calificadores jurídicos es exigible a los juristas, sino también, que la identificación certera de la naturaleza de las instituciones ayudará necesariamente a su mejor com-

---

constitucional, aunque reconocen que el asunto ha sido objeto de un intenso debate jurídico (MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, 2019, p. 92; ORTS BERENGUER Y GONZÁLEZ CUSSAC, 2019, p. 102).

Si bien es cierto que considerar a la legalidad penal como un derecho permite recurrir al mecanismo de tutela jurisdiccional previsto en el artículo 53.2 CE (amparo constitucional) para verificar su grado de vigencia efectiva en las sentencias penales (protegiendo al condenado de interpretaciones extensivas o integraciones analógicas constitucionalmente prohibidas en que pudieran incurrir los tribunales), también es cierto que, por esta vía, se superpone la jurisdicción constitucional a la ordinaria penal; y con ello se corre el riesgo de generar, sin quererlo, una «supercasación» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1984, pp. 39-42; QUINTERO OLIVARES, JARIA I MANZANO, ET AL., 2015, p. 13) o un «recurso universal de casación», como se declaró en las SsTCe 89/1983, FJ 2º, 41/1998, FJ 6º y 185/2000, FJ4º; con el consiguiente riesgo, adicional, de colapso del TCe y, por tanto, de impedirse que este desarrolle adecuada y oportunamente sus funciones. Que es lo que ocurrió y motivó la reforma del TCe operada por la L.O. 6/2007 (sobre las causas de esta reforma en el sentido antes apuntado, ver PÉREZ MANZANO (2012, pp. 124-126) y CARRILLO (2018, pp. 648-650)).

En atención al carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional (artículo 53.2 CE). Además de este riesgo de desnaturalización del sistema de recursos jurisdiccionales ordinarios previsto en LECr, esta vía de amparo constitucional solo protege respecto de la aplicación que los jueces ordinarios hagan de la ley penal en el caso concreto, pero no del contenido mismo de la ley, que también puede ser inconstitucional. En este caso, el procesado que está bajo el riesgo de ser juzgado de acuerdo con una ley inconstitucional tiene vedado el recurso a la jurisdicción constitucional, por no estar activamente legitimado ni para interponer un recurso de inconstitucionalidad (artículo 32 L.O. 2/1979) ni para promover una cuestión de inconstitucionalidad (artículo 35 L.O. 2/1979). El único camino que le queda es persuadir al tribunal ante el cual pende su juzgamiento del vicio de inconstitucionalidad, para que sea aquel el que promueva la respectiva cuestión de inconstitucionalidad; pero si no logra convencer al tribunal, debe resignarse a esperar la sentencia condenatoria, recurrirla y, en definitiva, aguardar la sentencia de término para recurrir ante el TCe por vía de amparo constitucional. El sistema aparece así dotado de una cierta irracionalidad, toda vez que si es la ley penal la que contiene la cláusula inconstitucional (por ejemplo, un tipo completamente abierto o una norma legal que ordene la retroactividad de la ley penal desfavorable), el tribunal de instancia tiene el deber jurídico de aplicarla; ese tribunal no tiene la competencia del control de constitucionalidad, que está reservado al TCe por medio del recurso de inconstitucionalidad.

Aunque el control sobre la eficacia efectiva de los derechos fundamentales es siempre deseable en un sistema que pretende ser materialmente democrático, permitir a los ciudadanos disfrutar de esta garantía jurisdiccional no justifica, a mi juicio, el forzamiento de la naturaleza de los objetos jurídicos. En otras palabras, que para la configuración de la garantía jurisdiccional respecto del ejercicio de la potestad punitiva del Estado (cuya necesidad, de todos modos, es evidente), en el modelo español no se requiere dar a la legalidad un carácter de derecho fundamental, tal como se analiza en el apartado inmediatamente siguiente.

617 Un buen ejemplo de esta utilización no rigurosa del lenguaje lo representa el trabajo de GÓMEZ PAVÓN y BUSTOS RUBIO (2014, p. 179), quienes, en un mismo párrafo, utilizan las tres expresiones para denotar la legalidad penal:

*El derecho* a la legalidad sancionadora debe partir del respeto judicial al significado textual del enunciado que transmite la proposición normativa; en caso contrario, nos encontraremos ante una ruptura de la sujeción a la ley por los órganos del Poder Judicial. No cabe olvidar que el *principio de legalidad penal* es una *garantía* del Estado democrático de Derecho, que preserva el derecho de los ciudadanos a conocer la ley y poder adecuar y organizar su comportamiento de acuerdo con este conocimiento (las cursivas son mías, R.N.).

prensión y aplicación<sup>618</sup>. De ahí, entonces, la necesidad de un esfuerzo por clarificar los términos con relación a la caracterización de la juridicidad proporcional.

Si, como hipótesis, se parte atribuyéndole a la juridicidad proporcional un carácter de derecho, debería esbozarse lo que sería su contenido esencial como tal. Debería concluirse que esta significa, antes que todo, un derecho a no ser sancionado penalmente sino en virtud de una prohibición de actuación que debe ser proporcional; o, más sintéticamente, el derecho a ser castigado penalmente solo en virtud de una ley proporcional<sup>619</sup>. En este planteamiento hay aspectos que no terminan por convencer del todo y su formulación tiene un sentido tal que dotaría a este derecho de un contenido absurdo. Aplicando la misma lógica, este *derecho* a la juridicidad proporcional equivaldría a un *derecho* a ser ejecutado indoloramente o a ser ejecutado previa inducción química de un estado de pérdida de conciencia. Lo que, en mi percepción, no termina de calzar de este supuesto *derecho* a la juridicidad proporcional es que su contenido es negativo del que emanaría una expectativa que consistiría en que es un derecho la forma en que mis derechos (como la libertad) pueden ser restringidos (por la pena), cuando lo básico es que de los demás derechos fundamentales emanen expectativas de connotación positiva (a la vida, a la libertad, al desarrollo de la personalidad, a la negociación colectiva, etc.). Expresado de esta forma, el *derecho* a la juridicidad proporcional suena como una *contradictio in terminis*.

Si esa es la estructura que debería tener la juridicidad proporcional si se la considera un derecho, esta me parece conceptual y lógicamente débil.

## 20.2. El concepto de garantía

Recurriendo a la categorización conceptual propuesta por FERRAJOLI, una *garantía* es «cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo»<sup>620</sup> y «toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiendo por «derecho subjetivo»

---

618 La caracterización de la legalidad penal como un derecho fundamental puede estar influida por dos cuestiones. La primera, de carácter formal, por la ubicación sistemática, dentro del catálogo de derechos, que las disposiciones que le sirven de sustento normativo tienen en los textos constitucionales. La segunda, de carácter material, consiste en que la consideración de la legalidad penal permite el control jurisdiccional-constitucional de su infracción por vía del recurso de amparo ante el TCe, de acuerdo con lo previsto en el artículo 53.2 CE, con relación al artículo 161.b) CE y artículo 2.1.b) L.O. 2/1979.

ARROYO ZAPATERO (1983, p. 21), comentando que, aunque la disposición del artículo 25.1 CE no prevé expresamente la reserva de ley en materia penal (la CE solo dispone literalmente que el ilícito se constituya como tal «según la legislación vigente» y no según la ley en sentido específico), ella sí está prevista por los artículos 53.1 y 81.1, ambos CE. Sin embargo, a su juicio, si la reserva de ley se desvincula del artículo 25.1 CE dejaría de ser un derecho fundamental «y, con ello, el ciudadano no podría obtener tutela a través del recurso de amparo constitucional frente a decisiones, generales o particulares, adoptadas en su perjuicio con vulneración de la reserva de ley». En el mismo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA (1984, pp. 39-ss); BARNES (1998, pp. 20-21); DONINI (2004a, p. 178); FALCÓN Y TELLA (2005, p. 254); HUERTA TOCILDO (1993, p. 82); LAMARCA PÉREZ (1987, pp. 108-109)).

619 En el mismo sentido, pero con relación a la legalidad penal, VIVES ANTÓN (2011, p. 730).

620 FERRAJOLI (2008, p. 60).

toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones)»<sup>621</sup>. Este autor distingue entre *garantías primarias* y *garantías secundarias*, distinción que es relevante para los efectos de explicar por qué la juridicidad proporcional es una garantía y no un derecho.

Las *garantías primarias* son las obligaciones o prohibiciones que corresponden al derecho garantizado por ellas<sup>622</sup>, es decir, la concreción (en la forma de un deber de actuar o de abstenerse de hacerlo) de la expectativa que emana de ese derecho al que la garantía es correlativa. Por su parte, las *garantías secundarias* corresponden a la obligación jurisdiccional de aplicar la sanción o declarar la nulidad en el caso del incumplimiento de los deberes de actuación o de abstención de actuar que emanan del derecho garantizado<sup>623</sup>. Siguiendo el ejemplo propuesto por el mismo autor, la propiedad es un derecho subjetivo del que emana una obligación genérica de respetar el dominio ajeno sobre una cosa y una prohibición, también genérica, de alterar esa propiedad por medios distintos de los previstos en la ley, obligación y prohibición que serían *normas primarias*, como la disposición del artículo 349 CCe («Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por Autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización»). Estas normas primarias se concretan en *garantías primarias*. A saber, por ejemplo, la privación de efectos jurídicos a la perturbación a un propietario en el ejercicio de su derecho de propiedad sobre la cosa. Una mirada atenta al tipo penal de hurto del artículo 234.1 CPe muestra que de él emana una norma que prohíbe «sustraer cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño»; y que esta norma coincide, en lo sustancial, con la norma primaria antes identificada que emana del derecho subjetivo de propiedad. En virtud de dicha coincidencia, debe concluirse, entonces, que el tipo de hurto es también una garantía primaria del derecho subjetivo de propiedad.

Ante el incumplimiento de la norma primaria y, por tanto, de la inobservancia de las garantías primarias por la actuación de un agente, el Ordenamiento jurídico prevé ahora *garantías secundarias* o *jurisdiccionales*. El dueño perturbado en el ejercicio de su dominio tiene a su disposición la acción reivindicatoria del artículo 348 CCe por la que puede reclamar protección jurisdiccional; y el tribunal está obligado a aplicar las sanciones ante una conducta ilegítima. Lo mismo para el caso que alguien, dolosamente, incumpla la norma primaria que deriva del tipo penal de hurto: surge el deber para el Estado de enjuiciar ese hecho y, si procede, aplicar al agente la sanción penal prevista por su actuación típica.

### 20.3. Toma de posición: la juridicidad proporcional como garantía

La solución, correcta a mi juicio, al problema expuesto consiste en concluir que la juridicidad proporcional no configura un <derecho fundamental>, sino una *garantía* de

---

621 FERRAJOLI (2008, p. 63).

622 FERRAJOLI (2004a, p. 43, 2004b, pp. 161-ss, 2008, p. 64).

623 FERRAJOLI (2004a, p. 43).

los derechos sobre los que la prohibición penal y la pena representan una injerencia.

En efecto, la juridicidad proporcional es, en primer lugar, una garantía primaria que se concreta en la protección de los derechos fundamentales frente a injerencias que el legislador decida autorizar. En otras palabras, que los derechos están protegidos, es decir, su contenido garantizado, por medio de una prohibición inicial de injerencias sobre tales derechos. Luego, para permitir una adecuada interacción entre los distintos supuestos de hecho de los diferentes derechos, se autoriza a que se prevean limitaciones de unos derechos que permitan la vigencia de otros. Aquí entra a operar la garantía de la juridicidad proporcional: si la injerencia que se proyecta adopta la forma de una prohibición penal o de una pena, ella solo estará autorizada en la medida que sea proporcional; fuera de ese carácter, la injerencia no es constitucionalmente admisible.

Asimismo, la juridicidad proporcional también puede actuar como una garantía secundaria, por cuanto permite la actuación *ex post* cuando la juridicidad proporcional no haya operado adecuadamente como garantía primaria. En este caso, la garantía secundaria ordena la inaplicación de la norma que fundamenta la pena que sea desproporcionada.

En síntesis, la diferencia de la juridicidad proporcional en tanto garantía primaria y secundaria radica en el momento de su operación. Así, actúa como garantía primaria, cuando la juridicidad proporcional opera preventivamente, impidiendo que la norma jurídica no proporcional ingrese al Ordenamiento jurídico. En este caso, la juridicidad proporcional despliega todo su efecto como norma de reconocimiento y atribución competencial. En cambio, opera como garantía secundaria, cuando se dirige hacia una norma que ya ha ingresado al Ordenamiento jurídico, pero se le priva de sus efectos no proporcionales en un caso concreto. Esto ocurre cuando la juridicidad proporcional falló al actuar como garantía primaria o porque la norma penal es, en forma abstracta proporcional, pero los efectos de su aplicación al caso concreto la privan de ese carácter.

La operación concreta de la juridicidad proporcional como garantía se analizará en el apartado siguiente.



## Capítulo IV.

# Estructura y operatividad de la juridicidad proporcional

### 21. Introducción al Capítulo IV

Este Capítulo está destinado a analizar, por un lado, la estructura de la juridicidad proporcional; y, por otro, su operatividad.

Con relación a su estructura, la juridicidad proporcional se compone de elementos o requisitos formales y materiales. En consecuencia, la juridicidad proporcional tiene una estructura algo más compleja que la que posee la legalidad penal.

La juridicidad proporcional, en tanto base de un estatuto de limitación de la potestad punitiva, se estructura en torno a dos grupos de requisitos. El primero está integrado por requisitos que operan en un nivel formal, y se relacionan con (a) la existencia de una autorización para la injerencia, es decir, que la restricción del derecho esté permitida por el orden constitucional; y (b) la producción normativa de la norma restrictiva. El segundo grupo, compuesto por requisitos de carácter material, indican que la prohibición penal y la pena solo serán admisibles constitucionalmente, en la medida que ellas sean proporcionales. La proporcionalidad se integra por elementos autárquicos y relacionales. Los autárquicos, son elementos que se satisfacen a sí mismos, sin que para su verificación sea necesaria la referencia a otros derechos o valores. Entre estos, está el resguardo del contenido esencial del derecho restringido, la finalidad que se pretende obtener con esa restricción y que esta tenga sustento constitucional, y que los medios escogidos para lograr ese fin se ajusten a esa finalidad, es decir, que sirvan o sean útiles. Los relacionales, en cambio, son aquellos cuya verificación requiere necesariamente la vinculación con otros derechos o valores constitucionales. Entre estos se encuentran la necesidad de la restricción que consiste en la verificación de la inexistencia de, al menos, un medio distinto menos restrictivo apto para lograr el fin adecuado; y la ponderación, es decir, que «debe existir una relación adecuada (<proporcional> en el sentido estricto del término) entre los beneficios que se obtienen del cumplimiento del fin y la vulneración causada al

derecho fundamental con la obtención de tal fin»<sup>624</sup>.

Los requisitos formales y materiales actúan, en consecuencia, como criterios de validez y de legitimidad de la prohibición penal y de la pena, respectivamente. En conjunto, ambos determinan la admisibilidad constitucional de una norma que fundamenta la pena y de la pena<sup>625</sup>. Con esto, en consecuencia, la juridicidad puede ser considerada como una limitación de la potestad punitiva.

Este Capítulo IV se inicia con una revisión de la operatividad de la juridicidad proporcional como garantía primaria y como garantía secundaria, tarea que se contiene en el §22.

El §23 se destina al análisis de los requisitos formales de la juridicidad proporcional; el §24 enuncia y describe los materiales; y el §25 contiene un análisis de sus componentes operativos que dan cuenta de lo que se denomina el test de proporcionalidad.

El análisis incluido en este Capítulo debe ser leído considerando dos restricciones autoimpuestas. La primera, consiste en que el análisis se hace con relación a la prohibición penal, omitiéndose el relativo a la pena propiamente tal. Esta decisión se fundamenta en que ya existen trabajos que abordan, principalmente, la proporcionalidad de la pena; mientras que la prohibición penal no ha sido el objeto prioritario de análisis. La segunda consiste en que se ha renunciado al objetivo de construirlo como un análisis acabado de cómo se estructura la juridicidad proporcional. Esta limitación se fundamenta, primero, en que asumir esa tarea sería un ejercicio pretencioso y, segundo, que la imposibilidad de conseguir tal objetivo en esta instancia defraudaría las expectativas que tal intención podría generar. Finalmente, y como tercer motivo de la renuncia, es que el objetivo de esta investigación no está centrado exclusivamente en la juridicidad penal, sino en la determinación de las razones que justifiquen el intento por construir un estatuto de limitación de la potestad punitiva, sobre la base de la identificación de las limitaciones estructurales de la legalidad penal. Para conseguir ese objetivo, no se requiere precisar exhaustivamente el contenido de la juridicidad proporcional, sino tan solo hacer una comparación *prima facie* de su rendimiento con el de la legalidad penal.

## **22. Operatividad de la juridicidad proporcional: el control jurisdiccional**

Como se analizó precedentemente, el fundamento del control jurisdiccional de la legalidad penal resulta algo problemático. El control jurisdiccional de la juridicidad proporcional, en cambio, presenta un mejor pronóstico.

La diferenciación de la juridicidad proporcional como garantía primaria y secundaria tiene impactos en la forma en que ella puede ser operada jurisdiccionalmente, tal como pasa a analizarse.

---

624 BARAK (2017, p. 375)

625 BARAK (2010, pp. 5-6).

## 22.1. Juridicidad proporcional como garantía primaria

La operatividad de la juridicidad proporcional como garantía primaria se produce en un escenario que es esencialmente político, determinado por el juego de las fuerzas dentro del proceso legislativo. Su vigencia como garantía primaria depende, en primer lugar, de la capacidad de autocontención del propio parlamento de producir normas que fundamentan la pena que sean inconstitucionales por ser desproporcionadas. En este primer escenario, se espera que sea el propio debate parlamentario, tanto formal como informal, el que sea capaz de adecuarse a las exigencias constitucionales de proporcionalidad con relación a la norma que fundamenta la pena que se discute.

Si esa capacidad es limitada y falla, produciéndose una norma desproporcionada, la juridicidad proporcional como garantía primaria puede operar a través del control jurisdiccional-constitucional denominado recurso de inconstitucionalidad, previsto en el artículo 161.1.a) CE y desarrollado en los artículos 31 a 34 de la L.O. 2/1979.

Este mecanismo tiene como ventaja que la declaración de inconstitucionalidad que, por esta vía, pueda producir el Tribunal Constitucional, tiene efectos *erga omnes* y produce la anulación de la norma jurídica no proporcional. Sin embargo, tiene como desventaja la restricción de la legitimación activa para la declaración respectiva por el Tribunal Constitucional<sup>626</sup>. En este caso, son relevantes los problemas analizados precedentemente sobre la legitimidad democrática de dotar a la justicia constitucional de la facultad de tumbar una decisión adoptada por el parlamento<sup>627</sup>.

Por otro lado, es cierto que la operación del test de proporcionalidad de la juridicidad proporcional que se desarrollará<sup>628</sup> puede aparecer como carente de tangibilidad y, por tanto, ser dificultosa su operación. Pero no debe desconocerse que el conflicto jurídico en sí mismo carece de soluciones del tipo de verdades indesmentibles, al estilo matemático; y que tales controles están destinados a ser operados por juristas con entrenamiento para enfrentar ese tipo de conflictos y para producir las soluciones requeridas por ellos.

Puede ocurrir que la garantía de la juridicidad proporcional no opere a través de la autocontención parlamentaria ni del recurso de inconstitucionalidad, de modo que la ley se incorpore al Ordenamiento jurídico como una norma en vigor, pero el tribunal penal que se enfrenta al enjuiciamiento de un caso sospecha que la norma que fundamenta la pena no respeta la juridicidad proporcional. El modelo español sigue otorgándole a la juridicidad proporcional posibilidades de actuar. Esta vez, por medio de la promoción, por el tribunal que conozca del caso, de la cuestión de inconstitucionalidad regulada en los artículos 35 a 37 L.O. 2/1979. Al igual que en el caso del recurso de inconstitucionalidad, la cuestión de inconstitucionalidad también tiene la ventaja de conferir un efecto

---

<sup>626</sup> Solo están legitimados para promover el recurso de inconstitucionalidad el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas, de acuerdo con el artículo 162.1.a) CE y el artículo 32 L.O. 2/1979.

<sup>627</sup> Ver *Infra* §24.3.

<sup>628</sup> Ver *Infra* §25.

*erga omnes* a la declaración de inconstitucionalidad que pudiera provocarse por esta vía, pero adolece de la misma desventaja de aquel: la concentración de su titularidad activa<sup>629</sup>. En este caso, la defensa del procesado tiene un rol importante que cumplir, ya que deberá tratar de persuadir al tribunal de que la norma penal no es proporcional, teniendo esta posibilidad en todas las instancias procesales e, incluso, en vía de casación.

En el caso de la cuestión de inconstitucionalidad, la garantía de la juridicidad proporcional sigue operando como garantía primaria, porque el ingreso al Ordenamiento jurídico de la norma no proporcional sería solo transitorio hasta que se produzca su declaración de inconstitucionalidad, aunque esta se produzca retardadamente.

Se requiere de un mecanismo para que la juridicidad proporcional opere adecuadamente como garantía primaria, a través de cualquiera de las dos acciones constitucionales antes analizadas. Me refiero al de la regulación de la carga, tanto de la persuasión como de la prueba sobre la proporcionalidad de la norma cuestionada («carga de argumentación» en la nomenclatura propuesta por BERNAL PULIDO<sup>630</sup>). Al aplicar las reglas procesales generales, dicha carga debería recaer en quien alega la desproporción. Sin embargo, para que la garantía de la juridicidad proporcional sea efectiva se requiere un desdoblamiento de esa asignación general de la carga de persuasión y prueba. Así, en primer lugar, quien alega la desproporción debería tener una única carga que consiste en demostrar que la norma cuestionada representa una injerencia sobre un derecho fundamental. Una vez que ello ha sido acreditado, la carga de persuasión y prueba recae en quien pretende que la injerencia es válida y está justificada, es decir, que la injerencia es cumple con el estándar de la juridicidad proporcional<sup>631</sup>.

Lo característico de la operación de la juridicidad proporcional como garantía primaria es que el cuestionamiento recae sobre la prohibición penal misma (o la pena), no en cómo esta pueda articularse con el resto de los derechos fundamentales a través de las instituciones del Derecho Penal, como las causales de justificación. En esto radica, a mi juicio, el error en que CUERDA ARNAU cuando pretende resolver la relación conflictiva entre la libertad de expresión y los delitos de apología a través de la proporcionalidad. Con relación a la posición del juez ordinario ante los tipos penales que limitan la libertad de expresión, citando al TCe, esta autora afirma que «si los hechos han de encuadrarse dentro del ejercicio [de la libertad de expresión], ya que, de llegar a esa conclusión, la acción penal no podría prosperar, puesto que dichas libertades operarían como causas

---

629 En el caso de la cuestión de inconstitucionalidad, la legitimación activa está restringida solo al Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, que conozca de un proceso y que considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso pueda ser contraria a la Constitución y que esa norma influya sustancialmente en la resolución del litigio (artículo 35 L.O. 2/1979).

630 BERNAL PULIDO (2014, *pássim*).

631 DYZENHAUS (2014, p. 235, nota al pien n° 7); YOUNG (2017, p. 261). Este ha sido también el criterio de la jurisprudencia constitucional. Ver, por ejemplo, STCe 26/1981, FJ 6°: «cuando se ha producido una limitación o un parcial sacrificio de derechos básicos que la Constitución reconoce a los ciudadanos, dado que el supuesto que se produce es modificativo o extintivo de tales derechos, la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación». En el mismo sentido, SsTC 8/1992, FJ 2° y 293/1993, FJ 6°.

excluyentes de la antijuricidad de la conducta»<sup>632</sup>. En síntesis, ella plantea que el juez está obligado a determinar si la conducta ejecutada por el imputado por un delito de apolo-gía (o cualquiera otro, porque el razonamiento es aplicable de forma general) configura o no la causal de justificación de obrar en el ejercicio legítimo de un derecho (artículo 20, circunstancia 7ª CPe). Ese razonamiento no es propio de un juicio de proporcionalidad; se trata, más bien, de una función propia de la determinación, en el caso concreto, de la existencia de un delito y de los eventuales en los que el imputado haya podido actuar. No es cierto que cuando el tribunal del caso razona sobre la configuración o no de esa causal de justificación esté haciendo un juicio de proporcionalidad, ya que lo que está haciendo el tribunal es determinar si hay ejercicio legítimo de un derecho, es decir, el tribunal está verificando la configuración de una norma que le resta fundamento a la pena. En cambio, sí está haciendo un juicio de proporcionalidad cuando el tribunal razona sobre la configuración de la legítima defensa o de un estado de necesidad. La diferencia entre el ejercicio legítimo de un derecho y la legítima defensa o el estado de necesidad radica en que el primer supuesto, el tribunal solo emite juicio sobre que, en el caso concreto, el sujeto activo actuó amparado legítimamente por un derecho, sin que sea imperioso determinar la existencia de un conflicto; en el segundo caso (legítima defensa y estado de necesidad), en cambio, el tribunal entra a ponderar entre dos bienes en conflicto (el bien sacrificado por la defensa o la necesidad y el bien defendido o salvado, respectivamente). Ese razonamiento sobre a cuál de los bienes darle preeminencia en el caso en concreto, si el bien defendido/salvado o el bien sacrificado, es propio de un juicio de proporcionalidad. En consecuencia, en el caso del planteamiento de CUERDA ARNAU, lo que realmente constituiría un juicio de proporcionalidad sería que el tribunal no tuviera que entrar a razonar sobre la eventual configuración de la justificante de ejercicio legítimo de un derecho, sino que tuviera que concluir en la atipicidad de la conducta porque la prohibición que emana del tipo penal no puede aplicarse por ser considerada contraria a la juridicidad proporcional y, por tanto, inconstitucional.

## 22.2. Juridicidad proporcional como garantía secundaria

Así como la juridicidad proporcional en tanto garantía primaria vincula al legislador, su desenvolvimiento como garantía secundaria es ahora vinculante para los tribunales ordinarios que ejercen jurisdicción penal. De esta forma, son, al menos, tres los grupos de casos en los que el tribunal penal debería recurrir a la juridicidad proporcional: (a) en la aplicación de la norma que fundamenta la pena al caso concreto; (b) cuando la norma es, en general proporcional, pero deja de serlo en atención a las características específicas y especiales del caso concreto y (c) como fundamento de la corrección jurídica cuando se produzca una distorsión en la aplicación de la ley.

---

632 CUERDA ARNAU (2014, p. 165).

### 22.2.1. Aplicación de la norma que fundamenta la pena al caso concreto

Podría pensarse que la operatividad de la juridicidad proporcional como garantía secundaria está limitada al Tribunal Constitucional por el carácter concentrado que tiene el control de constitucionalidad en el Ordenamiento jurídico español. Sin embargo, esta afirmación –que es verdadera– requiere de una adecuada comprensión. Lo que corresponde como facultad exclusiva al Tribunal Constitucional es la declaración de inconstitucionalidad de una disposición normativa y, con ello, su expulsión del Ordenamiento jurídico. Pero como la Constitución tiene eficacia normativa, ella vincula a todos los tribunales, independiente de su posición jerárquica y de su competencia. Por eso, todos los tribunales tienen el deber de interpretar el Ordenamiento jurídico de la forma que mejor se adecue al texto constitucional, lo que permite concluir que los tribunales sí pueden ejercer el control de la juridicidad proporcional. Este puede extenderse desde la interpretación más favorable al derecho, hasta la inaplicación de una norma jurídica si su aplicación produce un efecto desproporcionado en el caso concreto.

Asimismo, hay dos ámbitos en los que la juridicidad proporcional debería ser ejercida.

El primero, como criterio general de interpretación para decidir los casos dudosos en la adjudicación o calificación jurídica de los hechos sometidos a su juzgamiento. En este caso, la juridicidad proporcional puede operar como criterio de interpretación de forma similar al de *in dubio pro reo*; la regla sería que *in dubio pro libertatis*, es decir, que en caso de duda, el tribunal debe optar la interpretación que favorezca mayormente la realización del derecho limitado por la prohibición penal o la pena. Así, en casos en los que se produzcan dudas sobre la tipicidad o atipicidad de la conducta, debería decidirse por esta última porque esa opción es la que contribuye de mejor forma a la realización del derecho.

El segundo ámbito es el de los espacios de discrecionalidad entregados por la ley al tribunal, en el que la juridicidad proporcional debería actuar como criterio para determinar los supuestos de aplicación de tales facultades discrecionales. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con la facultad de rebajar en uno o dos grados la pena para el delito tentado, en los casos que la ley no lo haya sancionado especialmente (artículo 62 CPe); los grados facultativos de rebaja o aumento de pena por la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad penal en los casos previstos en el artículo 66 CPe, y dentro de ellos, especialmente con relación a los delitos leves y los delitos culposos; la rebaja facultativa de pena prevista para la eximente incompleta regulada en el artículo 68; o llenando de contenido la regla de clausura del sistema de individualización judicial de la pena prevista en el artículo 72 CPe. Como en todos estos casos, el tribunal tiene un deber de justificar el uso de esas facultades, este podría cumplirse si tal motivación se hace en clave de juridicidad proporcional. Así, por ejemplo, la decisión de rebajar dos grados y no solo uno la pena para el delito tentado sometido a juzgamiento puede ser fundamentada en que esa cuantía de la pena es más proporcional que la rebaja de un solo grado. Tal conclusión sobre la proporcionalidad de la opción de rebajar dos grados

debería fundarse en los componentes de la juridicidad proporcional que serán objeto de análisis posteriormente.

### 22.2.2. Resultado desproporcionado de la norma en el caso concreto

La juridicidad proporcional también está destinada a controlar los efectos particulares que la aplicación de una norma que fundamenta la pena produce en un caso concreto. Si, a pesar de la aplicación de las instituciones previstas por el Ordenamiento jurídico, como las circunstancias modificativas o las reglas de solución de los concursos, se produce un resultado que aparece como incompatible con la exigida proporcionalidad, esa desproporción puede hacerse valer como argumento de defensa en cualquier instancia o como fundamento de un recurso de casación.

Incluso, puede argumentarse como fundamento de un recurso de amparo constitucional después de pronunciada la sentencia de término. En este caso, el amparo constitucional se fundamenta en que el resultado de la aplicación de las normas legales produce una injerencia desproporcionada en alguno de los derechos limitados o por la prohibición o por la pena que debe imponerse. El fundamento es la lesión directa del derecho que se estima limitado desproporcionadamente. En este punto, la juridicidad proporcional ofrece mejores posibilidades de control jurisdiccional que las que ofrece la legalidad penal<sup>633</sup>.

---

633 Sobre los problemas para controlar jurisdiccionalmente el cumplimiento de los estándares que emanan de la legalidad penal, ver *Supra* nota al pie n° 616.

Otorgar protección constitucional directamente a la libertad fue el argumento al que el TCe ha recurrido para resolver recursos de amparo constitucionales, como en SsTCe 140/1986 y 160/1986 cuando dicha magistratura constitucional acogió el amparo deducido por haberse impuesto una pena prevista en una ley que no había sido aprobada como ley orgánica; y la STCe 118/1992 que declaró inconstitucional y, por tanto, nulo el artículo 10.3 de la Ley 39/1981. Así, en la STCe 140/1986 (criterio posteriormente reiterado en SsTCe 160/1986; 17/1987; y 122/1987) el TCe se decantó por considerar el carácter restrictivo del Derecho Penal en la faceta tradicional, esto es, que restringe la libertad por los efectos propios de la aplicación de la pena. En este caso, el TCe conoció de un amparo constitucional deducido en contra de una sentencia penal que había condenado a una persona como autora de un delito monetario a la sazón tipificado en el art. 6.A.1.º y penado en el 7.1.2.º, de la Ley 40/1979. Dicha ley era una ley común, por cuanto no había sido aprobada por el Parlamento como una Ley Orgánica, de acuerdo con el artículo 81.2 CE. El amparo deducido lo fue no por infracción al artículo 25.1 CE, como había ocurrido en casos previos con relación a la misma disposición legal (SsTCe 25/1984 y 32/1984), sino fundado en que dicha ley común infringía el derecho a la libertad previsto en el artículo 17.1 CE. En las sentencias de amparo, que resultaron otorgados, el TCe declaró que «no existe en un ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí» (STCe 140/1986, FJ 5º), «de manera que la imposición de una pena de privación de libertad prevista en una norma sin ese carácter, viene a constituir una vulneración de las garantías del derecho a la libertad reconocido en el art. 17.1 de la C.E.» (STCe 140/1986, FJ 6º). El TCe se refirió a la privación de libertad en que consiste la pena, lo que se confirma por los efectos remediales que el Tribunal dispuso que sólo se relacionaron con la anulación de la pena privativa de libertad y las accesorias, pero dejó subsistentes la de multa impuesta y los efectos subsidiarios de la condena y las costas. Esta sentencia es particularmente relevante no solo porque ella motivó posteriormente la declaración de inconstitucionalidad de la norma (STCe 160/1986), sino porque zanjó la discusión previa sobre la reserva de ley orgánica para las normas penales. Sin embargo, tanto en la sentencia 140/1986 como en la sentencia 160/1986, el TCe tuvo la oportunidad para haber ido un paso más allá, abordando la perspectiva de la doble restricción de la libertad, tanto por la descripción de la conducta como por la pena, sobre todo porque los recu-

Sin embargo, la posibilidad de recurrir a la juridicidad proporcional para corregir los efectos desproporcionados en la aplicación de una ley que fundamenta la pena torna relevante el problema de la creación judicial del Derecho.

Al igual que lo que ocurre en el ámbito conceptual de la legalidad penal en el que se encuentra lo suficientemente asentada la restricción para el órgano jurisdiccional de la creación de Derecho<sup>634</sup>, esta prohibición también es requerida por la juridicidad proporcional, aunque por un fundamento distinto. Una de las formas de creación judicial más comunes en la cultura continental es la técnica de integración denominada analogía.

Un primer problema con relación a la analogía consiste en determinar el grado de extensión de su prohibición (ya sea de la analogía o de una interpretación extensiva), problema que se puede explicar con la dualidad destacada por BACIGALUPO ZAPATER de la interpretación o integración como actividad de extracción (de lo que está en el texto) o como actividad de introducción (en el texto de algo que este no dice)<sup>635</sup>. A pesar de la discusión doctrinal sobre la analogía<sup>636</sup>, lo claro es que el contenido de esta prohibición se dirige al órgano jurisdiccional; y se concreta en la interdicción de creación por el tribunal de una norma distinta de aquella que se deriva de la ley penal. Sobre el punto, me parece especialmente clarificadora la exposición de DONINI. De acuerdo con esta, la decisión judicial puede desarrollar una función meramente cognoscitiva (de «concreción jurídica»<sup>637</sup>), caso en el que puede calificarse como <Derecho-concreción>. Pero, junto con esta función cognoscitiva, la sentencia puede llegar a constituir una fuente formal del Derecho Penal en la medida que de ella sea predicable una capacidad innovadora con relación al Derecho preexistente. En este caso, su carácter trasciende al meramente cognoscitivo, adquiere uno extensivo y se le dota de los rasgos formales propios de la capacidad de vincular<sup>638</sup>. En este caso, la función que desarrolla la sentencia es calificable como <Derecho-fuente>, y esta se caracteriza porque altera o modifica la norma que emana de la disposición. El binomio anterior (<Derecho-concreción>/<Derecho-fuente>) no significa que el primer término esté permitido y el segundo necesariamente prohibido por el mandato de taxatividad. El primero está, desde luego, permitido. Pero en

---

rrentes de amparo plantearon sus demandas en esos términos. De haberse seguido esta argumentación, el TCe debió haber declarado la nulidad de todas las penas impuestas, porque habría debido declararse que el tipo penal mismo era inconstitucional por infringir la reserva de ley orgánica.

634 La ubicación estructural de la judicatura y la definición de sus funciones en la tradición continental son definidas en el período de la Revolución Francesa, influida por el ideal ilustrado. Esta se muestra como una reacción frente al papel que desempeñaron los jueces en el Antiguo Régimen, cuando se denunció que estos «habían comenzado a emular el <poder legislativo> y habían entorpecido las operaciones de la administración» (THORNHILL, 2011, pp. 210-211). A muy corta distancia de la revolución del 14 de julio, se aprobaron en Francia leyes que disponían una separación entre las funciones judiciales y la función ejecutiva, leyes que «marcaron el comienzo tanto de la tradición de la supremacía legislativa como de un derecho administrativo independiente que llegó a ser una característica de la política constitucional francesa» (THORNHILL, 2011, pp. 210-211).

635 BACIGALUPO ZAPATER (BACIGALUPO ZAPATER, 2020).

636 Al respecto, ver, por ejemplo, SCHÖNKE (1948); GARCÍA ALBERO (2008); KUHLEN (2012); RAMON RIVAS (2014).

637 DONINI (2018, p. 9).

638 DONINI (2018, pp. 8-9).

el segundo término (<Derecho-fuente>) sería necesario distinguir dos subcategorías: las «aplicaciones innovadoras de casos (nuevos) que no modifican la disposición, pero que amplían el alcance de la norma», por un lado; y las «extensiones de la figura delictiva que modifican la propia disposición», por otro<sup>639</sup>. En el sistema propuesto, lo alcanzado por el mandato de taxatividad y, por tanto, prohibido, es la extensión modificativa de la figura delictiva, ya sea que ella se produzca por una interpretación extensiva o por un proceso de integración analógica. Y este esquema es, así planteado, coherente con la regla prevista en los apartados 1 a 3 del artículo 4 CPe<sup>640</sup>.

Este mismo esquema conceptual es el que se encuentra presente en la jurisprudencia, cuando esta afirma, por ejemplo, que a los tribunales

...les está vedada la interpretación extensiva y la analogía «*in malam partem*», es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan. El que estas técnicas jurídicas [...] estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario las mismas se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al legislador corresponde, en contra de los postulados

---

639 DONINI (2018, p. 10).

Una aplicación de estas distinciones puede hacerse a los problemas interpretativos sobre el sentido del tipo penal de intrusismo contenido en el derogado artículo 321.1º del CPe 1973 –y actualmente recogido en el artículo 403 CPe 1995–, tema que aún hasta hoy es objeto de debate en el foro, como lo demuestra la reciente STS 2048/2019 (FJ 2º). El problema consiste en determinar si la expresión «título oficial» con la que se describía la conducta de intrusismo en el CPe 1973 debía leerse de esa forma o en el sentido de «título *académico* oficial». Bajo el imperio del CPe 1973, tanto el TCe como el TS uniformaron su posición señalando que el tipo penal se refería al ejercicio no autorizado de una profesión que requería título académico oficial; la aplicación del tipo a las profesiones que requieren solo título oficial (y no título académico oficial) se consideró una aplicación analógica *in malam partem*. Esta conclusión se basó en el contenido de la Ley de Bases 79/1961 por la que se introdujo al CPe la reforma operada por el Decreto de 24 de enero de 1963. Según tal Ley de Bases, el artículo 321 debía tener «una mayor eficacia en la represión del intrusismo, castigando a los que, sin poseer condiciones legales para ello, ejercieran actos propios de una profesión, carrera o especialidad que requiera título académico oficial o reconocido por las Leyes del Estado o los Convenios Internacionales» (Artículo 1, base quinta Ley de Bases 79/1961). Luego, entonces, el TCe declaró que «al omitirse en su redacción definitiva [del artículo 321] el calificativo de «académico» que en la base quinta se unía indisolublemente al «título» cuya falta de posesión quería sancionarse, el art. 321.1 no respondió estrictamente al mandato convenido en la citada base quinta» (por todas, inaugurando el criterio jurisprudencial, STCe 111/1993, FJ 7º).

Aplicando las categorías expuestas por DONINI, las sentencias que condenaban por el delito de intrusismo a quien ejerciere una profesión para la que se requería título oficial (no académico), eran casos de extensiones del tipo penal que modificaban la disposición.

640 Jurisprudencialmente se ha derivado de esta regla la prohibición de la analogía. Al respecto, ver STS 4632/2009, FJ 3º:

El art. 4 CP, consagrando el principio de legalidad, y excluyendo tanto la analogía *in malam partem*, como *in bonam partem*, declara con claridad que “las leyes penales no se aplicaran a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas; y que el Tribunal acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión del indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley, resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notoriamente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo.

del principio de división de poderes<sup>641</sup>.

Un segundo problema consiste en que la limitación de la creación judicial del Derecho Penal se entiende como parte integrante de un Derecho Penal democrático en la cultura jurídica continental<sup>642</sup>. Esta idea, analizada desde la teoría política como expresión de la separación de poderes de origen ilustrado<sup>643</sup>, se deriva de la pretensión ilustrada de MONTESQUIEU según lo cual «los jueces de la nación no son, según sabemos, sino la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor»<sup>644</sup> y que, en este aspecto, ejerció una influencia decisiva en BECCARIA<sup>645</sup>. Aunque es cierto que en MONTESQUIEU el Poder judicial tenía un papel secundario frente al legislativo y al ejecutivo<sup>646</sup>, es necesario hacer notar, como lo advierte ATRIA, que la teoría del filósofo francés ha sido, en realidad, parcialmente mal comprendida: los jueces no se reducen a un mero mecanismo automatizado de aplicación de la ley<sup>647</sup>, ya que aquel les reconoció un cierto margen de acción: «moderar la ley en favor de la ley misma, fallando menos rigurosamente que ella»<sup>648</sup>. Se trata, a juicio de ATRIA, de casos en los que el tribunal puede moderar la ley no con relación a un fin externo (como hacerla más justa, lo que se podría conseguir solo con su derogación o reforma por el legislativo), sino con referencia al propio contenido de la ley. Es decir, que los jueces pueden, por ejemplo, dejar de aplicar la ley a un caso concreto, cuando ese caso concreto no haya podido ser previsto por el legislador en atención a unas características especiales imposibles de anticipar cuando la ley se dictó; pero no pueden hacerlo fundado en consideraciones de justicia material. Ese sería el verdadero sentido de la expresión acuñada por MONTESQUIEU<sup>649</sup>. Y ese pareciera ser el sentido de la regla de interpretación contenida en el artículo 3 CCE, según la que no solo es relevante el elemento gramatical en dicha

---

641 STS 3864/2013, FJ 2º. En sentido similar, STS 411/2009, FJ 2º: “La interpretación analógica prohibida es la que, sin estar cubierta por el sentido del texto legal, lo aplica a un hecho no comprendido en él”.

642 De hecho, la permisividad de la analogía se ilustra como una perspectiva totalitaria haciendo referencia, por ejemplo, a la experiencia Nazi en Alemania. Al respecto, VORMBAUM (2014, p. 176) afirma que [e]l cambio a la idea de la infracción del deber y el *Täterstrafrecht* también condujo a un rechazo de la <diseción> terminológica y sistemática de los crímenes; en cambio, se requería una terminología integral y esencialista y un sistema de delitos; las <lagunas de responsabilidad> que necesariamente se derivan de una definición formal de delito basada en el lenguaje eran inaceptables. La consecuencia necesaria es un rechazo de la prohibición de la analogía.

643 Sobre el particular, ver BACIGALUPO ZAPATER (BACIGALUPO ZAPATER, 2020).

644 MONTESQUIEU (1906, p. 237).

645 CARRITHERS (1998, p. 214).

646 El judicial es considerado por el autor un poder «en cierta manera nulo» (MONTESQUIEU, 1906, p. 233).

647 Como lo entienden, por ejemplo, RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ (1994, p. 177).

648 MONTESQUIEU (1906, p. 237).

649 ATRIA (2004, pp. 125-ss). En el mismo sentido, siguiendo a ATRIA, RAMON RIBAS (2014, pp. 125-126).

Con todo, el rumbo que está tomando la política criminal actual podría revertir la desconfianza en los jueces como lo sugiere VIVES ANTÓN: “merced a los múltiples despropósitos e improvisaciones del legislador hemos de confiar en que los jueces atemperen sus malas consecuencias” (VIVES ANTÓN, 2016, p. 5).

interpretación de las leyes, sino también «en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

Sobre la base de la misma distinción entre los ámbitos permitidos y prohibidos a los jueces como «bocas de la ley», la STS 4632/2009, FJ 3º:

Ciertamente la Sala de instancia no posee la facultad de matizar por analogía la interpretación de la norma penal, con base en la mera consideración de su inadecuación político-criminal, o de la aparente injusticia que, a su criterio, produciría una aplicación rigurosa de la Ley.

Así, por ejemplo, no sería posible la corrección judicial del excesivo rigor de la pena de prisión permanente revisable fundada en la consideración de la injusticia de dicha pena<sup>650</sup>.

En síntesis, no existen obstáculos para la operación de la juridicidad proporcional como garantía secundaria en la corrección de los efectos de la aplicación de una ley que fundamenta la pena. Aplicando dicha garantía de derechos fundamentales, el tribunal penal que conoce de un caso puede adecuar los efectos de la aplicación de esa ley al caso concreto para evitar que ella produzca un efecto desproporcionado. El límite, esta materia, se encuentra en la imposibilidad del tribunal de crear una nueva norma jurídica por esta vía de interpretación o de recurrir a elementos externos a la norma, como el sentido de justicia o de lo correcto, con el fin de corregir el contenido de una norma.

### 22.2.3. Corrección de una distorsión en la aplicación de la ley

Este se trata del supuesto de más fácil resolución. Consiste en que la infracción a la juridicidad proporcional se haya verificado en el dictado de la sentencia condenatoria firme como consecuencia de la extralimitación por el tribunal penal de los límites impuestos por dicha juridicidad proporcional.

La tipología de casos podría ser sintetizada como sigue: (a) el tribunal penal dicte sentencia condenatoria por un hecho que sí es típico, pero en el que la descripción se encuentra en una fuente formal del Derecho no habilitada (por ejemplo, una ley ordinaria); (b) el tribunal penal dicte sentencia condenatoria por un hecho que no es típico; (c) el tribunal penal interprete extensivamente un tipo penal, subsumiendo dentro de él un supuesto de hecho que, por interpretación restrictiva, no puede calzar dentro en la descripción típica; y (d) el tribunal penal aplicó analógicamente un tipo penal a un supuesto de hecho que guarda similitudes con el supuesto típico, pero no lo es. Esta tipología básica (y no excluyente de otras que pudieren aparecer en la *praxis* judicial) se refiere a erróneas aplicaciones del Derecho por parte del tribunal penal. Los cuatro casos descritos tienen un común denominador: en todos ellos el tribunal amplió la pro-

---

650 La prisión permanente revisable es el eufemismo utilizado por el legislador para designar a la cadena perpetua. Cfr., ÁLVAREZ GARCÍA y VENTURA PÜSCHEL (2015, p. 317), quienes la denominan derechamente <cadena perpetua>; en el mismo sentido, ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC (2019, p. 464); CORRECHER MIRA (2018, p. 124).

hibición penal más allá de los límites fijados constitucionalmente y, por tanto, son serios candidatos para configurar casos de desproporción. Estos pueden hacerse valer por los medios procesales de impugnación previstos en el régimen general de recursos; y una vez agotados estos, por medio del amparo constitucional.

### **23. Requisitos formales de la juridicidad proporcional: la validez de la norma penal prohibitiva y de la pena**

La validez es un requisito de carácter formal. De acuerdo con este, la injerencia que representa la prohibición penal es admisible solo si está autorizada y se expresa en la forma prescrita por la norma constitucional. En la estructura propuesta para la juridicidad proporcional, los requisitos formales son: (a) autorización constitucional para limitar un derecho fundamental (autorización para la injerencia), (b) injerencia contenida en una ley y (c) que esa ley sea *stricta y praevia*.

La reconstrucción de las disposiciones constitucionales que permiten que las normas infraconstitucionales prevean prohibiciones penales y penas, es decir, injerencias, es una tarea fundamental porque tal reconstrucción significa determinar, ni más ni menos, que el fundamento constitucional de la potestad punitiva. El Derecho Penal puede ser entendido como un conjunto complejo compuesto por normas de conducta de carácter prohibitivo, normas de sanción (penas) y algunas normas permisivas (como las que regulan causales de justificación y exculpación). Sobre esta base conceptual, y supuesto que el Derecho Penal carece de una autorización *per se* y que tanto la producción de la norma que fundamenta la pena como la representatividad y consenso que ella se supone contiene, no representan formas válidas de fundamentar la autorización de la potestad punitiva<sup>651</sup>. A mi juicio, el camino correcto para encontrar tal fundamento se encuentra en la cláusula general de restricción de derechos contenida en el artículo 53.1 CE en conjunto con la norma sobre la reserva de ley orgánica prevista en el artículo 81.1 CE. Este fundamento es consistente solo si se acepta como presupuesto el carácter de injerencia que tiene la prohibición penal y la pena.

#### **23.1. La autorización constitucional para la injerencia**

Con una probabilidad muy cercana a la certeza, las normas que prevén prohibiciones penales y penas para el quebrantamiento de estas verificarán una causalidad negativa, es decir, que el contenido de la norma de comportamiento penal o el de la norma de sanción produzcan como consecuencia una disminución de la realización de un derecho fundamental<sup>652</sup>. Esa consecuencia negativa (merma de las posibilidades de realización del derecho fundamental afectado) está, en principio, prohibida por el derecho a la intangibilidad de los derechos. Si este fuera el esquema normativo completo, la norma penal que prevé una injerencia nunca podría surtir efectos porque, de acuerdo con el

---

<sup>651</sup> Ver *Supra* §17.

<sup>652</sup> BERNAL PULIDO (2014, pp. 845-846).

principio de jerarquía normativa, tal norma penal sería inconstitucional *per se* porque, como lo afirma BOROWSKI, «[u]na restricción que se realizara mediante normas legales de inferior jerarquía en la pirámide del ordenamiento jurídico, vulneraría el principio de supremacía de la Constitución»<sup>653</sup>.

Aunque sería difícil, pero no imposible, cuestionar la prohibición penal de matar, el primer problema jurídico a resolver no se encuentra en la naturaleza de la conducta que se prevé prohibir. Al contrario, ese primer problema consiste en encontrar dentro de la Constitución una autorización para que una norma infraconstitucional pueda prohibir válidamente la conducta de matar. La prohibición penal de matar (y, en general, la del conjunto de prohibiciones penales y penas) no puede considerarse autorizada constitucionalmente por el solo hecho de estimarse necesaria la prohibición; y esa es una conclusión jurídicamente coherente independiente del grado, aun extremo, de necesidad con el que se evalúe la prohibición de matar.

El esquema normativo es más complejo que la sola prohibición general para las normas infraconstitucionales de prever una causalidad negativa. De hecho, son las propias normas que integran la Constitución las que, bajo ciertos supuestos, autorizan esa causalidad negativa. En otras palabras, que el Ordenamiento jurídico constitucional permite injerencias sobre los derechos, es decir, admite, en ciertos casos, limitaciones a la completa realización de un derecho. La autorización de la injerencia adopta la forma genérica de una cláusula de restricción; y esta a su vez, puede ser diseñada por el Constituyente como una cláusula general o específica<sup>654</sup>.

Las cláusulas de restricción de derechos constituyen instrumentos decididos por el Constituyente que, permitiendo que los derechos sean restringidos, se prevén para la solución de conflictos entre derechos o entre ellos y otros valores<sup>655</sup>. Aquí radica, entonces, un primer elemento de carácter formal de la proporcionalidad: la injerencia debe estar, antes que todo, autorizada por las normas constitucionales, ya sea en forma particular, es decir, a través de una cláusula de restricción específica, o en forma general, por medio de la cláusula general de restricción de derechos.

Asimismo, el ejercicio de la potestad punitiva se refiere a dos procesos diferenciados, pero íntimamente vinculados. En el primero de tales procesos, el ejercicio de la potestad punitiva se expresa en el conjunto de decisiones de política criminal primaria que adopta el legislador, es decir, el conjunto de normas que fundamentan la pena en el momento en que estas son aprobadas en el Parlamento. En el segundo proceso, el ejercicio de la potestad punitiva se refiere a las decisiones de política criminal secundaria, representada por la forma en la que los operadores jurídicos comprenden, interpretan y aplican las normas que fundamentan la pena y las que le restan fundamento. Este segundo proceso tiene sus *outputs* en las decisiones de desestimación de casos penales, en los mecanismos procesales de salidas alternativas previas a la sentencia definitiva, en la sentencia definitiva dictada por los tribunales penales y en los mecanismos de suspensión de la pena

---

653 BOROWSKI (2007a, pp. 81-82)

654 BARAK (2017, pp. 161-162).

655 STACEY (2019, p. 436).

impuesta. Los dos aspectos del ejercicio de la potestad punitiva quedan vinculados al margen de autorización constitucional para prohibir comportamientos y para aplicar en concreto esas prohibiciones.

En el sistema jurídico español, la autorización para una injerencia en derechos fundamentales tiene una triple regulación: la que contiene la CE para el Ordenamiento interno, la que deriva del Derecho internacional de los derechos humanos incorporado al Ordenamiento interno y la que se deriva del Derecho europeo.

### 23.1.1. En el Derecho interno español

En el Derecho nacional español, la autorización constitucional de la potestad punitiva tiene varias fuentes, pero ella se expresa siempre a través de la técnica de la reserva legal<sup>656</sup>.

La vía general para la justificación de la potestad punitiva se encuentra en la cláusula general de derechos, prevista en el artículo 53.1 CE en coordinación con el artículo 81.1 CE<sup>657</sup>. Sobre la base de estas dos disposiciones constitucionales, la cláusula general de autorización de la injerencia tiene el siguiente tenor: solo por ley orgánica, podrá *regularse* el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I CE, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial. «Regular», en el sentido de tal disposición constitucional, significa, entre otras posibles interpretaciones, incidir o limitar un derecho, prohibiendo determinados comportamientos que quedan comprendidos dentro del supuesto de hecho del derecho regulado. De esta forma, por ejemplo, el tipo penal del artículo 138 CPe «regula» el ejercicio de la libertad de actuación, prohibiendo matar a otros. Entender la posibilidad de limitar un derecho como parte de la regulación a que se refiere la Constitución es, sin dudas, una interpretación extrema de dicha disposición; pero no por ello, imposible. Así lo ha declarado el TCe, cuando ha resuelto que «toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 C.E.), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 C.E.), precisa una habilitación legal»<sup>658</sup>. Adicionalmente, para que esa restricción del derecho pueda concretarse en una prohibición penal, se requiere de una ley orgánica, en los términos del artículo 81.1 CE: la ley penal que

---

656 El TCe ha sostenido un doble fundamento de la reserva de ley en materia de injerencia sobre derechos, conceptualmente similares a los de la legalidad penal. Por un lado, la reserva legal actúa como una garantía para las personas de que sus derechos «no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes» (STCe 49/1999, FJ 4º); y, por otro lado, actúa como una garantía de la seguridad jurídica, ya que la reserva de ley determina que la función jurisdiccional queda vinculada solo a la ley (STCe 49/1999, FJ 4º).

657 En contra, OEHLING DE LOS REYES (2017, pp. 1112-ss) quien, sobre la base de una distinción entre dos normas de reserva legal contenidas en la Constitución, una general en su artículo 53.1 y una específica referida a derechos y libertades fundamentales en el artículo 81.1, concluye que la primera lo es de ley común; y solo la segunda, de ley orgánica.

658 STCe 49/1999, FJ 4º. En el mismo sentido, STCe 70/2002, FJ 10º.

fundamenta la pena *desarrolla* el derecho fundamental que restringe<sup>659</sup>.

En síntesis, la norma penal regula el ejercicio de un derecho, prohibiendo determinadas actuaciones que quedan dentro del supuesto de hecho del derecho; es decir, que regula tal derecho, concretando la delimitación del derecho y resolviendo, anticipadamente, un conflicto, a favor del otro interés en juego. Es decir, que cuando la ley penal prohíbe matar, lo que está haciendo el legislador es regular el ejercicio de la libertad de actuación, indicando que «matar» es un comportamiento que, aunque originalmente protegido por la libertad de actuación, podrá, sin embargo, ser prohibido por una norma infraconstitucional. Adicionalmente, cuando el legislador penal prevé el delito de homicidio, resuelve el conflicto entre esa libertad de actuación y otro derecho fundamental (la vida), dirimiéndolo a favor de este último.

La segunda vía es a través de las cláusulas de restricción específicas<sup>660</sup> incluidas a propósito de la regulación de algunos de los derechos fundamentales que integran el catálogo de ellos que contiene la ley fundamental. En este caso, por ejemplo, la autorización constitucional para limitar la libertad de opinión por medio de la prohibición de la injuria se encuentra en la restricción específica del artículo 20.4 CE; o el ejemplo paradigmático de las afectaciones al medio ambiente con relación a la restricción espe-

---

659 Es efectivo que existe en el texto constitucional una diferencia terminológica entre ambas disposiciones. Así, mientras que el artículo 53.1 CE se refiere a la *regulación* del ejercicio de un derecho, el artículo 81.1 CE, por su parte, al *desarrollo* de ellos. Estimo que esa diferencia es simplemente léxica y que no produce consecuencias interpretativas relevantes. De acuerdo con su sentido propio, «desarrollar» significa «Aumentar o reforzar algo de orden físico, intelectual o moral», «Exponer con orden y amplitud una cuestión o un tema» y «Realizar o llevar a cabo algo» (Diccionario RAE). De esta forma, desarrollar no tiene únicamente un sentido de proceso evolutivo ascendente, como en la economía, sino acepta definiciones descriptivas; y es perfectamente compatible con la segunda de las acepciones transcritas. En consecuencia, el *desarrollo* de un derecho fundamental, en los términos del artículo 81.1 CE, es compatible con la *regulación* de este, según el artículo 53.1 CE. Y como el primero tiene un alcance más general (el segundo se aplica a los derechos garantizados en el Capítulo segundo del presente Título I CE) y no requiere un tipo específico de ley, por simple regla interpretativa debe concluirse que la exigencia de ley orgánica se aplica tanto a la regulación del artículo 53.1 CE, como al desarrollo del artículo 81.1 CE.

660 En el texto constitucional español, pueden mencionarse las siguientes cláusulas específicas: la libertad de expresión, la de la producción y creación literaria, la libertad de cátedra y la libertad de información sin censura previa que pueden ser limitados para permitir la vigencia del derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia (artículo 20.4 CE); el derecho de reunión pública que, en ningún caso, puede ser violenta o con armas (artículo 21.1 CE); la libertad para la creación de centros docentes, que está limitado por el respeto a los principios constitucionales (artículo 27.6 CE); los derechos de sindicalización y libertad sindical, de cuyo ejercicio pueden ser excluidos los miembros de las Fuerzas o Institutos armados y de los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar (artículo 28.1 CE); el ejercicio del derecho de petición colectiva que se encuentra limitado con relación a los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho sólo individualmente (artículo 29.2 CE) o el derecho de propiedad privada y de herencia que puede ser limitado por causa justificada de utilidad pública o interés social (art. 33.3 CE). Menciones separadas merecen la obligación expresa de penalización de las afectaciones al derecho a un medioambiente adecuado para el desarrollo de la persona (artículo 45.3 CE) y la de las afectaciones al patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran (artículo 46 CE) (MUÑOZ LORENTE, 2001, p. 73). Estas autorizaciones de injerencia de los derechos a través de cláusulas específicas también deben integrarse con la exigencia que emana del artículo 81.1 CE que, para ese efecto, requiere que sea una ley orgánica la que desarrolle tales autorizaciones.

cífica del artículo 45.3 CE. En general, las restricciones específicas son redundantes, a la luz de la cláusula general del art. 53.1 CE. Así, la omisión de esas cláusulas específicas no impediría una prohibición penal, por cuanto esta última podría fundarse en la mencionada cláusula general. Esa redundancia tiene, en todo caso, una explicación política, que justifica la inclusión de ellas en el texto constitucional. Esta consiste en que tales cláusulas dan cuenta de acuerdos y compromisos políticos necesarios para avanzar en el proceso de construcción de los textos constitucionales, que es lo mismo que ocurre con la inclusión de ellas en el CEDH.

Una posible tercera vía para encontrar la autorización constitucional de la norma que fundamenta la pena, es decir, de la potestad punitiva, sería el propio artículo 25.1 CE que, de acuerdo con la comprensión tradicional, contiene la legalidad penal y constituye la piedra angular de construcción del Derecho Penal. Una lectura atenta de esta disposición, a la luz del marco conceptual de esta investigación, muestra que el artículo 25.1 CE no constituye, sin embargo, una fuente de autorización constitucional de la potestad punitiva.

En primer lugar, y desde una perspectiva de contenido formal, la disposición del artículo 25.1 CE no constituye la fuente de la autorización constitucional de la potestad punitiva porque ella no aporta algo novedoso a lo que ya prescriben, con carácter general, los artículos 53.1 y 81.1 CE. El artículo 25.1 CE es, en este sentido, una norma prescindible.

En segundo lugar, porque la disposición del artículo 25.1 CE tiene un contenido mucho más restringido que el del artículo 53.1 CE. En efecto, la primera de las disposiciones estatuye que la comisión de un delito es la única base que autoriza la imposición de una pena y que tal delito lo será «según la legislación vigente». Es decir, está indicando que el fundamento de la pena debe encontrarse en una ley (en la interpretación más aceptada de esta disposición), refiriéndose tan solo a la injerencia que representa la pena. Ello coincide con el contenido del artículo 53.1 CE. Pero, a diferencia de esta última, el artículo 25.1 CE nada prescribe sobre la otra forma en la que el Derecho Penal limita derechos: la prohibición penal. En este caso, el artículo 53.1 CE sí la contempla implícitamente a través de la norma sobre la regulación de un derecho, como ya se analizó. En otras palabras, que, en términos de contenido normativo, la disposición del artículo 25.1 CE, y las normas que de ella emanan, quedan todas comprendidas dentro del ámbito regulativo asignado al artículo 53.1 CE. En este sentido, el artículo 25.1 CE es parcialmente redundante.

En tercer lugar, y vinculado con lo anterior, como el ámbito de regulación del artículo 25.1 CE solo se refiere a la pena, sin que se pueda incluir en él a la prohibición penal misma, mal podría ser considerada como la fuente de la autorización constitucional de la potestad punitiva. En el mejor de los casos, sería solo la fuente para la imposición de penas, pero no para la previsión de prohibiciones penales; el artículo 25.1 CE sería, en este sentido, una fuente parcial de fundamentación de la potestad punitiva.

En el marco conceptual desarrollado en esta investigación, la atribución competencial del artículo 25.1 CE (fuente de la legalidad penal en la comprensión tradicional)

debe ser también considerada como una cláusula de restricción de la libertad de actuación, pero de naturaleza *sui generis*. Formalmente, no está diseñada como una cláusula general al estilo de la prevista en el artículo 53.1 CE, pero tampoco indica derechos o valores constitucionales específicos respecto de los cuales se prevé la autorización de injerencia, como sí lo hacen el resto de las cláusulas específicas contenidas en la ley fundamental.

De esta forma, es posible establecer una diferencia entre la prohibición de matar que emana del tipo penal del artículo 138.1 CPe y la de ejecutar desórdenes públicos portando armas que, a su vez, surge del tipo penal previsto en el artículo 557.1 con relación al artículo 557 bis, apartado 1º, circunstancia 1ª CPe. De ambas disposiciones legales emanan prohibiciones penales. La diferencia, en este estadio, se manifiesta en que la primera encuentra su primer fundamento de validez en la cláusula general de restricción del artículo 53.1 CE; mientras que la segunda, lo hace en la cláusula específica del artículo 21.1 CE. Esta diferenciación es el resultado de otra diferencia previa: mientras que la conducta de matar estaba originalmente amparada por la libertad de actuación (la Constitución no la excluye del ámbito de la libertad), la segunda sí está expresamente excluida del derecho de reunión (nadie tiene el derecho de reunirse con otros portando o usando armas). Pero la exclusión decidida por el Constituyente del porte o uso de armas en el ejercicio de la reunión pública no significa que la ejecución de esa conducta deba constituir, obligadamente, una prohibición penal. La disposición constitucional solo debe leerse en el sentido que no existe protección jurídica si se decide ejercer el derecho de reunión usando para ello armas; y no puede interpretarse en el sentido que reunirse con armas deba constituir un delito, es decir, que sea una conducta que deba necesariamente estar prohibida penalmente. Una situación algo distinta es lo que ocurre con la restricción específica prevista en el artículo 45.3 CE. En este caso, para la afectación del derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas. Esta es una obligación expresa de penalizar o sancionar administrativamente<sup>661</sup>.

Las diferencias entre matar, reunirse con armas y lesionar el medio ambiente llegan solo hasta este punto. A partir de aquí, esas diferencias dejan de ser relevantes, porque en todos los casos, la admisión constitucional de la prohibición penal que autorizadamente decida el legislador requiere que ella sea, además, proporcional.

### **23.1.2. En el Derecho supranacional de los derechos humanos**

En el Derecho supranacional de los derechos humanos aplicable en España, la potestad punitiva también tiene fundamento, ya que este plexo normativo permite la restricción de derechos y, por ende, la norma que fundamenta la pena es admisible.

El CEDH no contiene una cláusula general de admisión de la restricción de derechos, similar a la del artículo 53.1 CE; y en ella se ha recurrido a la técnica de las cláusulas

---

661 VIGANÒ (2014, *pássim*).

específicas de restricción<sup>662</sup> (que pueden consultarse en la Tabla 10, en *Infra*, Anexos); y lo mismo ocurre con el PIDCP (expuestas en la Tabla 11, en *Infra* Anexos). Esta técnica adoptada por el CEDH fue «el resultado de compromisos políticos que sirvieron para tranquilizar a los países que dudaban en abrazar la convención»<sup>663 - 664</sup>; y ella no puede interpretarse en el sentido que la potestad punitiva tenga fundamento solo en el ámbito de las cláusulas específicas de restricción; y que fuera de ellas, no estaría permitida la restricción de derechos por medio de prohibiciones penales. Por el contrario, en el sistema del CEDH, la facultad de generar normas que fundamentan la pena, es decir, de ejercer la potestad punitiva, sí tiene fundamento que opera con carácter general, aun fuera del espectro de las cláusulas específicas. Ello, en primer lugar, porque el TEDH ha interpretado que, en el contexto de la convención, las restricciones de derechos son admisibles, aun fuera de las autorizaciones expresas contenidas en las cláusulas específicas, ya que la « búsqueda [del balance de derechos] es inherente al conjunto de la Convención »<sup>665</sup>. En segundo lugar, porque la disposición que en el CEDH contiene la regla de legalidad penal (su artículo 7º), bien puede interpretarse como una autorización para producir normas que fundamentan la pena. En efecto, y al igual que ocurre en el Derecho interno español, la atribución competencial para el ejercicio de la potestad punitiva, esto es, la posibilidad de prever delitos y penas también puede caracterizarse como una cláusula de restricción de derechos *sui generis*, a medio camino entre la fisonomía de una cláusula general y la de las específicas. Es general, en la medida que en virtud de ella se puede restringir la libertad de actuación y otros derechos; pero adopta una forma como si se tratara de una cláusula específica, ya que no tiene una pretensión de generalidad.

De acuerdo con el *case law* del TEDH, para que una injerencia en un derecho fundamental sea admisible según el CEDH, esta debe estar *prescrita* por la norma jurídica o *de acuerdo con ella*. Y esa norma jurídica debe reunir los requisitos de accesibilidad,

662 HOVIUS (1985, p. 223).

663 DWORKIN (2006, p. 49).

664 Los argumentos de carácter político en la redacción del CEDH fueron especialmente trascendentes en la redacción de su artículo 17 (también presente en el artículo 30 DUDH y en el artículo 5º PIDCP). La norma de restricción del artículo 17 CEDH positiviza la protección de los derechos fundamentales como una finalidad en sí misma (Sobre esta cláusula, ver COWELL (2018, *pássim*)). El artículo 17 dispone: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo». El *telos* de esta disposición refleja la preocupación de los redactores del CEDH de dotar a una sociedad democrática de herramientas que le permitieran defenderse de las experiencias del Nazismo, del fascismo y del comunismo (COWELL, 2018, p. 41), conclusión que se refuerza por los borradores de esta disposición que se discutieron y que lo previeron como un instrumento antitotalitario (ÍDEM, p. 42).

665 Este criterio se inauguró en la STEDH 7151/75 y 7152/75, *caso Sporrong y Lönnroth c. Suecia*, §69. Posteriormente, ha sido reiterado en SsTEDH 9532/81, *caso Rees c. Reino Unido*, §37; 10843/84, *caso Cossey c. Reino Unido*, §37; 31-32/1997/815-816/1018-1019, *caso Sheffield and Horsham c. Reino Unido*, §52; 2346/02, *caso Pretty c. Reino Unido*, §15; 25680/94, *caso I. c. Reino Unido*, §52; 28957/95, *caso Christine Goodwin c. Reino Unido*, §72; 25774/05, *caso Bistrovic c. Croacia*, §34; 32772/02, *caso Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Suiza (Nº 2)*, §81; 39692/09, 40713/09 y 41008/09, *caso Austin y Otros c. Reino Unido*, §37; 43631/09, *caso Harroudj c. Francia*, §47; y 32377/12, *caso Werra Naturstein GmbH & Co Kg c. Alemania*, §45.

predictibilidad y no debe ser arbitraria<sup>666</sup>.

Por su parte, además de algunas cláusulas específicas, la CDFUE sí cuenta con una cláusula general de restricción de derechos (artículo 52.1)<sup>667</sup> que, en lo pertinente, dispone que «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades».

### 23.1.2.1. *La diferencia entre <law> y <ley>*

Tanto en la cláusula general de la CDFUE como en las contenidas en el CEDH, la referencia a la fuente formal del Derecho autorizada para decidir la injerencia es la *ley*, de acuerdo con el texto oficial en español de ambos instrumentos. Sin embargo, en sus ediciones oficiales en inglés se utiliza la expresión *law*. Por esta razón, a nivel interpretativo se produce el mismo problema que previamente se analizó con la referencia que se contiene a propósito de la legalidad penal. Las conclusiones obtenidas allí, son plenamente aplicables en esta parte.

### 23.1.3. En el Derecho europeo

El TFUE ha atribuido a las instituciones europeas, en forma expresa, potestad punitiva con relación a delitos «de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes»<sup>668</sup>. Sobre estas materias, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea pueden adoptar normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones (artículo 83.1 párrafo primero y 83.2); en materias en las que la potestad punitiva «resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización» (artículo 83.2 TFUE); y para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea en virtud de la atribución entregada por el artículo 325 TFUE<sup>669</sup>. El Tratado de Lisboa ha previsto una transferencia de competencias en materia de Derecho Penal sustantivo a nivel supranacional<sup>670</sup> dentro del marco

---

666 GERARDS (2019, pp. 198-ss)

667 BOROWSKI (2007b, p. 200).

668 Indicados, como numeración taxativa relativa, en el artículo 83.1 párrafo segundo TFUE: terrorismo, trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, tráfico ilícito de drogas, tráfico ilícito de armas, blanqueo de capitales, corrupción, falsificación de medios de pago, delincuencia informática y delincuencia organizada.

669 ACALE SÁNCHEZ (2008, p. 370).

670 En el marco de la constitución de una sociedad mundial, MASCAREÑO (2007, p. 17) distingue cuatro regímenes jurídicos. El de la Unión Europea respondería a un régimen *supranacional* que «se caracteriza por la delegación de autonomía decisional que los estados soberanamente realizan en favor de un foro jurídico independiente cuyas decisiones deben ser en principio acatadas por sus miembros, precisamente por la delegación institucionalizada de autonomía que han realizado previamente». Los otros regímenes serían el nacional,

institucional de la Unión Europea<sup>671</sup>.

Cada Ordenamiento nacional determina la forma de concretar las obligaciones de transposición impuestas a los Estados miembros, deber que, como ha sido denunciado, opera como «coartada» universal e irrefragable de las innovaciones penales<sup>672</sup>. De esta forma, entonces, si el Derecho de la Unión Europea impone un deber de penalización de una determinada conducta, dicha transposición<sup>673</sup> debe hacerse de acuerdo con las normas nacionales (o internas) sobre la producción de la norma penal. En el caso español, la doctrina ha resaltado que la transposición de un deber de penalización debe hacerse con sujeción a la legalidad penal y a través de la ley orgánica<sup>674</sup>.

---

el internacional y el neoespontáneo.

671 HERLIN-KARNELL (2012, p. 34).

672 HORTAL IBARRA (2018, p. 69).

673 El TJUE ha sentenciado que las directivas carecen de eficacia normativa directa, es decir, que son normas comunitarias que no pueden ser aplicadas directamente a los ciudadanos de la Unión Europea:

... una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y no puede invocarse, como tal, contra dicha persona. Ampliar la invocabilidad de una disposición de una directiva no transpuesta, o transpuesta de manera incorrecta, al ámbito de las relaciones entre los particulares equivaldría a reconocer a la Unión Europea la facultad de establecer con efectos inmediatos obligaciones a cargo de los particulares... (STJUE C-261/20, FJ 17).

Por tanto, una directiva «no puede producir el efecto, por sí misma y con independencia de una ley interna de un Estado miembro adoptada para su aplicación, de determinar o agravar la responsabilidad penal de los que infringen sus disposiciones» (STJUE Asunto 14/86, FJ 20). Lo anterior, ya que:

...con arreglo al artículo 288 TFUE, párrafo tercero, el carácter vinculante de una directiva, en el que se basa la posibilidad de invocarla, existe únicamente con respecto «al Estado miembro destinatario» y que la Unión solo está facultada para establecer con efectos inmediatos, con carácter general y abstracto, obligaciones a cargo de los particulares en los casos en que se le atribuye la facultad de adoptar reglamentos (STJUE C-573/17, FJ 66).

En los mismos sentidos anteriores, entre otras y a modo ejemplar, ver SsTJUE C-224/09, FJ 30; C-326/15, FJ 41; C-605/15, FJ 36; C-413/15, FJ 31; C-122/17, FJ 42; C-569/16 y C-570/16, FJ 76; C-684/16, FJ 66; C-193/17, FJ 72; y STJUE C-509/17, FJ 28.

Sobre los efectos de la legalidad penal y la eficacia normativa de las normas comunitarias, en detalle, PERISTERIDOU (2015, pp. 180-183).

674 ACALE SÁNCHEZ (2008, p. 366).

La aprobación del CPe, mediante la L.O. 10/1995, implicó la transposición de los siguientes actos jurídicos europeos: Directiva (UE) 2018/843, Directiva (UE) 2016/343, Directiva (UE) 2017/2103, Directiva (UE) 2017/541, Directiva 2014/57/UE, Directiva 2014/42/UE y Directiva 2012/29/UE. Por su parte, la L.O. 3/2000 de modificación del CPe incorporó al ordenamiento español la Directiva 2011/36/UE. Lo mismo hizo la L.O. 5/2000, respecto de la Directiva (UE) 2016/800 y la Directiva (UE) 2016/343; y la L.O. 15/2003, con relación a la Directiva 98/84/CE y la Decisión marco del Consejo (2001/500/JAI). En términos de transposición de normas comunitarias al ordenamiento español, destaca la L.O. 5/2010, por cuanto incorporó a este un conjunto importante de actos jurídicos de la Unión Europea: la Directiva 2011/36/UE, la Directiva 2009/123/CE, la Directiva 2008/99/CE, la Decisión Marco 2008/919/JAI, la Decisión Marco 2008/841/JAI, la Decisión marco 2005/222/JAI, la Decisión marco 2005/212/JAI, la Decisión marco 2004/757/JAI, la Decisión marco 2003/568/JAI, la Decisión marco 2002/946/JAI, la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, la Decisión marco del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre falsificación de moneda y protección del euro (1), la Decisión marco del Consejo, de 6 de diciembre de 2001, sobre falsificación de moneda y protección del euro (2) y la Decisión marco del Consejo 2001/413/JAI. Por su parte, la L.O. 7/2012 fue la encargada de transponer la Directiva 2011/85/UE; y la L.O. 1/2015, de lo mismo,

Planteada de esta forma la relación de la potestad punitiva con el Derecho de la Unión Europea, esta no es especialmente incidente, ya que su esencia formal queda a salvo, toda vez que los Estados miembro deben respetar la regla de atribución competencial que hayan definido internamente, ya sea esta interpretada como legalidad penal o como juridicidad proporcional. Sin embargo, la transferencia de potestad punitiva a los órganos de la Unión Europea sí plantea una serie de dudas vinculadas con un eventual deterioro de la calidad de las normas penales cuando estas sean producidas por órganos de la Unión Europea a diferencia de los parlamentos nacionales; la pérdida de calidad o sustancia democrática del Derecho Penal proveniente de la Unión por un debilitamiento de los fundamentos políticos de la atribución competencial<sup>675</sup>; la pérdida de racionalidad de los contenidos de las normas penales europeas y el sacrificio del principio de *ultima ratio* o subsidiariedad en este nuevo Derecho Penal creado en Bruselas<sup>676</sup>.

### 23.2. Injerencia contenida en una ley

El Ordenamiento interno español requiere que la prohibición penal se exprese a través de una ley, porque así lo dispone el artículo 53.1 CE; y que ella sea orgánica, según la prescripción del artículo 81.1 CE. El Poder Ejecutivo, por ejemplo, no puede restringir un derecho fundamental sin tener la autorización de una ley para ello. Y lo mismo vale para el Poder Judicial: los jueces solo pueden restringir derechos fundamentales en la medida en que cuenten con una autorización legal expresa para ello<sup>677</sup>. Sobre el particular, no es mucho más lo que se puede ahondar a lo ya dicho en el apartado anterior.

Si se toma a la juridicidad proporcional como la base normativa del ejercicio de la potestad punitiva en su faceta de política criminal primaria, ella remite a las cláusulas

---

con relación a la Directiva 2014/62/UE, la Directiva 2014/42/UE, la Directiva 2013/40/UE, la Directiva 2011/93/UE, la Directiva 2011/36/UE, la Directiva 2009/52/CE y la Decisión Marco 2008/913/JAI. La L.O. 2/2015, también de modificación al CPe, transpuso la Directiva (UE) 2017/541; y, más recientemente, la L.O. 1/2019, incorporó la Directiva (UE) 2017/1371, la Directiva (UE) 2017/541, la Directiva 2014/62/UE y la Directiva 2014/57/UE.

<sup>675</sup> PALAZZO (2017, pp. 18-19) centra la crítica en dos elementos. El primero, en un «conocido y fuerte déficit democrático para avanzar, especialmente después de Lisboa, hacia objetivos de participación creciente del Parlamento Europeo y de los parlamentos nacionales». El segundo en que los parlamentos nacionales «no son titulares de poderes positivos de iniciativa y dirección de las opciones políticas europeas, sino más bien de poderes negativos capaces de bloquear la iniciativa legislativa europea sobre la base exclusiva de una violación por parte de los órganos europeos de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad».

<sup>676</sup> Sobre estas críticas, ver ACALE SÁNCHEZ (2008, *pássim*); GRANDI (2011, *pássim*). En particular, sobre la crítica del déficit de representatividad, ver INNERARITY (2017, *pássim*).

<sup>677</sup> Este aspecto cobra especial relevancia en el caso de las autorizaciones judiciales de actuaciones de investigación que restringen derechos fundamentales, tales como la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales protegidas por la intimidad, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, la localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos. De acuerdo con la regulación común a todas estas actuaciones de investigadas contenida en los artículos 588 bis a LECrim, el auto judicial que las autorice debe ser dictado «con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida».

de restricción de derechos. En estas, tanto en el Derecho interno como en el DIDH, la norma que fundamenta la pena solo puede ser una ley, porque en ambos sistemas normativos, la única fuente formal autorizada para decidir una injerencia sobre los derechos es la ley. En otras palabras, que la juridicidad proporcional prevé un sistema monista de fuentes formales.

En efecto, en el DIDH la *ley* es la única fuente formal habilitada para decidir restricciones a derechos fundamentales. En consecuencia, y aplicado el presupuesto en particular a la potestad punitiva, se produce una completa simetría entre Derecho interno y DIDH: en ambos, la política criminal primaria solo puede crearse a través de la ley. Se produce en este punto un problema jurídico, que consiste en la existencia a nivel supranacional de dos normas con contenido autoritativo contradictorio: según la potestad punitiva como injerencia, solo la ley puede prever delitos y penas en tanto restricción de derechos; mientras que, según la potestad punitiva de acuerdo con la legalidad penal, tanto la ley como las demás fuentes del Derecho Internacional pueden prever delitos y penas.

Esta forma de fundamentar la potestad punitiva permite solucionar el problema que plantea la apertura de fuentes en la legalidad penal a través de una forma más compatible con la aspiración de la dogmática sobre la reserva absoluta de ley, como se analizará más adelante<sup>678</sup>.

### **23.3. La exigencia de *lex stricta***

Los componentes formales que integran la juridicidad proporcional requieren que la injerencia, que representan la norma de conducta y la de sanción, sea agotada por el legislador en la ley que la autoriza.

#### **23.3.1. *Lex stricta* según la legalidad penal**

La legalidad penal se construye sobre la base de una relación del mandato de *lex stricta* con el Estado de Derecho, de modo que un déficit de taxatividad «hace decaer la seguridad jurídica y, por tanto, la certeza que comporta la vertiente de garantía criminal del principio de legalidad»<sup>679</sup>. La taxatividad –también denominado principio o

---

<sup>678</sup> Ver *Infra* §35.1.2.

<sup>679</sup> COBO DEL ROSAL y BOIX REIG (1982, p. 200).

garantía de tipicidad<sup>680</sup> – se traduce en la prohibición de la analogía<sup>681</sup> y a ella subyace una declaración institucional básica: la ley penal es vinculante para los jueces<sup>682</sup>. Se espera que el mandato de taxatividad asegure que «la formulación de las propias leyes ofrezca al ciudadano la posibilidad de conocer las facultades de intervención del Estado que de aquéllas resultan»<sup>683</sup>, de modo que «[u]na acción, cuya penalidad no resulte de la interpretación de la ley penal, no es permitido a través de la aplicación analógica ser deducida su esfera de sanción [...] la agravación de los tipos penales y de las penas»<sup>684</sup>; o con un carácter normativo con proyección procesal cognoscitivista, según lo cual, «[n]adie puede ser castigado por un hecho que no esté expresamente previsto como delito por la ley», «condición necesaria, pero no también suficiente para garantizar la verificabilidad procesal»<sup>685</sup>.

### 23.3.2. *Lex stricta* según la juridicidad proporcional

En la juridicidad proporcional, la exigencia de *lex stricta* tiene una vocación diferente y adopta la forma de un silogismo básico. En concordancia con el carácter de regla de reconocimiento<sup>686</sup>, la juridicidad proporcional establece un límite en el sentido que la autorización constitucional para decidir injerencias sobre derechos fundamentales solo está conferida al legislador: solo la ley puede decidir injerencias sobre derechos fundamentales; la norma que fundamenta la pena contiene, al menos, dos injerencias (prohibición penal y la pena). Luego, solo la ley puede crear normas que fundamentan la pena.

En consecuencia, el legislador no puede ser suplantado por otros órganos estatales en esa función de definición de la limitación del derecho. De esta forma, la introduc-

---

680 Bajo esta denominación ha sido desarrollada por el TCE. Según lo ha declarado la magistratura constitucional, la legalidad penal

[e]xige también la tipicidad, o descripción estereotipada de las acciones o de las omisiones inculminadas, con indicación de las simétricas penas o sanciones que a su vez veda la interpretación analógica de las normas penales y su aplicación extensiva, analogía y extensión cuya proscripción opera tan sólo para el Derecho Penal “material” y en perjuicio del acusado, *in malam partem*. (STCe 34/1996, FJ 5°).

Definiendo la garantía de tipicidad, la STCe 137/1997: “...la garantía de tipicidad, que impide que los órganos judiciales puedan sancionar fuera de los supuestos y de los límites que determinan las normas, no es más que el reverso, el complemento y el presupuesto de la garantía de determinación que ha de preservar el legislador” (FJ 6°); en el mismo tenor, SsTCe 151/1997, FJ 4°; 232/1997, FJ 2°; 36/2018, FJ 2°; 37/2018, FJ 4°.

681 En este sentido, HASSEMER (2016, p. 151); ROXIN (2015, pp. 140-141).

La prohibición de la analogía como mandato derivado de la legalidad penal corresponde a un desarrollo mucho más tardío que el original concepto de la legalidad como garantía frente a la aplicación retroactiva de la ley penal. El surgimiento del concepto de prohibición de analogía derivada de la legalidad produjo impactos importantes en el desarrollo dogmático del Derecho Penal actual. Tal concepto determinó la teoría del tipo penal de Beling (SERRANO ALBERCA, 2001, pp. 579-580).

682 LASCURAÍN SÁNCHEZ (2011, pp. 66-69).

683 SÜSS (2000, p. 225). En el mismo sentido, RUIZ ROBLEDO (2003, pp. 211-ss).

684 SCHÖNKE (1948, p. 222).

685 FERRAJOLI (2016, p. 124).

686 Ver *Infra* §23.5.

ción de una norma legal, como la reforma introducida al Código Penal del Reich<sup>687</sup>, que permitiera la creación judicial de una prohibición penal o de una pena, sería desproporcionada, por cuanto excedería la autorización constitucional para prever una injerencia sobre derechos fundamentales.

Una vez enunciada la regla general sobre el grado de admisibilidad de la integración analógica según la juridicidad proporcional, es necesario analizar los alcances de su operatividad práctica, tanto para precisar el ámbito de su prohibición, como porque no puede desconocerse que la integración analógica es un instrumento al que efectivamente se recurre en la actividad forense y judicial.

Para determinar el ámbito de la prohibición de analogía es útil recurrir a las categorías de normas que fundamentan la pena y normas que le restan fundamento antes esbozada<sup>688</sup>.

¿Es admisible, a la luz de la juridicidad proporcional, la creación jurisprudencial del delito continuado? Con ella se pretende una morigeración del rigor penológico que implica tener que sancionar como concurso real la reiteración de una conducta típica dentro de una unidad material de acción o de un mismo contexto fáctico. OLMEDO CARDENETE cuestiona esta creación jurisprudencial considerando que en ella «se ha pasado de la simple interpretación a la analogía, de la exégesis abierta a una verdadera creación del Derecho»<sup>689</sup>.

De acuerdo con los análisis tradicionales, la analogía puede presentarse en tres formas. La primera, a través de una autorización expresa contenida en la ley, en virtud de lo cual se permita la creación judicial de delitos<sup>690</sup>. La segunda, como efecto derivado de la construcción defectuosa de la propia ley penal. La tercera, cuando es la ley la que permite un amplio margen discrecional en la determinación de la pena, como cuando el legislador determina legalmente la pena, pero a través de marcos penales extensos<sup>691</sup>. Esta formulación es inexacta. Porque las dos primeras formas descritas en las que puede presentarse la analogía se refieren a normas que fundamentan la pena, pero omiten la inclusión de las normas que le restan fundamento. Su reformulación, debería considerar la permisividad de la creación judicial de delitos y de causales de justificación o exculpación, en la primera forma; y la segunda, como un defecto de construcción de la ley que impide apreciar con claridad la conducta prohibida, o la concurrencia de circunstancias que impiden imponer una pena. No solo pueden integrarse analógicamente normas que fundamentan la pena, sino también aquellas que le restan fundamento. La cuestión relevante en este punto es si la prohibición de la integración analógica que se deriva de la

---

687 Ver *Supra* §18.2.1, p. 216.

688 Ver *Supra* §16.

689 OLMEDO CARDENETE (2008, p. 591).

690 Como ocurre con la autorización que contiene el §1 del Código Penal danés (“Solo los actos punibles bajo una ley o actos completamente comparables serán sancionados. La misma regla se aplicará a las otras consecuencias legales previstas en el Capítulo 9” (traducción propia de la versión en inglés del Código Penal danés proporcionada por European Public Accountability Mechanisms, disponible en [[http://europam.eu/data/mechanisms/PF/PF%20Laws/Denmark/Denmark\\_Criminal\\_Code\\_2005.pdf](http://europam.eu/data/mechanisms/PF/PF%20Laws/Denmark/Denmark_Criminal_Code_2005.pdf)])).

691 BASSIOUNI (2013, p. 124).

juridicidad proporcional vale para los dos tipos de normas o no. Al respecto, la fórmula de solución del interrogante consiste en que los fundamentos de la juridicidad penal sólo se encarnan en las normas que fundamentan la pena; por su propia naturaleza de restricción de derechos, solo respecto de este tipo de normas se aprecia la necesidad de aplicarle el estatuto de limitación en que consiste la juridicidad proporcional, pero no a la segunda categoría, esto es, a las que le restan fundamento a la penal.

En consecuencia, y aceptadas estas premisas, debe concluirse que las normas que le restan fundamento a la pena quedan liberadas de las limitaciones que impone la juridicidad proporcional. Esto permitiría no solo un mayor margen de discrecionalidad para el órgano jurisdiccional en lo que se refiere a las normas que le restan fundamento a la pena, sino también, una fuerte y decidida apertura del sistema de fuentes del Derecho Penal para, por ejemplo, las causales de justificación y exculpación, y las circunstancias atenuantes de responsabilidad penal.

Aunque esta forma de abordar me parece coherente con el sentido y fundamento de la juridicidad proporcional, deja algunos cabos sueltos.

En efecto, si este enfoque implica otorgar un margen mayor de discrecionalidad a los tribunales en la interpretación, integración y aplicación del Derecho, es cierto que ello es una opción favorable hacia las normas que derriban a aquellas que contienen injerencias, pero podría hacer surgir un problema diverso: la igualitaria aplicación de la ley penal. Atendido este margen de discrecionalidad, la aplicación de la ley penal podría ser sustancialmente distinta entre un caso y otro de similares circunstancias. La diferencia estaría representada por la mayor o menor propensión entre distintos tribunales a utilizar esos márgenes de discrecionalidad. Y aparecen aspectos vinculados con las convicciones personales de los jueces, sus convicciones sobre el sistema penal, etcétera. Es preciso reconocer que esta crítica es cierta, pero no por ello irrefutable. Es verdad que ante márgenes de discrecionalidad aumenta la posibilidad de soluciones jurisdiccionales diversas a conflictos penales similares, y que ello tensiona el principio de igualdad. Pero corregir esta distorsión aplicando al estatuto de la juridicidad proporcional a normas que no responden a su lógica interna, no es la solución correcta. Pueden encontrarse otras vías para minimizar las eventuales distorsiones a la aplicación igualitaria de la ley. Entre ellas, la adecuada capacitación de los jueces y demás operadores del sistema penal, un sistema de recursos procesales adecuado y el control por parte de la dogmática, entre otras. Estas vías de solución, posibles de aplicar, ayudarían a minimizar la distorsión sobre la igualdad.

Pero una segunda crítica puede aún efectuarse al enfoque. Sustraer a las normas que le restan fundamento a la pena del ámbito de la juridicidad proporcional puede hacer surgir un problema de carácter político. La utilización de los mayores márgenes de discrecionalidad y con un sistema abierto de fuentes del Derecho Penal (por ejemplo, a la potestad normativa de la Administración), los otros centros de producción normativa distintos del legislador (Administraciones, jueces, etc.) pueden terminar por anular la facultad de este último de decidir sobre la prohibición penal y la pena. En otras palabras, que si las normas que fundamentan la pena no quedan vinculadas por la juridicidad pro-

porcional puede llegar a producirse la anulación *de facto* de las decisiones criminalizadas que haya adoptado el legislador. Planteado así este problema, su carácter político salta a la vista, porque se trataría de un problema de ejercicio del poder. Si, por la juridicidad proporcional, el ejercicio de la potestad punitiva corresponde al legislador, entonces, deben respetarse sus decisiones político criminales que es lo que doctrina constitucional denomina «deferencia razonada al legislador»<sup>692</sup>. Esa deferencia debe manifestarse en que, mediante el uso de instrumentos jurídicos, no pueden anularse sus decisiones. Y, al igual que en el caso de la crítica anterior, aunque también es verdadera es, sin embargo, insuficiente. En efecto, un adecuado sistema de medios de impugnación procesal puede reducir el riesgo de anulación *de facto* del legislador. Pero la cuestión central es que el ejercicio de la potestad punitiva no es propiedad del legislador ni tampoco un deber, sino una función que le ha sido atribuida. Lo que sí es un deber es el respeto de los derechos fundamentales –entre ellos, la libertad–, de modo que la existencia de mecanismos jurídicos que restauren la vigencia de los derechos fundamentales, quebrantada (aun lícitamente) por la decisión del legislador, tiene un valor superior al de impedir, a toda costa, que esos mecanismos tengan como efecto la anulación de las decisiones político criminal fundada en el restablecimiento del respeto a esos derechos fundamentales.

#### 23.4. Injerencia penal e injerencias no-penales

Sobre la base del estatuto normativo de la injerencia, surge un problema que es necesario atender, y que se relaciona con la naturaleza de la injerencia: ¿son iguales la injerencia que representa la prohibición penal de hurtar, la prohibición de transportar en un vehículo un número superior de personas que el de plazas autorizadas contenida en el artículo 9.1 del Reglamento General de Circulación<sup>693</sup> y la prohibición de disponer libremente de los bienes por medio del testamento prevista en el artículo 763 CCe? Todas estas prohibiciones previstas en el Ordenamiento jurídico son injerencias o intervenciones en derechos fundamentales. La de hurtar, limita la libertad de actuación; la transportar más personas que la cantidad de plazas autorizadas, limita el derecho de propiedad del dueño del vehículo y, en cierta medida, la libertad de locomoción de los pasajeros y del conductor; la de testar libremente, la facultad de disposición que emana del derecho de propiedad. En este sentido, las tres prohibiciones indicadas representan intervenciones o injerencias en derechos fundamentales. En consecuencia, como comparten la misma naturaleza, las tres están sujetas a la exigencia de una ley que las prevea o autorice, de acuerdo con el artículo 53.1 CE. Tanto la prohibición de hurtar como la de disponer libremente de los bienes por acto testamentario, se encuentran previstas en una ley. La prohibición de transportar en un vehículo a más personas que el número de

---

692 Ver nota al pie nº 530.

693 Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo. BOE nº 306, de 23.12.2003.

plazas autorizadas, en cambio, no está formalmente en una ley, sino en un Reglamento, pero encuentra su fundamento en la habilitación que el artículo 6 del RDL 6/2015, de 30 de octubre<sup>694</sup> le concede al Ejecutivo.

El propio surgimiento histórico de las potestades normativas de la Administración demuestra que es imposible –y hasta inadecuado– que la totalidad de la regulación jurídica sea producida a través de leyes formales. Ya sea como un bien o como un mal necesario, se requiere asignar competencias normativas al Ejecutivo para permitir la existencia de regulaciones aplicables en la vida cotidiana. Por eso, se requiere compatibilizar esta realidad con la disposición del artículo 53.1 CE, de acuerdo con lo cual solo la ley puede autorizar restricciones a derechos fundamentales. Esta compatibilización entre la necesidad de regulación y la reserva legal de las restricciones puede lograrse si, del conjunto de restricciones posibles de derechos, se distinguen algunas específicas que, en virtud de algún criterio material, tengan un tratamiento distinto.

Teóricamente, ese subconjunto diferenciado de injerencias sería aquel que opera dentro del Derecho Penal, para las cuales la reserva legal implica la prohibición de habilitación a otras fuentes formales del Derecho para la determinación de la injerencia o su complemento. Aunque el resto de las injerencias (las que no operan en el Derecho Penal) igualmente necesitan estar previstas por la ley (el artículo 53.1 CE no hace distinción alguna), la diferencia consiste en que otra fuente formal distinta de la ley (específicamente, un Reglamento) puede ser habilitada por la ley<sup>695</sup> para su desarrollo y aun para la determinación de la consecuencia jurídica en caso de su quebrantamiento, en la medida que esta consecuencia o no representa una restricción de derechos o esta sea de una entidad menor, pero siempre proporcional.

La definición de los criterios en virtud de los cuales una determinada prohibición actúa o no dentro del ámbito del Derecho Penal es una cuestión compleja, que, por exceder el ámbito de esta investigación, no es posible analizarla en profundidad aquí, pero sobre el criterio tradicional se volverá más adelante<sup>696</sup>.

### **23.5. Juridicidad proporcional como regla de reconocimiento, regla primaria y regla de adjudicación según sus destinatarios**

En atención a que la juridicidad proporcional está integrada por elementos de carácter formal, y que estos se refieren a la forma de producción de la norma que fundamenta la pena, aquella actúa como una norma sobre la normación, es decir, determina

---

694 Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. BOE nº 261, de 31.10.2015.

695 Se trata de un mecanismo jurídico distinto de la delegación de facultades legislativas, regulada en el artículo 82 CE. En este, el Ejecutivo es habilitado para la dictación de un conjunto normativo completo sobre materias que son propias de ley, sobre las directrices de una ley de bases que contiene la delegación. La habilitación es también una especie de delegación, pero que opera a partir de una ley que se supone ha autorizado la injerencia sobre un derecho fundamental, y ha descrito su contenido esencial, marcando los límites dentro de los que puede actuar la habilitación.

696 Ver *Infra* §26.1.

los conductos habilitados para producir una norma penal. Esta constatación da cuenta de una pregunta importante que se relaciona con la determinación del destinatario de la juridicidad proporcional. Es decir, si esta se dirige solo al legislador, solo al juez o a ambos a la vez. Estimo que la juridicidad proporcional actúa, en primer lugar, frente al legislador; pero, de acuerdo con su contenido, también tiene como destinatario al órgano jurisdiccional.

En tanto el legislador como destinatario de la juridicidad proporcional, significa que ella, de alguna forma, regula o manda el ejercicio de la potestad punitiva concretado en la decisión sobre las conductas que se penalizan y en la pena que deba en esos casos imponerse. En tanto el juez como destinatario, significa que la juridicidad proporcional determina el otro aspecto de la potestad punitiva representado por el momento de aplicación a un caso concreto de las prohibiciones penales y de las penas previstas en la ley penal.

### 23.5.1. El legislador como destinatario de la juridicidad proporcional

Estimo que una forma esclarecedora para analizar la relación entre juridicidad proporcional y el legislador es recurrir al concepto de *regla de reconocimiento* que ha sido propuesto por HART<sup>697</sup>. En este sentido, la juridicidad proporcional <de cara al legislador> actúa como una *regla de reconocimiento*.

De acuerdo con este enfoque, la norma que describe un delito, determina la pena o dispone los títulos de imputación personal, entre otras, serían normas primarias que imponen deberes<sup>698</sup>, tanto a la persona (no quebrantar las prohibiciones penales), como al juez (operar las consecuencias previstas en caso de que dicho quebrantamiento se verifique). La juridicidad proporcional, en cambio, determina «la manera en que [esas] reglas primarias pueden verificarse en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible»<sup>699</sup>. La juridicidad proporcional cumple, en este aspecto, una vital función: determinar los supuestos en los que es válida la norma prohibitiva que emana de la ley penal. De esta forma, una determinada prohibición contenida en un tipo penal es una regla válida solo si se ha producido de acuerdo con la regla de reconocimiento que sería, en el caso del Derecho Penal, la juridicidad proporcional. La caracterización de la juridicidad proporcional como regla de reconocimiento permite, en un plano práctico, que su infracción sea alegada como cuestión inconstitucionalidad, de acuerdo con la acción prevista en el artículo 161.1.a CE.

Un problema distinto, pero vinculado con lo anterior, consiste en determinar si, en tanto regla de reconocimiento, la juridicidad proporcional se agota en ese solo sentido formal o si, por el contrario, esta incluye parámetros materiales. Al respecto, la solución será esencialmente distinta según se analice bajo el prisma de la juridicidad proporcional o de la legalidad penal. Esta última, que también actúa como regla de reconocimiento,

---

697 HART (1994, pp. 94-ss, en español 1999, pp. 116-ss).

698 HART (1994, p. 81, en español 1999, p. 101).

699 HART (1994, p. 94, en español 1999, p. 117).

se agota en el cumplimiento de los presupuestos formales; la juridicidad proporcional, en cambio, atendida su mayor complejidad, contiene, adicionalmente, parámetros materiales.

Para graficar la diferencia, propongo dos ejemplos. El primero: con una abrumadora mayoría (incluso por unanimidad, si se quiere extremar el ejemplo) el Parlamento aprueba una ley que prohíbe penalmente el matrimonio interracial. El segundo ejemplo: propuesto por BELING, consiste en una ley que sancione al que «comet[iere] una acción antijurídica e imputable que es punible según el criterio del juez»<sup>700</sup>.

¿Cumplen las disposiciones de ambos ejemplos con la regla de reconocimiento, en su versión de <legalidad penal> y en su versión de <juridicidad proporcional>? Para aquella parte de la dogmática que le asigna a la legalidad penal un contenido limitador (contenido material), la respuesta será negativa. Sin embargo, si se le asigna a la legalidad penal un carácter formal, la respuesta varía entre los dos casos.

En el primer caso, esto es, en el del delito de matrimonio interracial, la respuesta a mi juicio debe ser afirmativa: tal disposición sí satisface el estándar que se deriva de la legalidad penal. ¿Aunque la ley que previera como delito el matrimonio interracial pueda considerarse esencialmente contraria a la dignidad humana al establecer una discriminación que no tiene sustento constitucional? Sí, la respuesta sigue siendo afirmativa: esa disposición sí ha verificado la regla de reconocimiento <principio de legalidad>, aunque es, desde luego, inconstitucional. Pero su inconstitucionalidad no se deriva de la infracción de la regla de legalidad penal, es decir, de la regla de reconocimiento, sino que la contradicción con la Constitución puede (y debe) ser construida por otra vía. En el caso propuesto, aunque aprobada de acuerdo con el procedimiento constitucional de creación normativa, esa disposición sería un caso de ejercicio de potestades constitucionales que violaría la sujeción a la Constitución ordenada por el artículo 9 CE al establecer, por ejemplo, una discriminación inadmisibles. Pero esa argumentación y otras que pudieren esgrimirse (como una infracción al artículo 10 CE), no tienen relación alguna con la legalidad penal.

En el ejemplo propuesto por BELING, la respuesta no es del todo clara desde la perspectiva de la legalidad penal. En sentido amplio, la prohibición penal propuesta sí cumple con la regla de reconocimiento <legalidad penal> porque está prevista en una ley en sentido formal. Sin embargo, si se analiza en un sentido más estricto, debe notarse que el legislador solo define parcialmente la conducta y endosa al tribunal el complemento de esta. No se trata de un complemento accidental o superfluo dentro de la conducta criminalizada, sino que de una parte importante de ella: es el tribunal el que terminará por darle una fisonomía clara a la conducta punible. De hecho, el propio BELING responde que un tipo penal de esas características satisfaría solo formalmente la legalidad penal, «pero no captaría en absoluto el significado esencial contenido en la idea del iluminismo»<sup>701</sup>. Pero no se trata de un incumplimiento material de la legalidad penal por parte del tipo propuesto, sino de una cuestión, de todos modos, formal.

---

700 BELING (1931, p. 319).

701 BELING (1931, p. 319). En el mismo sentido, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN (1999, pp. 70-71).

Y es que, en este sentido, a la legalidad penal se le pide más que lo ella está destinada a entregar por su propia estructura. Salvo algún caso de excepcionalidad del tenor literal de la legalidad penal<sup>702</sup>, lo cierto es que las Constituciones continentales no incluyen parámetros materiales sobre el grado de definición de la conducta dentro de las normas que positivizan constitucionalmente la legalidad penal. Ante dicha ausencia, no queda otra vía, como lo hace BELING, que recurrir a una interpretación en clave histórica de la legalidad penal, argumento no del todo convincente, aun dentro de su propia naturaleza histórica.

Si ambos ejemplos se analizan a la luz de la regla de reconocimiento <juridicidad proporcional>, las conclusiones a las que debe llegarse son distintas a las obtenidas sobre la base de la legalidad penal. La juridicidad proporcional, en tanto regla de reconocimiento, es más mucho más compleja que la legalidad penal, porque la primera contiene, junto con elementos formales (que, *grosso modo* coinciden con los de la legalidad penal), componentes materiales que hacen que las soluciones a los ejemplos propuestos difieran sustancialmente.

Así, con relación a ejemplo de la prohibición penal del matrimonio interracial, aunque se verifiquen los presupuestos formales de la juridicidad proporcional, ello no significa que la ley penal que la contiene deba ser considerada proporcional y, por consiguiente, constitucionalmente admisible. En efecto, una ley como la propuesta en el ejemplo no tiene posibilidad alguna de llegar a ser considerada proporcional (en consecuencia, legítima) porque ella carece de un fin adecuado, que es el primero de los elementos del test de proporcionalidad. El fin de la prohibición penal del matrimonio interracial nunca podrá ser considerado *adecuado* porque él se basa en una distinción (diferencias de razas) que constitucionalmente no tiene sustento. Así, la ley que prohibiera penalmente el matrimonio interracial no cumpliría con la juridicidad proporcional.

Con relación al ejemplo propuesto por BELING, aunque la prohibición penal de ejecutar una acción antijurídica e imputable, punible según el criterio del juez, esté prevista en una ley, al igual que en el caso anterior, no tiene posibilidad de considerarse ajustada a la juridicidad proporcional y, con ello, constitucionalmente admisible. En ese caso, el fallo se produce por la indeterminación de la prohibición penal que afecta a la subfunción de selección, que forma parte del componente del fin adecuado; y del de conexión racional, ambos componentes materiales del test de proporcionalidad.

### **23.5.2. El juez y el órgano jurisdiccional como destinatarios de la juridicidad proporcional**

En el segundo aspecto, esto es <de cara a la función jurisdiccional>, la juridicidad proporcional cambia su sentido y se complejiza. Al respecto, debe distinguirse entre la

---

702 Como el de la Constitución chilena que requiere que «la conducta que se sanciona esté *expresamente* descrita» en la ley. Sobre el desarrollo de esta disposición por el Tribunal Constitucional chileno, ver VAN WEEZEL DE LA CRUZ (2011, pp. 61-ss). El texto íntegro de esta disposición puede consultarse en la Tabla 5, en los Anexos.

persona que ejerce la función de juez, por un lado, y el órgano jurisdiccional, por otro. Frente a ellos, la juridicidad proporcional deja de ser una regla de reconocimiento y pasa a adquirir una doble función.

En primer lugar, la juridicidad proporcional actúa como un mandato de conducta dirigido directamente a la persona del juez. Este mandato consiste en interpretar las leyes penales de una forma particular (interpretación proporcional), impidiéndole que dé rienda suelta a su sentido natural de justicia, pero exigiéndole que en ella maximice el valor de los derechos fundamentales. En tanto norma de conducta, la juridicidad proporcional adopta la forma de una regla primaria. En este caso, esa regla primaria forma parte de una prohibición penal (no dictar sentencia o resolución injusta; entre otros la prohibición de dictar una sentencia desproporcionada como especie del género <sentencia injusta>). Dependiendo de las opciones de un concreto modelo, su infracción puede producirle responsabilidad a la persona del juez, aun penal, como ocurre en el modelo español, por la eventual comisión de alguna de las formas de prevaricación previstas en los artículos 446 a 449 CPe.

En segundo lugar, la juridicidad proporcional actúa como una regla secundaria dirigida al órgano jurisdiccional que fija los supuestos dentro de los cuales puede determinar la responsabilidad penal por el quebrantamiento por una persona de una regla primaria (el sujeto que violó la prohibición penal, esto es, que ejecutó una conducta típica, anti-jurídica y culpable). Es decir, que también actúa como una regla de adjudicación, esto es, una de aquellas reglas que «facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria»<sup>703</sup>. O en la tipología propuesta por DAHN-COHEN<sup>704</sup> la juridicidad proporcional sería una regla de decisión en contraposición con las reglas de conducta.

La forma de concreción de la juridicidad proporcional como regla secundaria, pero principalmente, como regla de adjudicación va a depender de la forma de control de constitucionalidad por el que un Ordenamiento jurídico haya optado. En el modelo español, con claras características de un modelo concentrado de control constitucional, la juridicidad proporcional como regla de adjudicación se concreta en la promoción por el tribunal que conoce de un caso de una cuestión de inconstitucionalidad, en los términos regulados por los artículos 35 y siguientes de la L.O. 2/1979.

En tanto regla de adjudicación, la juridicidad proporcional puede actuar como una defensa procesal sustantiva, alegándose que la subsunción en el tipo penal del hecho que se investiga y juzga infringe no es proporcional; y, como tal, es argumento suficiente para el dictado de una sentencia absolutoria o de un sobreseimiento libre en conformidad con lo previsto en el artículo 637.2º LECr.

De esta forma, la juridicidad proporcional es una regla compleja que desarrolla di-

---

703 HART (1994, p. 96, en español 1999, p. 120). A juicio de MAÑALICH RAFFO, la aplicación incorrecta por el juez de las reglas de adjudicación pueden hacerle surgir responsabilidad penal a título de prevaricación (MAÑALICH RAFFO, 2012, p. 580, nota al pie nº 81).

704 DAN-COHEN (1984, *pássim*).

versas funciones según sea su destinatario<sup>705</sup>. Frente al legislador, actúa como regla de reconocimiento porque determina los supuestos en los que una norma que fundamenta la pena puede considerarse válidamente una norma penal (si ella es formalmente una ley y si se produjo de acuerdo con los procedimientos constitucionalmente previstos; fuera de esos supuestos, nunca será una norma penal válida). Ante la persona que ejerce la función jurisdiccional como juez, la juridicidad proporcional actúa como una norma primaria, es decir, como una norma de conducta que determina cómo el juez debe ejercer su función. Finalmente, frente al órgano jurisdiccional, la juridicidad proporcional se desempeña como una regla de adjudicación, determinando los supuestos dentro de los cuales se puede imponer responsabilidad penal por el quebrantamiento de una prohibición penal.

### 23.5.3. La juridicidad proporcional como regla de atribución y técnica de remisión

Desde un punto de vista formal-orgánico, los componentes formales de la juridicidad proporcional hacen de ella una regla de atribución de competencias y esta, a su vez, se concreta en una determinada técnica de remisión. Este aspecto de la juridicidad proporcional como regla de atribución competencial no proporciona parámetros sobre el contenido de la prohibición penal y de la pena; estos se reservan a los componentes materiales de la juridicidad proporcional.

Los derechos nacionales adscritos a la tradición continental adhieren a unas formas específicas de regla de atribución y de técnica de remisión. Una revisión de la legislación positiva del entorno europeo y latinoamericano muestra que la formulación axiomatizada de la legalidad penal como *nullum crimen nulla poena sine lege* se corresponde con los textos positivos de las Constituciones que lo consagran. De acuerdo con esta aproximación al fenómeno, la legalidad penal significa que solo la ley puede establecer delitos y las penas (y medidas de seguridad) correspondientes. Por ello, la legalidad penal es una *regla de atribución* de la facultad (competencia) de establecer delitos y penas y, por tanto, de *atribución competencial*<sup>706</sup>. El núcleo de la legalidad penal en la cultura continental consiste en la decisión jurídico-política sobre el órgano que está autorizado para desarrollar la potestad punitiva. La diferencia radica en que el carácter de regla de atribución es la esencia y único núcleo de la legalidad penal; mientras que, en la juridicidad proporcional, la atribución competencial forma parte de ella, pero debe agregarse, además, un componente material.

En tanto regla de atribución, la juridicidad proporcional puede descomponerse en dos perspectivas. La primera, de carácter positivo<sup>707</sup>, indica qué órgano o poder dentro del Estado puede decidir la creación de un delito y la determinación de la naturaleza y

---

705 Sobre los distintos tipos de normas, ver MAÑALICH RAFFO (2012, *pássim*).

706 En este sentido, PALAZZO (2010, p. 37): «mediante el principio de legalidad se manifiesta la distribución de la potestad punitiva entre determinados órganos, a los que confiere un cierto equilibrio».

707 La distinción aparece expresada, sin la denominación aquí adoptada y formulada a propósito de la legalidad penal, por MONTIEL FERNÁNDEZ (2017, pp. 10-11).

la medida de la pena (atribución positiva). La segunda, de carácter negativo, indica los órganos a los que les está vedada tal competencia, ya sea porque no pueden auto atribuirse o el legislador no puede delegárselas (atribución negativa)<sup>708</sup>.

En virtud de tal regla de atribución competencial positiva, el ejercicio de la potestad punitiva es asignada al legislador: este tiene, en virtud de la juridicidad proporcional, la competencia para ejercer la potestad punitiva que le corresponde al Estado; y, sobre la base de la regla de atribución negativa, los demás poderes (ejecutivo y judicial), no solo carecen de esa potestad, sino tampoco pueden llegar a ser su titular como, por ejemplo, a través de una delegación legislativa. Como el diseño de la regla de juridicidad proporcional está previsto en la Constitución (solo la ley puede prever restricciones de derechos, artículo 53.1 CE), su modificación escapa también a las facultades del legislador y del ejecutivo, para quienes, por aplicación del principio de jerarquía normativa, es una regla indisponible.

Como regla de atribución competencial, la juridicidad proporcional es, desde este punto de vista, igual que otras reglas de atribución competencial, como la facultad de establecer impuestos y tributos (potestad tributaria), la de juzgar conflictos jurídicos con eficacia de cosa juzgada (atribuida a la función jurisdiccional) o la de dirigir la Administración (atribuida a la función ejecutiva).

La regla de atribución competencial actúa como una regla de distribución del poder estatal, radicando la potestad punitiva en el legislador. Es a lo que se refiere HASSEMER cuando indica, a propósito de la legalidad penal, que «a medida que las leyes van perdiendo nitidez, se hacen mayores los espacios de actuación de los aplicadores»<sup>709</sup>.

Junto con definir la atribución competencial, la juridicidad proporcional también determina la técnica por medio de la que debe ejercerse la potestad punitiva atribuida. En efecto, además de efectuar la señalada atribución, la juridicidad proporcional recurre a una técnica jurídica determinada: la remisión. La juridicidad proporcional no se satisface con atribuir al legislador la competencia de ejercer la potestad punitiva, sino, además, dispone que esta sea ejercida a través de un determinado instrumento que es la ley (parlamentaria) en sentido formal. En este punto, la juridicidad proporcional se distingue, por ejemplo, de la atribución de la competencia ejecutiva. En esta última, la remisión es a cualquiera de las vías constitucionalmente admisibles, dentro de las que puede encontrarse una potestad normativa (dictado de normas necesarias para la conducción del Gobierno), amplios márgenes de discrecionalidad para la decisión sobre políticas públicas, casi ausencia de reglas sobre pactos y alianzas políticas, etc. La juridicidad proporcional presenta en este punto muchas más similitudes con la potestad tributaria, en la medida que en ambas la remisión es precisa y determinada, es decir, es específica. Que la remisión que hace la juridicidad proporcional sea a la ley común o a un tipo específico que requiera un quórum cualificado de aprobación parlamentaria

---

708 En sentido similar, formulado con relación a la legalidad penal, RODRÍGUEZ MOURULLO (1978, p. 61): «[e]l legislador penal no deberá hacer uso de la técnica del reenvío, remitiendo, en definitiva, a la decisión del Poder judicial o del Poder ejecutivo los límites de lo punible».

709 HASSEMER (1996, p. 147).

es, por el momento, un aspecto accidental, así como también lo son las diferencias que puedan existir entre cada Ordenamiento jurídico sobre los procedimientos y requisitos necesarios para producir la ley.

#### **24. Los requisitos materiales de la juridicidad proporcional: la legitimidad de la prohibición penal y de la pena**

En el marco conceptual de la legalidad penal, «de especial incidencia en lo formal»<sup>710</sup>, el cumplimiento de los presupuestos formales de producción normativa es suficiente; y a él solo deben agregarse cuestiones vinculadas con la estructura o forma de la prohibición penal, por medio de la verificación de los mandatos de determinación y taxatividad. De esta forma, el escrutinio a que obliga la legalidad penal es, por un lado, formal (producción normativa); y, por otro, interno, ya que los mandatos de determinación y taxatividad se satisfacen con el examen de la conducta típica en sí misma, sin referencia a otros derechos o valores constitucionalmente protegidos.

En el marco que se intenta estructurar en esta investigación, en cambio, el cumplimiento de los aspectos formales sobre la creación de la norma que fundamenta la pena no es suficiente, por sí solo, para hacer válida a dicha norma penal. Para ello se requiere, adicionalmente, verificar que la prohibición penal contenida en la norma sea proporcional, en sentido en que dicha expresión se comprende en la ideología de los derechos humanos. Este control sobre la proporcionalidad tiene un carácter esencialmente material, porque consiste en determinados parámetros que apuntan a determinar la admisibilidad constitucional de la prohibición penal. No es suficiente con verificar que la conducta prohibida esté de tal manera descrita que permita la predictibilidad y previsibilidad.

La proporcionalidad trata sobre criterios que permitan decidir si esa prohibición puede o no admitirse como tal dentro del Ordenamiento jurídico, a la luz de los derechos fundamentales y demás valores y bienes constitucionalmente protegidos. Opera como un examen externo de la prohibición penal, con referencia a otros valores presentes en el Ordenamiento jurídico. La superación de este examen de admisibilidad produce dos consecuencias.

La primera, que la admisión de la prohibición implica, en consecuencia, la admisión de una pena atribuida a la infracción de esa prohibición. Como se dijo antes, tanto la prohibición penal como la pena deben ser sometidas, cada una de ellas por separado, a un examen de proporcionalidad. La afirmación de la proporcionalidad de la prohibición penal, esto de la conducta prohibida por el tipo penal, autoriza la incorporación de esa prohibición al catálogo de ellas previsto en el Ordenamiento jurídico; y también la imposición de una pena. Pero no entrega información sobre la proporcionalidad de la pena. De esta forma, la prohibición penal puede ser proporcional, pero no así la pena prevista para su infracción. En sentido contrario, una prohibición penal no-proporcional y, por tanto, inconstitucional, nunca autorizará la previsión de una pena.

La segunda consecuencia, consiste en que solo después del examen externo de la

---

710 LASCURAÍN SÁNCHEZ (1998, p. 160).

prohibición, tiene sentido efectuar el examen interno, es decir, sobre cuál es su concreto nivel de definición, su ámbito de aplicación temporal y las demás cuestiones que forman parte del análisis propio a la luz de la legalidad penal.

La proporcionalidad es, en consecuencia, un requisito de carácter material (o de fondo) que se refiere a la conformidad de esa restricción con el sentido mismo de la Constitución. Es decir, que la restricción de un derecho fundamental decidida por una ley producida por el legislador solo es legítima si es proporcional<sup>711</sup>.

#### 24.1. Marco conceptual

El concepto de proporcionalidad puede trazarse hasta la filosofía griega<sup>712</sup>. Sin embargo, el objeto de esta investigación se refiere a una conceptualización mucho más reciente, desarrollada por la jurisprudencia alemana, que adopta su forma definitiva a partir de la segunda mitad del siglo XX, momento en el que la proporcionalidad se ha convertido en un elemento del constitucionalismo global<sup>713</sup>, difundido por los cinco continentes<sup>714-715</sup> a la luz de la ideología de los derechos humanos. Este concepto de proporcionalidad tiene sus raíces conceptuales inmediatas en el siglo XIX, en la jurisprudencia de los tribunales administrativos prusianos sobre las facultades policiales de control del orden público<sup>716</sup>.

El concepto al que se adhiere en esta investigación es el de la proporcionalidad como límite a la facultad legislativa de restricción de derechos fundamentales, expresado en una regla jurídica incorporada en forma expresa a la Constitución o deducible directamente de ella, como expresión de esa eficacia horizontal de los derechos a que se hará referencia cuando se analice la revolución de los derechos humanos<sup>717</sup>. La proporcionalidad como límite a la actividad legislativa, permite el control jurisdiccional constitucional del contenido de la norma legal aprobada por los Parlamentos, para verificar que las injerencias sobre los derechos fundamentales, autorizadas por la ley, no traspasen el límite de lo constitucionalmente permisible. Ese límite está representado por la proporcionalidad de la injerencia y el respeto del contenido esencial de los derechos.

---

711 BARAK (2017, p. 227).

712 DE LA MATA BARRANCO (2007b, pp. 17-ss).

713 SWEET y MATHEWS (2008, p. 160). En sentido similar, SARKIN (1998, pp. 187-188). COHEN-ELIYA y PORAT (2013, pp. 13-14) destacan el papel que, en la difusión del test de proporcionalidad, ha desempeñado el desarrollo jurisprudencial sobre la materia en la jurisdicción constitucional de Canadá y Alemania y en el TJUE. SCHLINK (2012, p. 296) afirma que el concepto de proporcionalidad que se ha difundido por el mundo no es el concepto alemán en sí mismo, ni este se ha transferido a otros ordenamientos y jurisdicciones; a su juicio, lo que se ha difundido es la solución a un problema jurídico universal: «Una vez que se entiende que el alcance de una autoridad es extenso pero también limitado, sin que se especifiquen los límites, el principio de proporcionalidad sirve como instrumento para conciliar ambos: el alcance extenso con los límites no especificados».

714 BEATTY (2004, p. 227); BARAK (2017, pp. 209-241).

715 El Derecho Constitucional y la jurisprudencia norteamericana, sin embargo, ha desarrollado un test particular denominado *balancing*. Sobre este y las diferencias con el modelo de proporcionalidad de origen europeo, ver COHEN-ELIYA y PORAT (2010, *pássim*, 2013, *pássim*); BOMHOFF (2013, pp. 122-ss).

716 COHEN-ELIYA y PORAT (2010, p. 271, 2013, pp. 24-43); SCHLINK (2012, p. 294).

717 Ver *Infra* §33.

La proporcionalidad ha tenido su propio desarrollo en la jurisprudencia de tribunales nacionales y supranacionales<sup>718</sup>. La atención que se le ha brindado por la doctrina jurídica ha hecho correr caudalosos ríos de tinta. Ella ha derivado en una multiplicidad de posiciones que van desde su crítica<sup>719</sup> hasta su afirmación. La proporcionalidad «es una construcción doctrinal: emergió y luego se difundió como un principio general del Derecho, no escrito, a través del reconocimiento y la elección judicial»<sup>720</sup>. Entre quienes la apoyan, se la ha llegado a considerar como el «supremo test de legitimidad de la actividad estatal»<sup>721</sup>.

Aunque el concepto de proporcionalidad es relativamente uniforme, en la medida que sus distintas definiciones apuntan a un mismo núcleo esencial, ese consenso no llega a la definición del test de proporcionalidad. Sobre su contenido se han producido distintas variantes<sup>722</sup>, que impiden reconocer un único esquema teórico sobre el test de proporcionalidad.

Sobre la base de esta abundancia conceptual, y atendido a que el objeto de esta investigación no es el desarrollo de una concepción propia de la proporcionalidad ni de su test, sino la aplicación de esta al ejercicio de la potestad punitiva, adoptaré como referencia el marco conceptual propuesto por Aharon BARAK<sup>723</sup>. La opción por este marco conceptual tiene un triple fundamento. El primero, porque la de BARAK es una obra general sobre la proporcionalidad, de modo que proporciona una estructura conceptual y un marco teórico que permite aplicarlo al caso de las restricciones de derechos que representa el Derecho Penal. El segundo elemento de decisión consiste en que tal marco conceptual contiene, a mi juicio, la estructura más adecuada para ser aplicada al ejercicio de la potestad punitiva. En efecto, el test propuesto por este autor considera como primera etapa la existencia de un *fin adecuado* para la restricción del derecho<sup>724</sup>. Este primer eslabón del test de proporcionalidad permite incorporar la noción de finalidad de protección de la norma penal; y el análisis que se hace en ese marco sobre la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación es más compatible con el tipo de razonamiento jurídico empleado en el Derecho Penal. El tercer fundamento de esta opción metodológica consiste en que el esquema propuesto por BARAK tiene un sentido argumentativo más propio de la ciencia jurídica. Este último motivo de la elección se hace especialmente notorio en la definición conceptual del cuarto componente del test

---

718 Sobre las diferentes formulaciones y desarrollo del concepto de proporcionalidad en el ámbito alemán, británico y de tribunales de derechos humanos supranacionales, ver COVARRUBIAS CUEVAS (COVARRUBIAS CUEVAS, 2014).

719 Al respecto, a modo ejemplar, TSAKYRAKIS (2009, *pássim*); WEBBER (2009, *pássim*, 2010, *pássim*); KLATT y MEISTER (2012, *pássim*); VERDIRAME (2015, *pássim*). Una síntesis de las principales críticas formuladas a la proporcionalidad, en STACEY (2019, *pássim*).

720 SWEET y MATHEWS (2008, p. 74).

721 BEATTY (2004, p. 253).

722 CROW (2019, p. 292).

723 BARAK (2017. Previamente publicado en inglés, 2012).

724 Por el contrario, la estructura propuesta por ALEXY y sus distintas variantes prescinde de este componente del test de proporcionalidad.

de proporcionalidad (la ponderación). Otros sistemas conceptuales, como el propuesto por ALEXY<sup>725</sup>, intentan racionalizar la ponderación recurriendo a fórmulas numéricas –como la *fórmula del peso*<sup>726</sup>– que no necesariamente contribuyen a la comprensión del concepto y que dificultan su adopción por los juristas como un material útil para la construcción de un estatuto limitador de la potestad punitiva.

## 24.2. Diferentes sentidos de la proporcionalidad en el Derecho Penal

En *El espíritu de las leyes*, MONTESQUIEU consideró «indispensable que las penas tengan armonía entre sí»<sup>727</sup>, ya que consideró como «grave mal [que] entre nosotros [...] se imponga la misma pena al que roba en los caminos públicos que al que roba y asesina. Evidentemente, convendría para la seguridad pública que hubiese alguna diferencia en la pena»<sup>728</sup>. «Triunfa la libertad», escribió el filósofo francés, «cuando las leyes criminales sacan cada pena de la naturaleza particular del delito. Cesa entonces lo arbitrario; la pena no tiene su origen en el capricho del legislador, sino en la naturaleza de la cosa; no es el hombre quien ejerce violencia sobre el hombre»<sup>729</sup>.

Por su parte, BECCARIA abogó por la necesidad de distinguir un extenso abanico de «las acciones opuestas al bien público que se llaman delitos»<sup>730</sup>, que van desde «aquellos que destruyen inmediatamente la sociedad»<sup>731</sup> hasta «la más pequeña injusticia posible cometida contra los miembros particulares de ella»<sup>732</sup>. Sobre la base del reconocimiento de esta multiplicidad de hechos de distinto grado, BECCARIA reclamó:

Si la geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas, en que se graduasen desde la mayor hasta la menos dura; pero bastará al sabio legislador señalar los puntos principales, sin turbar el orden, no decretando contra los delitos del primer grado las penas del último. Y en caso de haber una exacta y universal escala de las penas y de los delitos, tendríamos una común y probable medida de los grados de tiranía y de libertad, y del fondo de humanidad o de malicia de todas las naciones<sup>733</sup>.

---

725 Que ALEXY comenzó a estructurar en su *Teoría de los derechos fundamentales* (1993).

726 ALEXY (2008, *pássim*, 2019, pp. 141-ss).

727 MONTESQUIEU (1906, Libro IV, Cap. XVI).

728 MONTESQUIEU (1906, Libro IV, Cap. XVI).

729 MONTESQUIEU (1906, Libro XII, Cap. IV). Aplicando estas ideas, y sobre una ley española de 1740 que castigaba con pena de muerte el comercio de telas entre España e Inglaterra, MONTESQUIEU (1906, Libro XX, Cap. XIV) la criticó, argumentando que «[r]epugna á nuestras costumbres y es contraria al espíritu del comercio y á la armonía que debe de haber en la proporción de las penas, y confunde todas las ideas, convirtiendo en crimen de Estado una mera infracción de policía».

730 BECCARIA (1822, Capítulo VI), titulado «Proporción entre los delitos y las penas».

731 BECCARIA (1822, Capítulo VI).

732 BECCARIA (1822, Capítulo VI).

733 BECCARIA (1822, Capítulo VI). Asimismo, sobre el fin de las penas, escribió que «deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que, guardada la proporción, hagan una impresión más eficaz

El concepto de proporcionalidad es transversal en toda la obra de los autores citados<sup>734</sup>.

El concepto de proporcionalidad en el Derecho Penal puede entenderse en, al menos, cuatro sentidos que, aunque diferenciados, tienen un hilo conductor común.

El primer sentido, consiste en la proporcionalidad como principio de justicia, tal como se concibió en la Ilustración y del que se deriva, principalmente, la exigencia de una pena ajustada al hecho, elemento que sirvió de base a la construcción de la teoría del merecimiento en la que «la severidad del castigo debería estar en función de la seriedad del delito»<sup>735</sup>. Se trata de un principio de carácter cuantitativo, que pretende regular la relación entre el quantum de la pena y la gravedad del hecho por el que ella se impone<sup>736</sup> y que se ha recogido expresamente en el artículo 49.3 CEDH. A partir de la Ilustración, la proporcionalidad se ha utilizado para designar con ella la idea de exceso del rigor penológico de la ley penal, es decir, en una relación principalmente cuantitativa<sup>737</sup>. Ella «se concretó en el reconocimiento legal de la graduación de la pena según la gravedad del delito, lo cual se convirtió en el más poderoso de los argumentos en la lucha contra el uso demasiado frecuente de la pena de muerte»<sup>738</sup>. Este es el sentido antes transcrito en el que lo entendieron MONTESQUIEU y BECCARIA. En esta concepción, la proporcionalidad tiene un sentido esencialmente cuantitativo, que establece una relación entre cuatro factores concurrentes: la naturaleza y la medida de la pena a imponer (en términos genéricos, en la definición del legislador, como en la individualización judicial de ella en el caso concreto) debe guardar relación de equivalencia con (a) la naturaleza<sup>739</sup> e importancia del bien jurídico<sup>740</sup>, (b) la entidad de la conducta<sup>741</sup>, (c) con la entidad de la

---

y más durable sobre los ánimos de hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo» (Cap. XII). Sobre la pena de confiscación, que «[p]erder los bienes es una pena mayor que la del destierro; luego con proporción a los delitos debe haber casos por donde se incurra en perdimiento de todos o parte de los bienes y casos en que no» (Cap. XXV); sobre la ejecución penal que «Las penas no deben solamente ser proporcionadas a los delitos entre sí en la fuerza, sino también en el modo de ejecutarlas» (Cap. XXIX); y, finalmente, en las *Conclusiones* de su obra, dejó escrito que

[d]e cuanto hasta aquí se ha dicho puede sacarse un teorema general muy útil, pero poco conforme al uso, legislador ordinario de las naciones, esto es: para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las Leyes (Conclusiones).

734 De hecho, por ejemplo, MONTESQUIEU (1906, Libro XIII, Caps. VII y XII) también aplicó la proporcionalidad a los tributos.

735 HUSAK (1998, p. 189).

736 JAÉN VALLEJO (1986, *pássim*); GARDNER (1998, p. 38).

737 Otros usos alternativos del concepto de proporcionalidad en la operación del Derecho Penal, en FERNÁNDEZ CRUZ (2010, pp. 56-57).

738 RUSCHE y KIRCHHEIMER (1984, p. 88).

739 RAMOS TAPIA (2020, p. 60).

740 MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (2019, p. 82).

741 ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC (2020, p. 75): «el principio de proporcionalidad supone dos cosas: – la primera, que el legislador al establecer delitos y sus correspondientes penas ha de buscar el equilibrio entre la entidad de éstas y la gravedad de aquellos; y – segunda, que el juez ha de acompasar igualmente la pena concreta que impone al condenado con la gravedad del delito cometido por éste».

lesión o puesta en peligro de un bien jurídico por medio de la conducta descrita en el respectivo tipo penal o (d) con el grado de culpabilidad o reproche personal que concurre respecto del autor de dicha conducta<sup>742</sup>. En síntesis, la proporcionalidad se concreta en una «adecuada ponderación entre el bien o interés que se lesiona o pone en peligro (gravedad del delito) y el bien que se restringe o del que se priva mediante la sanción penal (gravedad de la pena)»<sup>743</sup>. Así, la proporcionalidad constituye un criterio para la definición en abstracto de la naturaleza y medida de la pena y también en su individualización concreta como pena a imponer a una persona condenada en un proceso penal<sup>744</sup>. Desde la perspectiva abordada en esta investigación, este primer sentido de la proporcionalidad se relaciona, más bien, con la función de individualización judicial de la pena que desarrolla el tribunal penal al momento de emitir una decisión de condena; se trata, en este caso de individualizar la pena más justa (proporcional), dentro de los espacios que permite la ley, para el caso concreto.

El segundo sentido, confiere a la proporcionalidad un anclaje constitucional, es decir, que ella se deriva del entramado constitucional. Ya no es un principio general de justicia, sino un principio del Derecho con base constitucional y, por tanto, oponible al legislador y al juez<sup>745</sup>. La proporcionalidad se entiende como un criterio de legitimación de la restricción de derechos por el Derecho Penal, pero solo con relación a la pena<sup>746</sup>. Aquí, la proporcionalidad –«que tiene rango constitucional»<sup>747</sup>– significa que «las penas deben ser proporcionadas a la entidad del delito cometido y que este no puede

---

742 MARTOS NÚÑEZ (J. MARTOS NÚÑEZ, 1991)269: « la gravedad de la pena o de la medida de seguridad debe corresponder con la gravedad del hecho cometido o con la peligrosidad del sujeto respectivamente». URQUIZO OLAECHEA (2002, p. 194): «..al comportamiento jurídicamente desvalorado del sujeto no debe seguir una desproporción grosera con el mal que ha provocado». NARANJO DE LA CRUZ (2020, p. 509): «... falta la necesaria proporcionalidad cuando la cuantía o extensión de la pena es excesiva en relación con la entidad del delito». MUÑOZ CONDE (2001, p. 134); MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (2019, p. 82): « las penas deben ser proporcionadas a la entidad del delito cometido o que éstos no pueden ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito...»

743 RAMOS TAPIA (2020, p. 61).

744 Una segunda lectura posible de la proporcionalidad orientada a la víctima, consiste en que la relación que este precisa no sea entre la magnitud de la pena y el delito en sí, sino en cómo el delincuente debe ser tratado con relación a su víctima, configurando, de esta forma, una «forma sencilla de reflejar en la administración de justicia los impulsos de represalia de las víctimas» (GARDNER, 1998, p. 38)

745 MONTIEL FERNÁNDEZ (2017, p. 5, nota al pie n° 8), por ejemplo, define a la proporcionalidad como un «principio político-criminal de carácter constitucional», junto al de legalidad, de humanidad de las penas, de personalidad de las penas y de culpabilidad, cuyos efectos, en caso de sus infracciones, es la inconstitucionalidad de la norma; y los distingue los «principios político-criminales de carácter operativo (lesividad, subsidiariedad, etc.), «orientados a garantizar el uso racional del ius puniendi y cuya infracción no trae aparejada la inconstitucionalidad». En la misma comprensión, MIR PUIG (2002, pp. 351-352).

746 Un buen ejemplo de este sentido es el trabajo de LASCURAÍN SÁNCHEZ (2014, *pássim*) en el que el autor expone un fino desarrollo de la proporcionalidad, pero enfocado exclusivamente en la pena. MIR PUIG (2010, pp. 70-ss, 2014, pp. 330-ss), por su parte, estima que la proporcionalidad ofrece mejores posibilidades para legitimar la intervención penal que las que proporcionan las teorías de la prevención y la retribución; como se ve, la proporcionalidad adquiere valor en relación la pena.

747 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1994, p. 103).

ser sancionado con penas más graves que la propia entidad del daño representado por la infracción»<sup>748</sup>. En consecuencia, sigue tratándose de una comprensión de la proporcionalidad fuertemente vinculada a una relación cuantitativa<sup>749</sup>, en virtud de lo cual, la proporcionalidad, como principio constitucional, tiene una relación directa con el Derecho Penal el que, «por definición, se compone de normas restrictivas de libertad y cuya restricción más usual, la pena por excelencia, tiene por contenido la manifestación más física y primaria de la libertad, que es la libertad personal o ambulatoria»<sup>750</sup>. De esta forma, la proporcionalidad pasa a desarrollar una función de legitimación frente a «[l]a grave intromisión en derechos fundamentales que representan las penas y las medidas de seguridad»<sup>751</sup> cuya «gravedad [...] debe hallarse en relación con la gravedad del hecho cometido o la peligrosidad del sujeto, respectivamente»<sup>752</sup> y que constituye unos de los límites que «impone el Estado democrático en el momento legislativo de la conminación típica»<sup>753</sup>.

El tercer sentido considera a la proporcionalidad como un elemento interno a la teoría del delito, incluido por el legislador como elemento de configuración de las causas de justificación (especialmente, la legítima defensa y el estado de necesidad previstas en el apartado 4º y 5º, respectivamente del artículo 20 CPe) e implícito en la regla de clausura de las normas de individualización judicial de la pena del artículo 72 CPe.

El cuarto sentido corresponde con el adoptado en esta investigación. Aquí, la proporcionalidad se complejiza porque pasa a ser una regla jurídica de rango constitucional y no un principio; porque a la relación cuantitativa se agrega ahora una relación cualitativa en términos de la legitimación de la injerencia en derechos fundamentales<sup>754</sup>; y

---

748 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1994, p. 102).

749 AGUADO CORREA (1999, pp. 137-138) estima que este segundo sentido cuantitativo al que he hecho referencia se corresponde con la ponderación como elemento específico del test de proporcionalidad (ver *Infra* §25), «considerando que no es sólo preciso que el autor sea culpable, sino que además que la gravedad de la pena ha de ser proporcionada a la del hecho cometido». Sin embargo, estimo que la ponderación como componente del test de proporcionalidad tiene un contenido mayor que una simple relación cuantitativa, razón por la que estimo que no es correcto hacer la identificación que sostiene la autora.

750 LASCURAÍN SÁNCHEZ (1998, p. 160).

751 MIR PUIG (2005, p. 15).

752 MIR PUIG (2003, p. 141).

753 MIR PUIG (2003, p. 141). En ese sentido, MIR PUIG (2005, p. 15) considera que el principio constitucional de proporcionalidad tiene una función legitimadora de «[l]a grave intromisión en derechos fundamentales que representan las penas y las medidas de seguridad».

754 NAVARRO FRÍAS (2014, p. 417) se refiere a una «concepción amplia del principio de proporcionalidad», entendido como «aglutinador, no solo del tradicional principio de proporcionalidad entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena, sino de otros reconocidos límites al ejercicio del *ius puniendi*», tal como lo entienden, también Aguado Correa y Mir Puig (ver *Infra* nota al pie nº 942). La proporcionalidad en el Derecho Penal (es decir, la juridicidad proporcional) no puede ser entendida como un receptáculo de los principios tradicionales de limitación a la potestad punitiva, como el de exclusiva protección de bienes jurídicos, el de subsidiariedad o el de fragmentariedad, por varias razones. La primera, porque la juridicidad proporcional intenta describir y solucionar las tensiones entre los derechos fundamentales (entre ellos, principalmente, la libertad) y las prohibiciones de actuación que constituyen el núcleo del Derecho Penal, lo que determina para la juridicidad proporcional un contenido axiológico diferente que el de los mencionados principios. En segundo lugar,

porque la proporcionalidad no solo opera como control de límite de la pena, sino, y, en primer lugar, de la injerencia sobre la libertad que representada la prohibición penal. En otras palabras, analizaré la proporcionalidad en un sentido más amplio<sup>755</sup> que considera, junto con la determinación de la pena, al proceso de definición de qué conductas prohibir penalmente<sup>756</sup>.

Este cuarto sentido en el que se utiliza la proporcionalidad se afianzó a partir de la revolución de la ideología de los derechos humanos y ella postula que la injerencia solo es admisible si ella reúne dos órdenes de requisitos. El primero, de carácter formal, determina la validez de la norma que fundamenta la pena, y requiere que ella se produzca a través de los medios constitucionalmente habilitados para restringir derechos. El segundo grupo de requisitos le confiere legitimidad a la norma penal como injerencia; y ella consiste en que la restricción del derecho sea proporcional, ya sea porque la prohibición penal lo es, o porque la pena prevista lo es.

Los métodos para determinar la validez y la legitimidad son diferentes. Así, para determinar la concurrencia de los requisitos de validez, basta con un simple método de interpretación jurídica, que pasa por constatar los presupuestos de producción formal de la norma penal y determinar si ellos se han cumplido. El método para la determinación de la legitimidad no es simplemente de interpretación jurídica, sino que se expresa en un test. Este se estructura en cuatro pasos que se refieren a la constatación de la existencia de que la prohibición penal tenga un *fin adecuado*; que exista una *conexión racional* entre la finalidad y la injerencia analizada; que esa injerencia se *necesaria*; y, finalmente, que dicha injerencia logre superar un juicio de *ponderación*. Así, para los efectos de esta investigación, la proporcionalidad tiene un doble sentido: como regla jurídica de restricción de la injerencia y como método para determinarla. Al primero, me referiré como proporcionalidad; y al segundo, como test de proporcionalidad<sup>757</sup>.

---

porque, a diferencia de tales principios, la juridicidad proporcional cuenta con una base en los textos positivos mucho mayor que ellos. Y, en tercer lugar, porque, aunque la estructura y lógica de funcionamiento la de juridicidad proporcional, ella no prescinde del núcleo esencial de tales principios, ellos pasan a desarrollar funciones diferentes, tal como se analizará en su momento.

755 SATTAR (2019, p. 23).

756 HORDER (2019, p. 19).

757 La paulatina construcción de los conceptos vinculados con la proporcionalidad ha provocado un cierto caos en la nomenclatura. Así, a la relación entre el delito y la pena, tal como lo entendieron los ilustrados, suele denominarse <proporcionalidad> o <prohibición de exceso>. A la *proporcionalidad*, la doctrina suele denominarla <proporcionalidad en sentido amplio>; mientras que a la ponderación –que es la última de las etapas de las que se compone el test de proporcionalidad– se le denomina proporcionalidad *en sentido estricto*. Así puede leerse, por ejemplo, en COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN (1999, pp. 81-ss); AGUADO CORREA (1999, pp. 65-ss); ORTOS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC (2020, p. 74). A diferencia de los anteriores, ALONSO ÁLAMO (2009, p. 88) reserva la expresión «proporcionalidad en sentido estricto» para referirse a la relación entre delito y pena; aunque advierte que «desde una formulación más reciente», ella designa lo que se conoce como ponderación. SILVA SÁNCHEZ (1992, p. 260), por su parte, afirma que por la proporcionalidad pueden rechazarse las conminaciones penales (proporcionalidad abstracta) o la imposición de la pena (proporcionalidad concreta) que no logren conectar los fines del Derecho Penal con el hecho, cuando la conminación o la pena «carezcan de toda relación valorativa con tal hecho». Sobre las denominaciones utilizadas, ver NAVARRO FRÍAS (2010, pp. 3-7).

Por consiguiente, una norma que fundamenta la pena es constitucionalmente admisible solo si es, a la vez, válida y legítima. Ambos grupos de requisitos pretenden operar como un límite material al ejercicio de la potestad punitiva. La validez como autorización para restringir derechos y la legitimidad como proporcionalidad actúan conjuntamente como un mecanismo de protección de derechos fundamentales<sup>758</sup>.

La aplicación al Derecho Penal como instrumento de control de la potestad punitiva, de acuerdo con la forma en que ha sido decidido por el Constituyente, es lo que me he permitido denominar *juridicidad proporcional*. Esta etiqueta reúne ambos aspectos de ese límite material. El primero, vinculado a la validez, está expresado en el término <juridicidad> porque él se refiere a las normas formales de producción normativa. El segundo, vinculado con la legitimidad, se expresa en el término <proporcional>.

La idea de proporcionalidad en el sentido analizado en esta investigación se encuentra en pleno proceso de recepción por la dogmática penal española. Cada vez es posible encontrar más referencias a la proporcionalidad en los manuales de Derecho Penal, se han publicado notables trabajos monográficos de Derecho Penal sobre el tema<sup>759</sup> y artículos especializados<sup>760</sup>. Sin embargo, es aun predominante el enfoque que vincula a la proporcionalidad directamente con la relación cuantitativa entre la pena y el tipo de delito, o su dañosidad o peligrosidad, omitiendo el análisis con relación a la prohibición penal misma.

### 24.3. La justificación de la proporcionalidad

El Estado de Derecho materialmente democrático requiere como elemento sustancial el aseguramiento de un catálogo de derechos; y, a la vez, que esos derechos tengan una eficacia real, es decir, que no sean meras declaraciones programáticas. Sin embargo, ese mismo Estado de Derecho permite, a su vez, que los derechos asegurados puedan ser limitados. Asegurar derechos, por un lado, y permitir su limitación por otro, origina, *prima facie*, una situación paradójica. Ella puede tener su origen en la forma en la que los derechos asegurados son positivizados. Esta forma consiste en que los textos constitucionales proporcionan descripciones generalizantes sobre el contenido de los derechos, evitando delimitarlos en forma expresa. Esta característica determina relaciones conflictivas entre los derechos, por cuanto los supuestos de hecho comprendidos dentro de un derecho pueden sobreponerse con el de otros, intersecándose<sup>761</sup>.

---

758 WEINRIB (2001, pp. 706-708)706-708; COHEN-ELIYA y PORAT (2010, p. 267); CROW (2019, pp. 290-291).

759 Por ejemplo, se pueden mencionar los trabajos de AGUADO CORREA (1999), de LOPERA MESA (2006) y de DE LA MATA BARRANCO (2007b).

760 LASCURAÍN SÁNCHEZ (LASCURAÍN SÁNCHEZ, 1998); MENDOZA BUERGO (MENDOZA BUERGO, 1999); LOPERA MESA (LOPERA MESA, 2005); DE LA MATA BARRANCO (2007a); PÉREZ DEL VALLE (PÉREZ DEL VALLE, 2008); ALONSO ÁLAMO (2009); NAVARRO FRÍAS (2010).

761 La imprecisa o genérica formulación con la que los derechos son delimitados por los textos constitucionales y los tratados de derechos humanos es una de las tesis centrales a la que recurre, por ejemplo, WEBBER (2009) para fundar su crítica a la proporcionalidad.

La aplicación de este esquema al Derecho Penal pone de relieve con mayor fuerza aun la paradoja: el legislador penal puede llegar a borrar la libertad asegurada en la Constitución por medio de prohibiciones penales exageradas. El argumento de la necesidad, por sí solo, es insuficiente para justificar esa restricción. Este argumento puede tener un buen rendimiento cuando se trata del núcleo esencial del Derecho Penal (prohibición de matar o de agredir sexualmente a otra persona), pero disminuye al adentrarse en las zonas marginales. ¿Es *necesario* prohibir penalmente la venta de sustancias estupefacientes, la interrupción voluntaria del embarazo, la protesta o la utilización no autorizada de Woodsy Owl<sup>762</sup>? El argumento de la necesidad comienza a perder la fuerza justificatoria, lo que demuestra que, en realidad, la necesidad por sí sola no es un argumento que justifique la restricción de derechos por medio de la prohibición penal.

La construcción de un argumento de justificación debería partir por aceptar, aunque sea provisionalmente, que la prohibición penal tiene una finalidad. Prohibir matar a otra persona, suministrar drogas tóxicas o interrumpir voluntariamente el embarazo, tendrán una finalidad o un motivo. En un sistema democrático debemos asegurarnos de que esa finalidad sea aceptable. Porque sería razonable que un sistema materialmente democrático no aceptara como finalidad legítima para la prohibición de la venta de drogas, la protección de la salud fundada en que «nuestro cuerpo pertenece a la estirpe y al pueblo [alemán ario]»<sup>763</sup> o pertenece a Dios; o la protección de la pureza racial como la finalidad de una prohibición del matrimonio entre judíos y ciudadanos alemanes (delito de deshonra a la raza, castigado con pena de prisión con trabajos forzados)<sup>764</sup>.

Además de la preocupación por la finalidad, debería también interesar que el o los medios utilizados sirvan efectivamente para obtener la finalidad, es decir, que exista un vínculo de medio a fin entre la finalidad y la prohibición. En otras palabras, que tanto la prohibición penal como la pena sirvan efectivamente para alcanzar esa finalidad. Si esa vinculación se entiende como una relación sujeta a verificación empírica, el Derecho Penal en su conjunto se enfrentará a un escollo difícil de superar para demostrar su utilidad. Este es, en términos muy generales, la base de las propuestas abolicionistas que niegan al Derecho Penal su utilidad como instrumento de resolución de conflictos.

Por último, también debería llamar la atención que los medios escogidos por la potestad punitiva, esto es, la prohibición penal y la pena, no hagan más de lo necesario para conseguir el fin trazado, porque si lo hacen, podrían ser más perjudiciales. Que es lo ocurre con una prohibición penal de la interrupción voluntaria del embarazo que refuerza el

---

762 El § 711a del Título 18 del *U.S. Code* sanciona con prisión de hasta seis meses y multa, el uso comercial no autorizado del personaje “Woodsy Owl”, su nombre o su eslogan asociado. Woodsy Owl es un personaje basado en una representación caricaturizada de un búho, utilizado por el Servicio Forestal de Estados Unidos de Norteamérica para transmitir a los niños mensajes ecológicos y de cuidado de los bosques.

763 HECHT, G. (1939), *Alkoholmissbrauch und Rassenpolitik*, en *Bekämpfung der Alkohol- und Tabakgefahren: Bericht der 2. Reichstagung Volksgesundheit und Genussgifte*. Berlin, citado por OHLER (2016, p. 35). Sobre la política Nazi de control de drogas, ver LEWY (2008, *pássim*).

764 Artículo 5.1 con relación al artículo 1.1 de la Ley para la protección de la sangre y el honor alemanes, de 15 de septiembre de 1935 (*Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre*). Al respecto, ver HOEFER (1945, p. 388).

carácter patriarcal de la sociedad, porque tanto la prohibición penal del aborto, como la pena, están dirigidas al colectivo de las mujeres; y, adicionalmente, la persecución penal las estigmatiza.

Todas estas cuestiones así planteadas, aparecen como razonables y atinentes en un análisis que se pueda efectuar sobre el ejercicio de la potestad punitiva. Más importante que responder a estas preguntas en este lugar, ahora interesa destacar que, tal como están planteadas, ellas dirigen automáticamente a un análisis que es propio de la proporcionalidad<sup>765</sup>. Como lo plantea SCHLINK «[e]n resumen: suficiente es suficiente y más es demasiado. Más que suficiente es desproporcionado, más que necesario es desproporcionado y más que adecuado es desproporcionado»<sup>766</sup>.

En otras palabras, que estimo que el análisis de proporcionalidad es un marco metodológico adecuado para evaluar la política criminal; y puede actuar también como un control jurídico vinculante del ejercicio de la potestad punitiva, tanto en relación con la decisión de penalizar conductas y la definición de la pena a imponer, como con la aplicación de esas normas. De esta forma, la proporcionalidad puede actuar como un límite material del ejercicio de la potestad punitiva, porque: (a) permite evaluar jurídicamente la admisibilidad de las decisiones del legislador al ejercer la potestad punitiva y, en definitiva, a declarar si la ley penal es constitucional o no; y (b) permite interpretar la ley penal en la aplicación que de ellas hagan los órganos de persecución penal. Tanto la evaluación como la interpretación de la ley penal con el prisma de la proporcionalidad son posibles gracias al enfoque que la ideología de los derechos humanos ha adquirido a partir de su revolución. Un análisis de proporcionalidad permite que los derechos garantizados en la Constitución desarrollen plenamente su eficacia normativa tanto frente al legislador como a los tribunales; que el DIDH sea adecuadamente integrado en este análisis; y que los derechos humanos actúen como guías claras en la acción estatal concretada en las decisiones de política criminal.

La Carta de Derechos y Libertades de Canadá<sup>767</sup> y la Constitución de Sudáfrica<sup>768</sup> pueden representar los mejores ejemplos de positivización total o parcial del test de proporcionalidad<sup>769</sup> para el control de la legitimidad de las restricciones de derechos decidi-

---

765 Adhiero, de esta forma, a la tesis de la necesidad, descrita por ALEXY (2019, pp. 238-ss).

766 SCHLINK (2012, p. 292).

767 La sección de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, garantiza que «los derechos y libertades previstos [en la Carta] es someterán solo a aquellas limitaciones razonables prescritas por la ley, en la medida que se puedan ser razonablemente justificadas en una sociedad libre y democrática».

768 Cuya sección 36.1 dispone que las limitaciones de derechos solo pueden ser decididas por medio de una ley general, y solo «en la medida que la limitación sea razonable y justificable en una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, la igualdad y la libertad, tomando en cuanto todos los factores relevantes, incluyendo—

- a. la naturaleza del derecho;
- b. la importancia del propósito de la limitación;
- c. la naturaleza y extensión de la limitación; y
- d. medios menos restrictivos para obtener el propósito.».

769 STACEY (2019, pp. 440-441).

das por la legislación. Ambas disposiciones han sido comprendidas por la doctrina<sup>770</sup> y desarrolladas por las respectivas jurisdicciones constitucionales como un test de proporcionalidad<sup>771-772</sup>. Es cierto que la CE no contiene disposiciones que puedan considerarse una base positiva expresa del análisis de proporcionalidad. Pero esa afirmación debe relativizarse.

En primer lugar, porque la incorporación de la proporcionalidad puede tener como fuente una disposición expresa que la haga vinculante a los poderes públicos; o puede ocurrir, como pasa en el modelo español, que ella sea una necesidad derivada de atribuirle al legislador la competencia para prever restricciones a los derechos fundamentales. Algunos han derivado la exigencia de proporcionalidad directamente de la proclama-

---

770 En la doctrina canadiense, JACKMAN (1996, *pássim*); WEINRIB (2001, *pássim*). En sentido crítico, SIEBRASSE (1991, *pássim*). En la doctrina sudafricana, ver GOLDSTONE (1997, *pássim*).

771 La Suprema Corte de Canadá, en una sentencia de 28 de febrero de 1986, declaró que la razonabilidad y la justificación en una sociedad democrática libre, en los términos exigidos por la Carta canadiense, significa la concurrencia de dos elementos. El primero se relaciona con la finalidad de la restricción que debe tener la suficiente importancia como para justificar una restricción de un derecho fundamental. En otras palabras, que motivos triviales o discordantes con los principios que integran una sociedad libre y democrática no son suficientes para permitir una restricción de un derecho. El segundo elemento consiste en que los medios decididos por la legislación deben ser razonables y demostradamente justificados. Este último elemento «involucra una forma del test de proporcionalidad» ha declarado la Corte, integrado por tres componentes:

Primero, las medidas adoptadas deben ser cuidadosamente diseñadas para obtener el objetivo en cuestión. Ellas no deben ser arbitrarias, injustas o estar basadas en consideraciones irracionales. En síntesis, ellas deben estar racionalmente conectadas con el objetivo. Segundo, los medios, aunque estén racionalmente conectados con el objetivo en el primer sentido, deben menoscabar los menos posible el derecho o la libertad en cuestión. Tercero, existir una proporcionalidad entre los efectos de las medidas responsables de limitar el derecho o la libertad de la Carta y el objetivo que se ha identificado como de suficiente importancia (*R v Oakes* [1986] 1 SCR 103, §§69, 70 (Canadá)).

Una revisión sobre el desarrollo jurisprudencial de la proporcionalidad posterior a esta primera sentencia, en NEWMAN (1999, *pássim*); CHOUDHRY (2006, *pássim*).

772 En el caso sudafricano, la Corte Constitucional ha declarado que

La limitación de los derechos constitucionales para un propósito que es razonable y necesario en una sociedad democrática implica la ponderación de valores en competencia y, en última instancia, una evaluación basada en la proporcionalidad. Esto está implícito en las disposiciones del artículo 33 (1). El hecho de que diferentes derechos tengan diferentes implicaciones para la democracia y, en el caso de nuestra Constitución, para «una sociedad abierta y democrática basada en la libertad y la igualdad», significa que no existe un estándar absoluto que pueda establecerse para determinar la razonabilidad y la necesidad. Se pueden establecer principios, pero la aplicación de esos principios a circunstancias particulares solo se puede hacer caso por caso. Esto es inherente al requisito de proporcionalidad, que exige el equilibrio de diferentes intereses. En el proceso de equilibrio, las consideraciones relevantes incluirán la naturaleza del derecho que es limitado y su importancia para una sociedad abierta y democrática basada en la libertad y la igualdad; el propósito para el cual se limita el derecho y la importancia de ese propósito para dicha sociedad; el alcance de la limitación, su eficacia y, en particular, cuando la limitación tiene que ser necesaria, si los fines deseados podrían razonablemente lograrse por otros medios menos perjudiciales para el derecho en cuestión. En el proceso se deben tener en cuenta las disposiciones del artículo 33 (1) y los valores subyacentes de la Constitución, teniendo en cuenta que, como ha dicho un juez canadiense, «el papel de la Corte no es cuestionar la sabiduría de las decisiones políticas tomadas por los legisladores» (*S v Makwanyane and Another* (CCT3/94) [1995] ZACC 3, §104).

ción del Estado de Derecho del artículo 1 CE<sup>773</sup>, o de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, prevista en el artículo 9.3 CE, «puesto que una decisión desproporcionada incurre en la arbitrariedad»<sup>774</sup>. Otros, que su derivación «admite varias fundamentaciones complementarias»<sup>775</sup>, ya que «los subprincipios de la proporcionalidad son el correlato del carácter jurídico de mandatos de optimización de las normas iusfundamentales de principio»<sup>776</sup>; que en él «se concreta una de las ideas principales de la justicia material, según la cual, está proscrito todo sacrificio excesivo de la libertad»<sup>777</sup>; que «el Estado de Derecho no solo está compuesto por principios formales [...], sino además por principios de justicia material, entre los cuales el principio de proporcionalidad representa el más destacable»<sup>778</sup>.

En segundo lugar, porque, aunque en el Derecho interno español no exista una disposición expresa sobre la proporcionalidad, sí existe a nivel del Derecho europeo, aplicable en España. En efecto, de acuerdo con el artículo 52.1 CDFUE<sup>779</sup>, y en virtud del principio de proporcionalidad, las limitaciones a los derechos fundamentales solo son admisibles «cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

En tercer lugar, porque la proporcionalidad está incorporada al *case law* del TEDH dentro de lo que se ha denominado el «constitucionalismo multinivel»<sup>780</sup>, de modo que debe entenderse también incorporado al Ordenamiento interno en un sentido amplio. Adicionalmente, también el TCe también ha adoptado la proporcionalidad, aunque con ciertos vacíos y carencias<sup>781</sup>.

Tampoco puede desconocerse que el análisis o test de proporcionalidad es un procedimiento analítico<sup>782</sup> o una doctrina metodológica<sup>783</sup> que «no produce, en sí mismo, resultados sustantivos»<sup>784</sup>, es decir, que «no provee una solución sustantiva sobre la relación adecuada entre los derechos humanos y las justificaciones para sus limitaciones»<sup>785</sup>. Es precisamente su naturaleza esencialmente metodológica la que, a mi juicio, le confie-

---

773 COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN (1999, p. 82); ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC (2019, p. 137, 2020, p. 73).

774 CUERDA RIEZU (2002, p. 245).

775 BERNAL PULIDO (2014, p. 759).

776 BERNAL PULIDO (2014, p. 760).

777 BERNAL PULIDO (2014, p. 765).

778 BERNAL PULIDO (2014, p. 767).

779 Sobre el sentido de la proporcionalidad en la CDFUE, ver SAMARDŽIĆ (2017, *pássim*).

780 MAUGERI (2013, p. 374).

781 GONZÁLEZ BEILFUSS (2003, pp. 34-ss)34-ss. Un análisis de la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre proporcionalidad, en GONZÁLEZ BEILFUSS (2014, *pássim*); DE LA MATA BARRANCO (2014, pp. 203-205).

782 SWEET y MATHEWS (2008, p. 76).

783 BARAK (2010, p. 5).

784 SWEET y MATHEWS (2008, p. 76).

785 BARAK (2010, p. 5).

re a la proporcionalidad su valor mérito: consistir en un conjunto de pautas que sirven como procedimiento de razonamiento jurídico para resolver conflictos entre derechos.

PAREDES CASTAÑÓN se ha manifestado en contra de la utilidad de la proporcionalidad como mecanismo de control de la constitucionalidad de las prohibiciones penales. A su juicio, la aplicación del test de proporcionalidad implica la adopción de posiciones extrajurídicas en el análisis; de modo que, en consecuencia, el defecto de la proporcionalidad para desarrollar dicha función consiste en que

...al aplicar este principio, nos estemos alejando de la mera interpretación para entrar en el ámbito de la creación de Derecho —del «desarrollo» de la constitución. Función que no debe corresponderle en ningún caso al control de constitucionalidad de las leyes, sino que es más propia del Poder Legislativo —o, en su caso, de la praxis ordinaria de interpretación y aplicación del Derecho<sup>786</sup>.

La crítica formulada por PAREDES CASTAÑÓN contiene, a mi juicio, elementos verdaderos, pero la conclusión a que arriba no es necesariamente cierta. Es efectivo que la aplicación del test de proporcionalidad requiere del intérprete que este adopte posiciones sobre puntos que no están decididos por la norma, porque, si lo estuvieran, la proporcionalidad sería innecesaria, como ocurre, por ejemplo, con la prohibición absoluta de la tortura o de la esclavitud. En estos dos extremos, no hay mucho por decidir sobre eventuales excepciones a tales prohibiciones, básicamente, porque ellas no están permitidas. Pero fuera de esos ámbitos específicos, son muchas las cuestiones que ofrecen, al menos, dos posibles interpretaciones. Por eso, el conflicto de derechos fundamentales es, entre otras cosas, un problema jurídico.

Pero planteada de esta forma la crítica, ella no se enfoca, en realidad, a la proporcionalidad, sino a la técnica usada por los textos normativos para describir los derechos fundamentales, a la «indeterminación que caracteriza al lenguaje constitucional»<sup>787</sup>. En otras palabras, que ya sea que se recurra o no a la proporcionalidad, el problema sigue siendo el mismo: determinar la forma en que un conflicto de derechos debe resolverse; y ello requiere que, en un caso concreto, se le dé preeminencia al contenido de uno de tales derechos conflictuados, sacrificando el del otro en competencia. Por otro lado, no solo la aplicación de la proporcionalidad va a generar una nueva norma dentro del sistema. Supóngase que el legislador ha decidido sancionar con pena de muerte los supuestos complejos de robo con violencia causando homicidio (y que no existe la disposición del artículo 15 CE que la abolió); y que la jurisdicción constitucional rechaza analizar la proporcionalidad de este nuevo tipo penal, para evitar arrogarse una facultad normativa de la que tiene conciencia que carece. Planteada así la situación, se esquivaría incurrir en el defecto que PAREDES CASTAÑÓN denuncia respecto de la proporcionalidad, pero no evitaría la creación de una nueva norma jurídica, que no es solo aquella que impone la pena de muerte decidida por el legislador, sino otra adicional, que consiste en

---

<sup>786</sup> PAREDES CASTAÑÓN (2013, p. 239). La crítica ha sido formulada también por HABERMAS (1996, pp. 256-261).

<sup>787</sup> LOPERA MESA (2011, p. 114).

la admisibilidad jurídica de la pena de muerte. Es cierto que ambas nuevas normas han sido producidas por el legislador y no por la magistratura constitucional; pero la fuente de producción de esas dos nuevas normas (el legislador) no es suficiente para legitimarlas por sí sola. Por el contrario, si la magistratura constitucional decidiera declarar esas normas como desproporcionadas y, por ende, inconstitucionales, se produciría el efecto descrito por el autor: esa magistratura habría producido la norma «la pena de muerte es inadmisibile constitucionalmente». ¿Cuál de los dos escenarios es preferible? Me atrevo a decir que es preferible aquel en el que la pena de muerte está proscrita.

Podría contra argumentarse que la evaluación sobre los escenarios cambiaría si, en vez de usarse a la pena de muerte como ejemplo, se recurriera a otro menos neutro. Como sería el caso hipotético, en el que, aplicando el test de proporcionalidad, la magistratura constitucional decidiera que solo las interacciones sexuales consentidas entre personas de distinto sexo son admisibles constitucionalmente por ser las únicas compatibles con un diseño natural de la sexualidad, de modo que aquellas entre personas del mismo sexo carecen de protección constitucional (por ser antinatural). En este segundo ejemplo, la crítica de PAREDES CASTAÑÓN cobra indudablemente especial relevancia. Pero su análisis atento debería llevar a la conclusión que, en este caso, el problema no está radicado en el test de proporcionalidad, en cuya operación los jueces se vieron influenciados por convicciones sobre moral sexual incompatibles con el pluralismo axiológico. El problema en este supuesto está radicado en los jueces mismos, y no en la proporcionalidad. Como advierte KENNEDY, «el movimiento de derechos humanos fetichiza al juez como alguien que funciona como un instrumento de la ley más que como un actor político»<sup>788</sup>; y es precisamente esta constatación la que debe llevar a evaluar la proporcionalidad en su real dimensión, despojándola de problemas o déficits que no le pertenecen o no le son atribuibles. En este sentido, tanto la proporcionalidad, como el entero sistema democrático, requiere de jueces en los que confiar; si desconfiamos de los jueces, el problema no es de la proporcionalidad, sino de la necesidad de, alguna manera, refundar la jurisdicción.

Finalmente, una constatación empírica puede oponerse a la objeción de PAREDES CASTAÑÓN. Los jueces creadores de normas es una cuestión antigua, que solo ha sido disimulada por las características de cultura jurídica de los sistemas continentales, pero no por ello, inexistente. De hecho, por ejemplo, el TEDH ha efectuado una intensa producción normativa cuando ha derivado nuevas aplicaciones a los derechos previstos en el CEDH e, incluso, ha derivado nuevos derechos<sup>789</sup>.

La revisión jurisdiccional de la actividad legislativa del Parlamento, que es propio de un modelo de supremacía constitucional, genera la denominada paradoja<sup>790</sup>, dilema o «dificultad contra-mayoritaria»<sup>791</sup> que significa que cuando la justicia constitucional

---

788 KENNEDY (2004, p. 22).

789 Al respecto, ver CROQUET (2011, pp. 315-ss).

790 BEATTY (2004, p. 227).

791 Sobre los orígenes del fenómeno y de su etiqueta, ROBERTSON (2018, pp. 189-190). Plantean el problema al tratar sobre la proporcionalidad, pero sin adoptar una postura propia, CANCIO MELIÁ y PÉREZ

«declara inconstitucional un acto legislativo o la acción de un ejecutivo elegido, frustra la voluntad de los representantes del pueblo actual, del aquí y ahora; ejerce control, no en representación de la mayoría prevaleciente, sino contra ella»<sup>792</sup>. El problema, en este caso, es que la jurisdicción que puede controlar la actividad legislativa carece de los fundamentos de representatividad (por elección) y consenso que caracterizan al Parlamento y, por tanto, ella carece del control democrático del voto. Desde la perspectiva de la tesis del realismo jurídico, es esperable que este poder de bloqueo de las decisiones legislativas atribuido a un tribunal superior o constitucional se interprete como una fuente de decisiones que representativas de intereses de clase u otros tipos de sesgos sociales<sup>793</sup>.

Sin embargo, la proporcionalidad no significa negar la esencia democrática del Parlamento, sino que, por el contrario, implica un complemento de sus criterios de legitimidad. Así como se ha descrito la función del TEDH como un supervisor de cómo los parlamentos nacionales usan el margen de apreciación<sup>794</sup>, así también puede describirse la que desarrollan las jurisdicciones constitucionales nacionales. El complemento de la legitimidad significa que la injerencia sobre un derecho fundamental decidida en forma representativa y consensuada por el Parlamento es, además, proporcional. ALEXY vincula la solución del dilema contra-mayoritario con la idea de democracia deliberativa, es decir, aquel modelo en el que tan importante es la toma de decisiones por representantes electos, como también la deliberación, es decir, la argumentación. De esta forma, el pueblo se encuentra doblemente representado, pero de maneras diferentes. En el Parlamento, la representación es volitiva (en el sentido de decisionista, el *querer* del pueblo) y argumentativa (que tiende a la corrección o adecuación); mientras que, en la justicia constitucional, la representación es esencialmente argumentativa<sup>795</sup>. Si se pretende negar valor a la decisión razonada de la justicia constitucional, lo más probable es que el problema no sea del criterio de proporcionalidad, sino que la dificultad se encuentra radicada en la propia justicia constitucional. Es decir, o es que se desconfía a tal punto de la judicatura, que se cree imposible confiarle ese atributo de representatividad argumentativa; o los desacuerdos sobre cuestiones básicas que inciden en niveles bajos de democracia real, impiden legitimar la justicia constitucional. La desconfianza hacia los jueces pareciera ser un elemento estructural de la cultura jurídica continental que, históricamente –como se analizó antes– reforzó la necesidad de la legalidad penal. Es cierto que los desacuerdos fundamentales pueden conducir a decisiones de la justicia constitucional que no sean capaces de persuadir a un colectivo importante de la comunidad; pero en este escenario, con o sin proporcionalidad, los desacuerdos se producirán de todos modos. Un tipo de desacuerdo relevante en esta materia es, por ejemplo, la adecuada renovación general de la judicatura, sobre todo en un momento posterior al término de una dictadura, como es el caso español. En otras palabras, si la judicatura no ha sido

---

MANZANO (2019, pp. 81-82).

792 BICKEL (1986, pp. 16-17).

793 ROBERTSON (2018, p. 191).

794 SWETT y MATHEWS (2008, p. 151).

795 ALEXY (ALEXY, 2005, 2015, 2019).

renovada, y los jueces adeptos al anterior régimen o a sus ideales no han sido renovados, no es un problema atribuible a la proporcionalidad, sino a la incapacidad de solidificar la democracia a través de un cuerpo judicial que se identifique con esos nuevos valores.

Si el test de proporcionalidad resulta útil incluso en los conflictos entre ciudadanos particulares entre ellos<sup>796</sup>, con mayor razón puede oponerse a cualquier actividad del Estado, ya sea una acción legislativa, administrativa o judicial. En otras palabras, que la validez de cualquier decisión estatal que restrinja derechos estará subordinada al cumplimiento del criterio de proporcionalidad. En consecuencia, por ejemplo, tanto la determinación que hace la ley de la naturaleza y extensión de la pena, como la individualización que hace el tribunal de ella para imponerla a una persona condenada, deben cumplir con este estándar. El enfoque de esta investigación es, en cambio, diferente porque se dirige a un problema distinto: el control de la decisión de legislador de describir una determinada conducta como delito o de la determinación de una pena. Es decir, el objeto de análisis es el control por la jurisdicción constitucional de las decisiones de política criminal primaria que adopta el legislador. Este enfoque se torna innecesario si se parte de una posición de absoluta deferencia al legislador. Pero si el respeto inicial a sus decisiones para determinar su validez se complementa con la necesidad de observar la vigencia de los derechos fundamentales, se elimina cualquier obstáculo para que esas decisiones de política criminal primaria puedan ser objeto del control de proporcionalidad.

Finalmente, se puede argumentar que, en la lógica de la revolución de los derechos humanos, se pretende que el Ordenamiento jurídico en su conjunto tienda a la vigencia y promoción de los derechos fundamentales, de modo que el Derecho Penal no puede ser una excepción. En ese cometido propio de la ideología de los derechos humanos, la Constitución tiene eficacia normativa, de modo que, como lo expone BACIGALUPO ZAPATER, la incorporación de los derechos fundamentales «está lejos de constituir una opción metodológica libre del legislador o del intérprete de la ley»<sup>797</sup>, imponiéndose, en consecuencia, una «interpretación del derecho ordinario conforme a la Constitución», es decir, mientras ello sea posible, las normas se deben entender sin contradecir la Constitución»<sup>798</sup>, a lo que podría agregarse que, junto con la interpretación, también está la propia construcción del Ordenamiento jurídico.

## 25. Los componentes del test de proporcionalidad

Siguiendo el modelo teórico propuesto por BARAK –según ya se indicó<sup>799</sup>– el test de proporcionalidad se compone de cuatro componentes: (a) el fin adecuado<sup>800</sup>; (b) la

---

796 SCHLINK (2012, pp. 296-297).

797 BACIGALUPO ZAPATER (1999, p. 104)

798 BACIGALUPO ZAPATER (1999, p. 104 (el destacado es del autor)).

799 Ver *Supra* §24.1.

800 Sobre la exigencia de un fin adecuado como elemento del test de proporcionalidad no hay consenso. No lo consideran como un componente autónomo, por ejemplo, AGUADO CORREA (1999, p. 147); MIR PUIG (2005, p. 15); DE LA MATA BARRANCO (2007b, p. 139); BERNAL PULIDO (2014, pp. 875-ss). Estos autores

conexión racional; (c) la necesidad; y (d) la ponderación.

## 26. El componente del fin adecuado

El primer componente del test de proporcionalidad es el *fin adecuado*. Este opera sobre la base de que la prohibición penal y la pena tienen, cada una de ellas, una finalidad, es decir, un motivo para la injerencia sobre un derecho fundamental. El fin adecuado «establece una línea divisoria clara entre las consideraciones que pueden justificar las restricciones de los derechos humanos y las consideraciones que no pueden justificar tales restricciones»<sup>801</sup>. Este componente no es solo descriptivo, es decir, que se satisfaga solo con la constatación de la existencia de una finalidad para la injerencia. Por el contrario, tiene un componente axiológico, toda vez que un fin, junto con existir, debe ser *adecuado*; y solo puede considerarse tal, si él se deriva o se relaciona con un fin democrático<sup>802</sup> amparado en forma expresa o tácita en las normas constitucionales. Es decir, «si el fin que el Parlamento pretende fomentar puede ser considerado legítimo desde el punto de vista constitucional»<sup>803</sup>.

En esta investigación, las preguntas de *para qué* la prohibición penal y *para qué* la pena adquieren, cada una de ellas, autonomía conceptual y representan, respectivamente, la finalidad de la norma que fundamenta la pena y la finalidad de la pena. Ello, en atención a que tanto la prohibición penal como la pena deben cumplir, separadamente, el estándar de proporcionalidad, ya que cada una de ellas constituye, por sí misma, una injerencia cuya legitimidad debe analizarse.

El análisis que efectuaré de los componentes de la juridicidad proporcional considerará solo a la prohibición penal. Esta decisión se fundamenta en que otros trabajos disponibles en el medio están centrados en el análisis de la proporcionalidad de la pena, mientras que la prohibición penal no ha sido objeto de la misma atención por parte de la dogmática.

La determinación del fin de la prohibición penal no es una tarea sencilla.

En primer lugar, porque desde la estructuración conceptual del moderno Derecho Penal la dogmática penal y la filosofía del Derecho han prestado especial atención a la pregunta sobre los fines de la pena, pero no a la de los fines de la prohibición penal<sup>804</sup>. Esto ha llevado a que el fin de la pena asuma un rol general de justificación del Derecho Penal<sup>805</sup>, como puede leerse, por ejemplo, en ZUGALDÍA ESPINAR, para quien la legi-

---

incluyen el fin adecuado o constitucionalmente legítimo como parte integrante del segundo integrante componente, esto es, el de conexión racional.

801 BARAK (2017, p. 280).

802 BARAK (2017, pp. 277-278).

803 BERNAL PULIDO (2014, p. 876).

804 La distinción es puesta de relieve por SILVA SÁNCHEZ (1992, p. 180), para quien «la compleja cuestión de la legitimación del Derecho penal no puede abordarse satisfactoriamente tomando como único punto de partida el de las «teorías de la pena»».

805 LANDROVE DÍAZ (1992, p. 96).

timación de la pena estatal constituye la legitimación «del Derecho Penal mismo»<sup>806</sup>. Sobre el particular, se han intentado un conjunto extenso de posibles explicaciones legitimadoras de la pena. En forma menos difundida, en todo caso, la pregunta por la justificación de la prohibición penal misma también ha intentado contestarse y, de ahí, derivan las posiciones de preservación de la convivencia pacífica por medio del control social, de la protección de bienes jurídicos o de preservación de la eficacia normativa del Derecho. Esta pluralidad de respuestas podría plantear una dificultad para la operación del eslabón del fin adecuado en el test de proporcionalidad. Lo anterior, porque el test de proporcionalidad se aplica a una norma penal específica para determinar la compatibilidad de esa norma con los presupuestos constitucionales que admiten la injerencia sobre un derecho fundamental. Luego, esa norma concreta debería tener un fin específico que –podría sostenerse– puede ser distinto de los fines del Derecho Penal en su conjunto. En ese escenario, entonces, el interrogante que surge es cómo se relaciona el fin de la norma específica con los fines del Derecho Penal. La respuesta a esta cuestión creo que se encuentra en la estructura que ha propuesto HERNÁNDEZ MARÍN. En esta, el Derecho es el conjunto de enunciados jurídicos, de modo que cada norma jurídica en particular es un componente de ese conjunto<sup>807</sup>. Sobre la base de esta estructura se puede afirmar que tanto el conjunto «Derecho Penal» como una norma penal específica pueden tener sus fines propios; y el conjunto y su componente, deben cumplir con la exigencia de proporcionalidad, ya que sería constitucionalmente inadmisibles que alguno de ellos, o ambos, no satisficiera tal exigencia. Luego, entonces, es relevante, en primer lugar, el fin del Derecho Penal en su conjunto; y, luego, lo será también el fin de las normas en particular que pretenden ser incorporadas al conjunto. Cuando el fin de la norma en particular (por ejemplo, una ley de reforma al Código Penal) sea compatible con el fin del Derecho Penal en su conjunto, el examen de la primera no será especialmente complejo y no debería ir más allá de dilucidar tal fin. Sin embargo, cuando el fin de una norma específica sea distinto del fin del Derecho Penal como conjunto, debería operarse con todo rigor el baremo del fin adecuado del test de proporcionalidad.

Una segunda dificultad que surge de la anterior se relaciona con una inquietud analítica básica que plantea GARLAND<sup>808</sup> y que puede expresarse de la siguiente forma: los conceptos y estructuras de imputación que conforman la ciencia del Derecho Penal subjetivo gozan de una larga tradición que las ha transformado en una especie de dogma del que se deriva su inevitabilidad y, respecto de las que se presume su corrección teórica y su legitimidad jurídico-política<sup>809</sup>. Este fuerte apoyo «nos induce a analizar las políticas penales conforme al marco institucional vigente, en vez de cuestionarlas»<sup>810</sup>. Si se traslada esta posición analítica de autoconservación al ámbito del análisis del fin adecuado

---

806 ZUGALDÍA ESPINAR (ZUGALDÍA ESPINAR, 1993, 2019).

807 MARÍN HERNÁNDEZ (1992, p. 88).

808 GARLAND (1999, pp. 17-ss).

809 Esta posición del sujeto estudiante frente al objeto estudiado es la que se expresa en la tesis de la admisibilidad por el tipo de conducta prohibida anteriormente analizada (Ver *Supra* §17.1).

810 GARLAND (1999, p. 17).

en el test de proporcionalidad, uno debería asumir la tarea de determinar si es necesario cuestionar las explicaciones sobre la pena y la prohibición penal; es decir, preguntarse si son esas tesis sobre los fines de la pena y del Derecho Penal «fines» en los términos en los que la proporcionalidad los comprende. En otras palabras, si la retribución o la protección de bienes jurídicos, por ejemplo, se corresponden o no con el concepto de fin adecuado con el que opera la proporcionalidad, expresado en este particular eslabón de su test (el del fin adecuado). O, en realidad, el concepto de «fin adecuado» obedece a unas finalidades diferentes.

De lo anterior, entonces, se derivan dos cuestiones fundamentales. La primera, si existe alguna vinculación o dependencia entre el fin de la prohibición penal y el de la pena o si, por el, contrario, son autónomos. La segunda, precisar el concepto de fin adecuado como eslabón del test de proporcionalidad y determinar si los fines del Derecho Penal y de la pena históricamente acuñados encajan o no en el primero.

### **26.1. El fin de la prohibición es autónomo del de la pena**

Un segundo problema es determinar si el fin es unitario tanto para la prohibición penal como para la pena o, en cambio, cada uno de ellas tiene un fin diferenciado. Si es diferente, debe determinarse si existe o no alguna relación entre el fin de la prohibición penal y el de la pena; y, en caso afirmativo, cuál es esa relación.

El punto de partida para resolver este aspecto consiste en la diferencia normativa entre la prohibición penal y la pena, ya que cada una de ellas corresponde a un tipo específico de norma jurídica. Como su nombre lo indica, la prohibición emana de una norma prohibitiva, es decir, de una norma de conducta, mientras que la pena emana de un tipo diferente de norma, una norma de sanción. Esta diferencia me parece fundamental porque ella determina que, siendo normas de una naturaleza diferente, cada una de ellas debería tener, en consecuencia, no solo formas distintas de operar, sino también fines diferenciados. Si la restricción de derechos por la prohibición penal y por la pena emanan de tipos diferentes de normas, entonces, ellas representan injerencias diferenciadas<sup>811</sup>.

LOPERA MESA, aunque distingue conceptualmente entre la prohibición penal y la pena en términos de la necesidad de sus justificaciones porque representan injerencias diferenciadas<sup>812</sup>, las vincula unitariamente en términos del fin. A su juicio, la protección de bienes jurídicos es el fin tanto de la norma de conducta como de la de sanción<sup>813</sup>.

La interdependencia de los fines de la prohibición y de la pena aparece como una tesis atractiva, sobre todo en cuanto permite diferenciar la prohibición *penal* de otras prohibiciones presentes en otros órdenes normativos.

Tal como se analizó antes<sup>814</sup>, en tanto restricción de derechos, no hay diferencia, por ejemplo, entre la prohibición de hurtar y la prohibición de disponer libremente de los

---

811 LOPERA MESA (2006, pp. 278-279).

812 LOPERA MESA (2006, pp. 278-279).

813 LOPERA MESA (2006, p. 333)

814 Ver *Supra* §23.4.

bienes por medio del testamento. En ambos casos, existe una restricción de comportamientos amparados, en principio, por la libertad de actuación (hurtar y disponer testamentariamente de los bienes sin restricciones, respectivamente). La prohibición penal de hurtar se diferenciaría radicalmente de la restricción de libre disposición testamentaria de los bienes, si se considera la consecuencia jurídica prevista para la infracción de ellas: la pena penal para la primera, y la nulidad o la reforma del testamento, para la segunda. La diferencia entre ambas prohibiciones se tornaría esencial, toda vez que la primera autorizaría a una restricción de la libertad por la pena, y en la segunda, la consecuencia es tan solo la privación de los efectos jurídicos de la disposición testamentaria que infringió la prohibición. En esta línea de argumentación, la pena le confiere a la prohibición penal una nota característica que la permite distinguirla de cualquiera otra prohibición no penal prevista en el Ordenamiento jurídico, con referencia a un criterio normativo representado por la restricción de derechos.

Sin embargo, estimo que la profundidad de esa diferenciación es solo aparente; y no es necesaria para distinguir la prohibición penal de otro tipo de prohibiciones previstas en el Ordenamiento jurídico. En efecto, es aparente porque, aunque la pena autoriza a restringir derechos, los efectos de otras consecuencias distintas de ella (como la privación de efectos jurídicos a actos jurídicos, las multas, las prohibiciones de funcionamiento, etc.) pueden llegar a tener efectos tan indeseados en el caso concreto, como el que puede producir el encierro en virtud de una pena privativa de libertad. Por ejemplo, que la ley no le dé eficacia jurídica a la voluntad del testador que haya decidido preterir a un heredero forzoso por no ser de su agrado y haya querido, en cambio, beneficiar a un tercero que sí cuenta con su plena simpatía.

Sin embargo, otro argumento de diferenciación consiste en la propia naturaleza de la prohibición penal, en atención a la consideración social que tiene el Derecho Penal. La valoración común, en la esfera del profano, distingue perfectamente una prohibición penal de otro tipo de prohibiciones. Esta diferenciación se expresa en una muy diferente carga valorativa entre infringir una norma penal o quebrantar otro tipo de normas, asociada a un fuerte desvaloración social de la transgresión de prohibiciones penales. No es lo mismo incumplir un contrato que ser un delincuente, no solo por la naturaleza y gravedad de las eventuales consecuencias de cada uno de esos comportamientos, sino por el estigma y la desvaloración social que conlleva el quebrantamiento de prohibiciones penales. Es cierto que esa distinción común y el estigma de la persecución penal implican un nivel de contradicción del derecho a la presunción de inocencia; pero también es cierto que este último derecho tiene un sentido esencialmente normativo<sup>815</sup>. De esta

---

815 Del derecho a la presunción de inocencia emanan tanto expectativas negativas como positivas, según sea el momento en el que actúa. Es, por un lado, un derecho de carácter general por cuanto protege a todas las personas del sistema de persecución penal, conteniendo, en este aspecto, una expectativa negativa frente a las intromisiones del Estado investigador y juzgador. La inocencia opera como garantía de todos los demás derechos frente al sistema de persecución penal. En otras palabras, que, conforme a este derecho, nadie está en la posición de tener que tolerar intromisiones del Estado-investigador, por cuanto la situación por defecto es la inocencia de todos (FERRAJOLI, 2016, p. 549).

Pero, a la vez, también asegura expectativas positivas ahora a las personas que adquieren la calidad de im-

forma, la necesidad de diferenciación de una prohibición penal de otro tipo de prohibiciones se satisface a sí misma, sin necesidad de recurrir a la pena para ello. Por esa razón, adhiero a la autonomía entre la prohibición penal y la pena para efectos de analizar, separadamente, su legitimidad en términos del cumplimiento de cada una del estándar de proporcionalidad.

Un último argumento de apoyo a la tesis de la autonomía de la prohibición penal y de la pena viene desde el ámbito de la teoría de la norma. De acuerdo con esta, la prohibición penal y la pena derivan de dos tipos distintas de normas jurídicas: la primaria y la secundaria, respectivamente. Asumiendo esta estructura teórica, se confirma, entonces, la autonomía, toda vez que ambas normas tienen una estructura deóntica diferenciada, lo que obliga a someterlas individualmente una de la otra al test de proporcionalidad.

## 26.2. El fin adecuado de la prohibición penal

¿Cuál es el fin de la norma que emana del tipo penal de homicidio que prohíbe matar a otra persona y, en general, cuál es el fin de una prohibición penal? ¿Se identifica el fin relevante para el test de proporcionalidad con los fines generales del Derecho Penal? Estas son las preguntas, a mi juicio, básicas que informan el análisis del fin adecuado en el test de proporcionalidad.

Una primera cuestión necesaria de destacar es que la juridicidad proporcional exige que la prohibición penal tenga una finalidad, es decir, que la injerencia lo sea para alcanzar un estado o una situación a la que se pretende llegar. Si la injerencia proyectada por el legislador carece de ese fin, de acuerdo con la juridicidad proporcional, tal restricción de derechos carece de toda posibilidad de ser considerada legítima y, por tanto, constitucional. Adicionalmente, el fin debe ser adecuado, lo que significa que el fin debe tener amparo constitucional.

De la exigencia de un fin se derivan consecuencias importantes tanto para la construcción del sistema jurídico penal, como para su comprensión e interpretación. En efecto, la exigencia de un fin determina un carácter esencialmente utilitarista de la prohibición penal, ya que, *prima facie*, ella solo podrá considerarse legítima en la medida que se oriente a la consecución de un fin; *a contrario sensu*, obliga a descartar modelos teóricos que asignen a la prohibición penal una justificación inmanente, como ocurriría, en principio, con las teorías retribucionistas de justificación de la pena. Esta orientación teleológica de la prohibición penal se logra a través de las funciones, es decir, de las estrategias seguidas para llegar al fin.

Para exponer adecuadamente el problema, me parece necesario partir haciendo la distinción entre fines y funciones del Derecho Penal.

Un fin es, en general, un estado o la situación a la que se quiere llegar. La lógica de la economía de los mínimos que adoptó la revolución burguesa tiene una expresión

---

putados, razón por la que también opera dentro del sistema de persecución penal. En este momento, el derecho a la presunción de inocencia actúa como un principio informador, como una regla de trato procesal, como una regla probatoria y como una regla de juicio (FERRER BELTRÁN, 2010, *pássim*).

concreta: la minimización o reducción de la violencia, ya sea particular (la operada entre personas) o la estatal (la operada desde el Estado hacia las personas)<sup>816</sup>. GARDNER, que parte de la premisa que «el espíritu del Derecho Penal está [...] fundamentalmente en continuidad con el espíritu de la venganza»<sup>817</sup>, denomina a la reducción de la violencia «función de desplazamiento», «un pilar central de la justificación del Derecho penal»<sup>818</sup>. Un análisis adecuado del Derecho Penal no puede dejar de perder de vista que este surgió como una estrategia para limitar el ánimo de venganza, constituyendo un repositorio sofisticado de prácticas sociales para desplazar y remover la tentación de represaliar a quienes nos producen daño. Sobre esta base, en conclusión, estimo que el fin general del Derecho Penal es, precisamente, la reducción de esa violencia derivada de los conflictos que obligadamente, por la propia naturaleza humana, se van a producir entre las personas y entre estas y el Estado. El Derecho Penal forma es una de esas sofisticadas prácticas sociales de control de la violencia y del sentimiento de venganza, de modo que ese es, entonces, su fin último.

Pero este fin no puede comprenderse, ni puede construirse un concepto tangible de él, sin referencia a las estrategias necesarias para la consecución de ese fin. Me refiero, en este caso, a la función del Derecho Penal. Esta, en general, consiste en la administración de las expresiones de violencia que están permanentemente presentes en la sociedad a través de expresiones formales e informales. Como el fin de Derecho Penal es la minimización de la violencia privada y estatal, la administración de ella, como función, lo es respecto de ambas formas de violencia.

La función de minimización de la violencia se ejecuta privando a los particulares del uso de la violencia, en general; y regulando supuestos excepcionales que autorizan su utilización, como ocurre con la legítima defensa y el estado de necesidad. Pero también se desempeña monopolizando su utilización y regulando los supuestos y procedimientos de uso de esa violencia por parte del Estado hacia los ciudadanos<sup>819</sup>. Una comunidad en la que el uso de la violencia no esté sujeta a restricciones y se utilice como forma normal de resolución de conflictos, entrega pocas posibilidades de garantizar un ejercicio efectivo de los derechos fundamentales, porque en esa organización los más fuertes estarían en condiciones de imponer sus propias expectativas sacrificando las de los más débiles<sup>820</sup>. De ahí, entonces, que la vinculación del Derecho Penal con los derechos fundamentales es sustancial; lo que falta aún por completar de desarrollar es la forma en la que esa vinculación se expresa.

La fuente próxima de la violencia es el conflicto, entendido este como una discrepan-

---

816 SILVA SÁNCHEZ (1992, pp. 181-ss; 211-ss). En un sentido similar, LANDROVE DÍAZ (1992, p. 95), para quien «es misión del Derecho Penal garantizar la pacífica convivencia entre los ciudadanos».

817 GARDNER (1998, p. 31).

818 GARDNER (1998, p. 33).

819 FERRAJOLI (2016, p. 466) sostiene que los principios de necesidad y de lesividad son los criterios que permiten que «las prohibiciones, al igual que las penas, pueden ser configuradas como instrumentos de minimización de la violencia y de tutela de los más débiles contra los ataques arbitrarios de los más fuertes» (p. 466).

820 Los derechos fundamentales como las leyes de los más débiles, en FERRAJOLI (2004a, p. 76); en particular, sobre el Derecho Penal como la ley del más débil, ÍDEM (1995, pp. 39-40).

cia entre la satisfacción de intereses relacionados, que se presenta en un grado absoluto, en el sentido que la satisfacción de un interés (de cualquier tipo) significa el sacrificio de otro interés con el que entra en conflicto. Los intereses en juego pueden ser de distinto tipo, y pueden ser de aquellos protegidos o no por el Derecho, de naturaleza física o biológica, pueden operar frente al comportamiento de otros u operados por hechos de la naturaleza. Así, cuando el deudor se enfrenta a la disyuntiva de si usar sus recursos para financiar sus vacaciones o hacer pago efectivo de sus obligaciones, un conflicto surgirá cuando decida por lo primero, en perjuicio de su acreedor. Lo mismo sucede cuando, en el difundido ejemplo de error de tipo del cazador en el bosque que dispara a lo que cree que es un oso, pero en realidad se trataba de otro cazador, la acción de percutir la escopeta desencadena un conflicto.

Por esta razón, la función de administración de la violencia puede expresarse, en términos sintéticos, como la administración del conflicto. De esta forma, la administración del conflicto (función) tiende a la minimización de la violencia (fin).

Esta función general del Derecho puede explicarse por medio de tres subfunciones: (a) selección de conflictos, (b) prevención de conflictos y (c) motivación de respeto a intereses ajenos.

Antes de entrar al análisis de las subfunciones antes anotadas, es preciso dejar algunas ideas sentadas sobre el calificante del fin: su carácter adecuado. Existe un cierto consenso sobre que un fin es *adecuado* en la medida que ese fin tenga un amparo constitucional. Esta formulación se reduce a una formulación negativa, pero más sencilla: un fin será adecuado en la medida en que no esté *definitivamente* prohibido por la Constitución, ya sea en forma expresa o tácita<sup>821</sup>.

Las prohibiciones constitucionales expresas, por esa misma condición, no son particularmente interesantes de analizar. Ellas son relativamente escasas dentro de los textos constitucionales y, como ejemplo paradigmático de ellas, se puede citar la prohibición absoluta de la tortura. Por consiguiente, una prohibición penal de no utilizar la tortura como método de investigación (del tipo «el funcionario policial que no utilice la tortura como método de interrogatorio» o «el funcionario que no acate la instrucción de su superior, aun cuando ella incluya el uso de la tortura») no tiene posibilidad alguna, *ceteris paribus*, de llegar a ser considerada una norma penal proporcional. Las prohibiciones tácitas, en cambio, otorgan un mayor espacio de análisis. Estas corresponden a aquellas prohibiciones que pueden derivarse interpretativamente de disposiciones positivas del texto constitucional, como aquella que obliga a los órganos estatales a otorgar igual protección a las personas. De esta norma positiva se deriva una prohibición de prever tratos diferenciados que no tengan como objetivo el conseguir la igualdad material entre las personas, es decir, una discriminación arbitraria.

En el otro extremo de las prohibiciones (expresas o tácitas) se encuentran las obligaciones de penalización que, al igual que en el caso de las prohibiciones, pueden ser

---

821 BERNAL PULIDO (2014, pp. 881, 888-889).

expresas<sup>822</sup> o tácitas<sup>823</sup>. En el caso de las obligaciones de penalizar, el fin y su adecuación se hacen evidente por el propio Constituyente, de modo que no queda cuestionar la concurrencia de este primer componente del test de proporcionalidad. Ello no significa, en todo caso, que la decisión de penalizar que, en concreto, adopte el legislador, no quede exento del control que representan los otros componentes del señalado test.

### 26.2.1. Subfunción de selección de conflictos

La primera subfunción, esto es, la *selección de conflictos*, supone una distinción de los conflictos en varios tipos, en atención a criterios materiales de diferenciación, que se concreta en que solo algunos de ellos serán relevantes para el Derecho Penal. Hay, al menos, dos aspectos importantes de la subfunción de selección. El primero, la *acción* de selección; el segundo, la *operación* de la selección.

#### 26.2.1.1. Acción de selección

La subfunción de selección consiste en una acción estatal que se concreta en la decisión de penalizar un determinado comportamiento; es decir, en la decisión político criminal de prohibir penalmente. Esta acción de selección significa que el Derecho Penal opera solo sobre una parte específica de la realidad que él mismo declara relevante, prescindiendo del resto de los elementos de esa realidad sobre la que opera. Para ejemplificar, podría decirse que la acción de selección significa, gráficamente, recortar la realidad y coger de ella solo una parte. Luego, la decisión sobre el lugar por el que se «recorta», es decir, cuál sección de la realidad es relevante, es una decisión altamente valorativa y compleja, que le da forma específica a un sistema penal.

El mencionado «recorte» es una acción esencial para el juicio de proporcionalidad, ya que el primer requisito lógico es que la selección sea de manera tal que, por sí misma, entregue información suficiente para identificar el fin perseguido por la prohibición penal. En otras palabras, que la identificación del fin de la prohibición penal, para luego determinar si él es adecuado en el test de proporcionalidad, es una tarea con la que la propia prohibición penal debe aportar, entregando información relevante. De esta forma, en el test de proporcionalidad, la subfunción de selección impone la necesidad de una definición cualitativa de la prohibición penal.

En el ámbito de la legalidad penal, la exigencia de determinación significa que la prohibición penal solo puede establecerse válidamente en una ley. De esta premisa se derivan, al menos dos consecuencias directas e inmediatas: (a) que es necesaria la existencia de una ley en sentido formal (*lex scripta*); y (b) que dicha ley determine el conte-

---

822 Sobre obligaciones expresas contenidas en la CE, ver *Supra* nota al pie n° 659.

823 Uno de los mejores ejemplos de deber tácito de penalizar es el que fue declarado por el Tribunal Constitucional alemán en la primera sentencia sobre la despenalización del aborto (*BVerfGE* de 25 de febrero de 1975). Al respecto, ver KAYSER (2000, pp. 151-152).

nido de dicha prohibición (*lex certa*). Ambas originan el mandato de determinación<sup>824</sup>. El establecimiento de una prohibición indeterminada (del tipo «se prohíbe penalmente ejecutar conductas dañosas a terceros», como el ejemplo de BELING antes reseñado<sup>825</sup>) cumpliría solo parcialmente con la legalidad penal; y, a su vez, implicaría por el legislador un ejercicio imperfecto de su competencia atribuida. Lo anterior, porque con una prohibición como la del ejemplo, ella tendría que terminar de ser construida por el tribunal, al que le correspondería definir si un determinado daño encuadra o no dentro de la prohibición indeterminadamente construida por el legislador. Lo mismo puede decirse para prohibiciones que remitan a la potestad reglamentaria el contenido completo o parcial de aquellas.

Por eso, la *determinación* como característica de la ley penal, de clara derivación ilustrada<sup>826</sup>, atiende tanto a su tangibilidad (la prohibición debe constar en una ley) como a su contenido (definición de los contornos de la prohibición). Luego, si fuera de esos dos presupuestos la prohibición penal deja de ser válida, entonces la escrituración de la ley y su certeza son condiciones esenciales de la legalidad penal en tanto *nullum crimen nulla poena sine lege*<sup>827</sup>. A partir de la premisa la *lex scripta* se reduce el catálogo de fuentes del derecho relevantes para el Derecho Penal a solo la ley en sentido formal (proscribiendo como tales al derecho consuetudinario, a las sentencias judiciales y a las normas reglamentarias)<sup>828</sup>; y la *lex certa* obliga a la definición completa de la prohibición penal, ya que –como lo advierte HASSEMER– «a medida que las leyes van perdiendo nitidez, se hacen mayores los espacios de actuación de los aplicadores»<sup>829</sup>. Surge, de esta forma, el mandato de determinación<sup>830</sup>.

---

824 A nivel de nomenclatura, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (2019, p. 96) denominan a la exigencia de determinación como principio de taxatividad o mandato de certeza. En esta tesis, he optado por mantener ambos conceptos separados: el mandato de determinación encarna las exigencias de *lex scripta* y *certa*, mientras que el mandato de taxatividad, el de *lex stricta*, del que se deriva la prohibición de la analogía.

825 Ver *Supra*, pág. 306 y nota al pie n° 699.

826 CASTRONUOVO (2012, p. 3).

827 El mandato de determinación ha sido caracterizado como la «*conditio sine qua non* de la garantía político-criminal en su conjunto [...] y expresa la] renuncia del Estado a la realización integral de las necesidades político-criminales o de defensa social para anteponer a ellas el respeto riguroso de la libertad individual» (GARCÍA ALBERO, 2008, p. 58). A juicio de este autor, la determinación de la ley penal es la que permite la adecuada actuación de todas las demás garantías limitativas de la potestad punitiva.

828 En este sentido, por ejemplo, BAUMANN (1973, p. 23): «La fuente principal del derecho penal criminal alemán es el código penal de 1871»; ETCHEBERRY (1999, p. 75): «El hecho de que la ley sea la única fuente de derecho penal se conoce generalmente con el nombre de <principio de la reserva o legalidad>, y constituye la piedra angular de todo el sistema jurídico-penal»; GARRIDO MONTT (2001, p. 88): «Por mandato de la Constitución Política sólo por ley pueden describirse las conductas prohibidas e imponerles sanciones penales, se consagra así el principio de legalidad que alza a la ley como la primera y directa fuente del derecho penal»; ARROYO ZAPATERO (1983, pp. 13, 20): «Solamente la ley es la instancia normativa legitimada para establecer la punibilidad de conductas y las penas correspondientes (Reserva de ley). De esta reserva se deriva la exclusión en materia penal de otras fuentes de Derecho, distintas de la ley formal: disposiciones administrativas y normas consuetudinarias»; VIVES ANTÓN (2011, p. 730). También, FIERRO (2003, p. 96).

829 HASSEMER (1996, p. 147).

830 Del mandato de determinación se derivan varias consecuencias: (a) prohibición de la delegación

Además de la necesidad de su fundamentación política<sup>831</sup>, es preciso mencionar, en todo caso, que este mandato de determinación en la legalidad penal tiene un sentido formal, por cuanto este no proporciona información sobre contenidos o márgenes jurídicamente lícitos o ilícitos de la prohibición penal; por el contrario, cualquiera que sea la prohibición penal, el mandato de determinación solo indica que dicha prohibición debe constar en una ley formal y que ella debe estar claramente delimitada en esa ley. En otras palabras, que el mandato de determinación sirve para evaluar si la referencia por la ley a un <aeroplano> o a un <vehículo autopropulsado> cumple o no con el estándar; pero no sirve para evaluar si es justo (o constitucional) que la ley regule o no los aeroplanos<sup>832 - 833</sup>.

de la definición de la norma prohibitiva y de la pena a las administraciones como, por ejemplo, a través del mecanismo previsto en el artículo 82 CE o a través de leyes penales en blanco que requirieran el ejercicio de la potestad reglamentaria del artículo 97 CE para el complemento de los tipos penales; (b) ausencia de titularidad de la potestad punitiva en parlamentos autonómicos; (c) prohibición de prever tipos penales o penas abiertas o indeterminadas y de la utilización de cláusulas generales, de modo que deba ser el tribunal el que complete la descripción de la conducta cuando deba resolver un caso en concreto o determine en absoluto la pena; y (d) una limitación de la función jurisdiccional que se concreta en la prohibición para ella de crear tipos penales por vía de interpretación o integración del Derecho. Si, en síntesis, la legalidad penal «exige [...] que el legislador penal no deje en manos del poder ejecutivo o del judicial la decisión sobre los límites de la criminalidad» (SERRANO ALBERCA, 2001, p. 580), la exigencia de *lex stricta* de la que se deriva la genérica prohibición de la analogía es, en estricto rigor, una derivación del mandato de determinación y, por tanto, es una derivación directa de la legalidad penal (En sentido similar, HASSEMER (1996, p. 151); VIGANÒ (2016a, p. 6)).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido un cierto margen en materia de leyes penales en blanco. De acuerdo con el criterio jurisprudencial asentado, el reenvío normativo a normas no penales propio es aceptable cuando se reúnen los siguientes requisitos:

a) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; b) que la norma penal, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; y c) que se satisfaga la exigencia de certeza, es decir, que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada (STS 643/2019, FJ 10º; ver en esta misma la referencia a sentencias anteriores en las que se conformó el criterio jurisprudencial). En el mismo sentido, la jurisprudencia del TCe (Ver SsTCe 127/1990, FJ 3º; 118/1992, FJ 2º; 111/1993, FJ 6º; 372/1993, FJ 5º; 53/1994, FJ 4º; 62/1994, FJ 3º; 24/1996, FJ 3º; 120/1998, FJ 5º; 34/2005, FJ 3º); 283/2006, FJ 8º; y 101/2012, FJ 3º).

831 La fundamentación del mandato de determinación sobre la base de argumentos de naturaleza política es necesaria en la medida que, por regla general, los textos positivos no lo reconocen de forma expresa. Una excepción está constituida, como se ha dicho, por el modelo constitucional chileno que requiere que la conducta que se sanciona esté «expresamente» descrita en la ley (artículo 19 N° 3, inciso final)

832 La mención al <aeroplano> y al <vehículo autopropulsado> se refieren a la conocida explicación del Juez Holmes de la US Supreme Court, en *McBoyle v. U.S.*:

Aunque no es probable que un criminal considerará cuidadosamente el texto de la ley antes de asesinar o robar, es razonable que se le dé una advertencia justa, en un lenguaje que el mundo común entienda, de lo que la ley pretende hacer si se pasa una determinada línea. Para que la advertencia sea justa, en la medida de lo posible, la línea debe ser clara. Cuando una regla de conducta se establece en palabras que evocan en la mente común solo la imagen de vehículos que se mueven en tierra, la ley no debe extenderse a los aviones, simplemente porque nos parezca que se aplica una política similar, o sobre la especulación de que, si la legislatura lo hubiera pensado, muy probablemente se habrían usado palabras más amplias.

833 Una aplicación de esta idea es la que puede observarse en alguna jurisprudencia del TS. Este ha de-

En la juridicidad proporcional, en cambio, la definición de la injerencia tiene un encaje completamente diferente. Aquí, la exigencia consiste en una condición que permita la operación del test de proporcionalidad, ya que es la propia definición de la injerencia la que debe proporcionar la información suficiente para la determinación del fin de la norma penal. En otras palabras, que una injerencia insuficientemente determinada impedirá descubrir cuál es su fin; al no existir información sobre el fin, este no podrá ser identificado; y, al no poder identificársele, debe concluirse que la injerencia carece de fin. Luego, al carecer de fin, la injerencia no podrá ser considerada proporcional y, por tanto, será constitucionalmente inadmisibile. Así, determinar cuál es el fin de la prohibición de matar a otro es una tarea mucho más sencilla que determinar el fin de una prohibición penal de «dañar a otros». La indeterminación cualitativa de una prohibición penal puede ser de tal magnitud que impida al intérprete, en el marco del test de proporcionalidad, determinar el fin de esa norma que fundamenta la pena. En ese caso, la norma penal debe declararse desproporcionada y, en consecuencia, inconstitucional.

Como en la juridicidad proporcional la acción de selección tiene sentido en la medida que ella contribuye a determinar el fin de la injerencia, su primera derivación lógica es que tal injerencia debe ser descrita con relación a comportamientos, es decir, entidades fácticas. Lo anterior, porque la injerencia es una restricción del supuesto de hecho de un derecho (como «no matar» o «encierro por cuatro años») y, como es lógico, esa restricción debe ser de comportamientos que queden comprendidos dentro de ese supuesto de hecho. En consecuencia, no pueden ser objeto de la injerencia construcciones valorativas, aunque estas sean formuladas sobre descripciones iniciales de hechos.

Un aspecto relevante para el adecuado desenvolvimiento de la subfunción selección en el marco de la juridicidad proporcional es la simplicidad de las normas jurídicas que corresponde, en parte, a lo que la doctrina denomina «economía legislativa»<sup>834</sup>. WI-

---

clarado que

[l]a redacción impuesta por la L.O. 8/1983 [al delito de estafa], convirtiendo el engaño en el elemento nuclear de la estafa y perfeccionando la redacción del tipo de acuerdo con las exigencias del principio de legalidad, convirtió en imposible la subsunción en el mencionado precepto de cualquier comportamiento fraudulento en que no se hubiese utilizado como medio comisivo el engaño, entre otros y muy principalmente, los actos de administración fraudulenta (STS 4271/2005, FJ 5º).

Con esto, el TS declaró que la reforma al texto del artículo 528 CPe 1973 había introducido un elemento de determinación mayor que la redacción anterior a la modificación por lo que un conjunto de conductas dejó de poder ser subsumibles en dicha descripción.

834 En este sentido, OSSANDÓN WIDOW (2009, pp. 303-ss). La pretensión de economía legislativa implica que «[t]oda regulación jurídica debe expresarse del modo más breve y posible [... que] obliga a un esfuerzo de síntesis que permita gozar de una normativa breve y concisa». A juicio de esta autora, la economía legislativa también incluye cuestiones como la necesidad de la norma penal, así como la intensidad y extensión de la regulación; y en virtud de esta economía, deberían evitarse las enumeraciones taxativas, las cláusulas de remisión inversa, las definiciones y el recurso a las leyes penales especiales. Por el contrario, tender a la economía legislativa implica la verificación permanente de los efectos de la ley evitando la derogación fáctica o desuetudo de esta, una mayor normativización de los términos y estructuras típicas, el uso de elementos valorativos y cláusulas generales, de elementos especiales de antijuricidad y remisiones internas a otras leyes disponibles dentro del ordenamiento jurídico.

Planteadas de esta forma, la economía legislativa se relaciona directamente con la juridicidad proporcional.

LLIAMS considera que este aspecto no ha tenido la atención dogmática que merece; la simplificación del entramado de normas en que consta el Derecho Penal es caracterizada por el autor como un elemento que tiende a una adecuada predictibilidad de la reacción penal del Estado por parte del sujeto<sup>835</sup>.

Normas simples y relaciones sistemáticas entre ellas bien establecidas permiten al intérprete de la norma reconocer su finalidad y contribuyen, de paso, a realizar otra de las subfunciones del Derecho Penal: la de motivación.

Un buen ejemplo del alejamiento de la simplicidad es la «regulación abigarrada y casuística»<sup>836</sup> del CPe sobre los delitos de homicidio y asesinato, creando para ellos un sistema «enormemente complejo»<sup>837</sup>. Incorporado por la reforma de la L.O. 1/2015, su técnica ha sido denunciada dogmáticamente como «uno de los característicos ejemplos de falta de altura técnica por parte de los redactores y responsables del proyecto»<sup>838</sup>; da lugar a una pluralidad de regímenes penológicos para ambos delitos en los artículos 138 a 140 CPe de enorme complejidad<sup>839</sup>.

Otro ámbito que puede resultar especialmente ilustrativo de la trascendencia de las exigencias de simplicidad y claridad es la regulación de las agresiones y abusos sexuales y de la violación. Sobre la base del caso conocido mediáticamente como *La Manada*, surge la duda sobre el nivel de asertividad y eficacia de la descripción típica de violación del artículo 179 CPe en la redacción en vigor conferida por la L.O. 15/2003. Las razones del desconcierto dogmático y social producido por el contenido de la SAP Navarra 86/2018, en parte corregido por vía de casación por la STS 2200/2019, pueden ser ordenadas en dos grupos. El primero de ellos consiste en la influencia que el sesgo machista de los jueces de la AP Navarra tuvo en la valoración de la prueba y en la interpretación de los tipos penales en discusión<sup>840</sup>. El segundo grupo de razones del desconcierto es atribuible al legislador. Consiste en una no del todo afortunada selección de las conductas prohibidas que hacen producir dudas sobre el fin de las prohibiciones que emanan de los tipos penales de abuso sexual y de violación. Además de una dudosa completitud de

---

Ello ocurre, especialmente, con el examen de la necesidad justificatoria de la prohibición penal y con su nivel de rigurosidad. Ambos elementos forman parte esencial del test de proporcionalidad y, por tanto, se encuentran en un nivel de mucha mayor profundidad que la mera técnica legislativa.

835 WILLIAMS (1961, p. 582).

836 PEÑARANDA RAMOS (2017, p. 14).

837 PANTALEÓN DÍAZ y SOBEJANO NIETO (2014, p. 215).

838 ÁLVAREZ GARCÍA y VENTURA PÜSCHEL (2015, p. 316).

839 Una exposición de esos problemas, en ALONSO ÁLAMO (2015, *pássim*); ÁLVAREZ GARCÍA y VENTURA PÜSCHEL (2015, p. 316); MORALES PRATS (2017, pp. 961-965; 984-988); PEÑARANDA RAMOS (2017, *pássim*); MARTOS NÚÑEZ (2017, pp. 88-95). Entre los varios problemas pueden destacarse la yuxtaposición del contenido de algunas circunstancias configuradoras del tipo penal de asesinato con el de ciertas circunstancias hipercualificantes de la pena aplicable a dicho delito de las previstas en el artículo 140.1 CPe; la incierta determinación de los presupuestos de aplicación de la causal de cualificación penológica del artículo 140.2 CPe; y, en general, la justificación del régimen penal hipercualificado tanto del homicidio como del asesinato en virtud de las circunstancias previstas en el artículo 140.1 CPe.

840 Al respecto, ver las duras y justificadas críticas a la SAP Navarra 86/2018 dictada en el caso «manada de Pamplona» en ACALE SÁNCHEZ y FARALDO CABANA (2018, pp. 13-26).

la definición de la agresión sexual<sup>841</sup>. Las deficiencias de las que, a mi juicio adolece la ley penal, consisten, en este caso, en construir el sistema de los delitos sexuales<sup>842</sup> sobre la base de dos elementos típicos («violencia» e «intimidación») cuyos significados no son unívocos, defecto que se hace más patente en el caso de la intimidación. Y, como ha ocurrido en el caso juzgado en la STS 2200/2019, el asunto es sensible: la presencia de intimidación o violencia en la penetración o en la introducción de miembros corporales u objetos en el cuerpo de otra persona conduce a su calificación en virtud de la figura de violación propia del artículo 179 CPe, mientras que la ausencia de violencia o intimidación, a la figura de abuso sexual del artículo 181.4 CPe, con importantes diferencias penológicas entre una y otra opción. Una adecuada selección de los comportamientos a ser prohibidos puede pasar por incorporar como elemento del tipo no la intimidación o la violencia por sí mismas, sino la utilización dolosa por el sujeto activo de un estado fáctico objetivamente violento o intimidatorio para la realización de la conducta de atentado sexual. Tal estado puede ser preexistente o coetáneo y ser directamente creado por el sujeto activo, por un tercero o por un hecho no atribuible a alguien, como un evento de la naturaleza. Los hechos enjuiciados en el caso mencionado dan cuenta de un estado intimidatorio («...lugar recóndito y angosto descrito, con una sola salida, rodeada por cinco varones, de edades muy superiores y fuerte complexión, conseguida conforme a lo pretendido y deseado por los procesados y querida por estos...»), como lo describe la propia sentencia<sup>843</sup>). Cualquier observador imparcial puede concluir, en un examen *ex ante*, que ese contexto es objetivamente intimidatorio. La selección de la conducta prohibida en base a un estado intimidatorio permitiría concluir con mayor facilidad que el fin de la injerencia en la libertad del sujeto se relaciona directamente con la libre elección en materia de interacciones sexuales<sup>844</sup>.

#### 26.2.1.2. Operación de selección

El Derecho Penal opera solo sobre un tipo específico de conflicto, que corresponderá a los conflictos que son relevantes para ese orden normativo. La distinción entre los conflictos está determinada por la naturaleza material de cada uno de ellos. Así, aunque no pagar una deuda y disparar por error a otro cazador en el bosque son conflictos, es

---

841 El artículo 178 CPe define a la agresión sexual como «atentar contra la libertad sexual de otra persona»; mientras que el artículo 181 describe los abusos sexuales como la «realización de actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona». En ambos casos, no existe una definición de lo que debe entenderse por dicho atentado, ni tampoco una descripción de lo que deba considerarse «libertad o indemnidad sexuales».

842 Una revisión de la estructura legal de los delitos sexuales en el CPe, en RAMON RIBAS (2018, pp. 133-138).

843 Que fueron fijados por la SAP Navarra 38/2018 (FJ 10º).

844 Como por exigencias del pluralismo axiológico democrático también es necesario preservar la licitud de interacciones sexuales que pueden verificarse en contextos intimidatorios o violentos, pero consentidos (el caso de las prácticas sadomasoquistas sería el ejemplo paradigmático), el consentimiento debería actuar como causal de atipicidad o de justificación. Este elemento negativo, que podría ser expreso, podría acreditarse judicialmente por hechos anteriores o a través de la propia declaración de la víctima.

posible ver entre ellos diferencias materiales, determinadas por sus propias naturalezas. Luego, el legislador toma decisiones sobre la base de esas diferencias materiales: partiendo de ellas, el legislador decide cuál de los conflictos existentes serán relevantes para el Derecho Penal y cuáles no. Cuando el legislador decide producir una prohibición penal por medio de la incorporación al Ordenamiento jurídico de una nueva norma que fundamenta la pena, está decidiendo que el conflicto específico que subyace a esa prohibición es relevante para el Derecho Penal. Por el contrario, cuando el legislador decide despenalizar una conducta prohibida, decide restituírle al conflicto subyacente su carácter de irrelevante para el Derecho Penal.

Los conflictos sobre los que opera la selección pueden describirse con relación a tres binomios de sujetos: (i) de un particular a otro particular, que se autoexplica, (ii) la violencia de un particular en contra del Estado, o más específicamente, contra sus instituciones y (iii) la violencia del Estado en contra de un particular, esto es, por el uso de la fuerza estatal, ya sea dentro o fuera de los supuestos autorizados. Al orden de los sujetos dentro de los binomios (ii) y (iii) no se aplica la propiedad conmutativa, porque cada uno de ellos describe un esquema específico de los conflictos que caben dentro de cada uno. Los conflictos que subyacen a los delitos de homicidio y de lesiones, pertenecen, por antonomasia, al binomio (i), ya que tales prohibiciones penales se definen por el legislador como la causación de la muerte de otro ser humano o la producción de una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental de otro. El matar al Rey o a otros de los sujetos indicados en el artículo 485 del CPe, en cambio, se referiría a un conflicto del binomio (ii); y lo mismo puede decirse para la prohibición penal de alzamiento violento y público para declarar la independencia de una parte del territorio nacional, en los términos del artículo 472.5 CPe. Finalmente, dan cuenta de conflictos que calzan con el binomio (iii) los delitos de infidelidad en la custodia de documentos del artículo 413 CPe, el de cohecho del artículo 419 del mismo cuerpo legal o el de torturas de su artículo 174. Que a una determinada prohibición penal subyazca un conflicto que calce en alguno de los binomios antes descritos no es condición suficiente para afirmar que ella cumple con el criterio de fin adecuado en el test de proporcionalidad. Pero la ausencia de un conflicto de esa naturaleza sí entrega información sobre el incumplimiento del señalado test. Así, por ejemplo, la prohibición penal de la relación sexual consentida entre dos personas adultas del mismo sexo sería siempre desproporcionada, por cuanto a dicho comportamiento no subyace un conflicto; luego, al no haber conflicto, no hay violencia posible que minimizar, de modo que, con relación a ese comportamiento, el Derecho Penal no tiene fin alguno que desempeñar. En el caso de la rebelión a que antes se hizo referencia, en cambio, como sí hay un conflicto, en principio, el Derecho Penal sí puede desempeñar su fin.

En cada uno de los binomios, la selección opera de forma diferente, especialmente con relación a los intereses sobre los cuales opera la subfunción de motivación que se analizará seguidamente.

La decisión sobre cuál conflicto es relevante para el Derecho Penal, es decir su selección, es un proceso sustancialmente normativo, que ocurre por una decisión que, en

principio, podría definirse como meramente potestativa del legislador. Sin embargo, a la luz de las exigencias de proporcionalidad, la selección sobre los conflictos relevantes para el Derecho Penal determina que su incorrecto ejercicio puede producir como consecuencia la inadmisibilidad constitucional de la prohibición penal. La selección de conflictos no es, en consecuencia, una decisión meramente potestativa porque ella se encuentra delimitada normativamente. La selección debe hacerse con relación al fin del Derecho Penal al que tributa la subfunción de selección, esto es, para la minimización de la violencia, en atención a la propia naturaleza del conflicto. La selección debe hacerse considerando variados criterios (como la gravedad del conflicto) de los que pueda derivarse una prognosis generalizante sobre los niveles de violencia a lo que pueda conducir. Esto significa que, por ejemplo, la constitución en mora del deudor, aun en forma voluntaria por este mismo, no podría considerarse un conflicto relevante para el Derecho Penal, porque, aunque tal conflicto puede causar violencia, su entidad no es de la entidad suficiente para justificar la operación del Derecho Penal.

Entre los varios criterios, además del de gravedad, puede mencionarse la reprochabilidad del conflicto. La subfunción de selección presenta información indiciaria sobre el carácter de reprochabilidad del conflicto para que este pueda ser proporcionalmente seleccionado como conflicto relevante para el Derecho Penal. Entiendo aquí por reprochabilidad lo mismo que, en la teoría del delito se entiende por culpabilidad, esto es, que el conflicto se haya producido por una actuación libre y voluntaria de alguien. La exigencia de reprochabilidad aparece como un criterio relevante porque conflictos producidos por actuaciones involuntarias no son suficientes para justificar una privación de derechos. Tal privación sería, por sí sola, injusta. Pero, además, un criterio fenomenológico, aunque no definitivo, contribuye a reforzar esta conclusión. Este consiste en que los conflictos generados libre y voluntariamente tienen más posibilidad de producir violencia que aquellos que carecen de esa naturaleza.

La concreción específica de los supuestos que dan origen a la selección de los conflictos no pueden ser objeto de una enumeración previa; su desarrollo corresponde al proceso de discusión pública en una sociedad democrática.

### **26.2.2. Subfunción de motivación de respeto**

La segunda subfunción se relaciona con la *motivación* que consiste, primero que todo, en que la prohibición penal contiene un llamamiento: «[a]nunciar a la sociedad que esas acciones [penalmente prohibidas] no deben ser ejecutadas y asegurarse que se realice la menor cantidad de ellas»<sup>845</sup>. Junto con esta función general, el aviso que significa la subfunción de motivación también lo es sobre la necesidad de respetar y preservar ciertos intereses valorados o «necesarios en una sociedad democrática», en los términos del CEDH. Esto significa que la prohibición penal solo puede seleccionar conflictos sobre los que operar, en la medida que ese conflicto implique la afectación de un interés que una sociedad democrática considera digno de respeto; solo si existe dicho interés, la

---

845 HART (2008, p. 6).

subfunción de motivación puede desarrollarse. No se trata de lograr en los ciudadanos una identificación o aprehensión de tales valores a respetar, sino solo que «se abstengan de cometer delitos»<sup>846</sup>. Ese interés puede ser comprendido como un bien jurídico, concepto que en el Derecho Penal tiene una larga tradición, aunque en el contexto de la juridicidad proporcional desempeña una función diferente.

El contenido de la subfunción de motivación de respeto puede derivar a un funcionamiento anormal del Derecho Penal que será analizado más adelante<sup>847</sup>.

Dos son los mayores grupos de intereses dignos de protección: los derechos fundamentales y otros valores o principios constitucionales.

El interés o bien jurídico, cuya protección motiva la prohibición penal, no puede ser identificado con el concepto de derecho fundamental, sino que «parece ser una categoría intermedia entre el derecho individual y el bien colectivo»<sup>848</sup>.

---

846 DÍAZ PITA y FARALDO-CABANA (2002, p. 126).

847 Ver *Infra* §30.2.

848 BERNAL PULIDO (2006, p. 894). Este autor estima que el bien jurídico comparte con derecho individual que ambos pueden ser distribuidos entre individuos, pero los diferencia el hecho de que la titularidad del bien jurídico puede otorgarse a quienes aun no son sujetos de derecho concreto, citando el ejemplo del *nasciturus* respecto de quien, sin ser una persona en sentido normativo (sujeto de derecho), se protege la vida del que está por nacer.

Además de la diferenciación propuesta por BERNAL PULIDO, estimo que también contribuye a reforzar esa misma conclusión el que los supuestos de hecho que quedan comprendidos dentro de un derecho fundamental y de un bien jurídico pueden ser diferenciados, aunque ambos se relacionen con la misma parcela de la realidad sobre la que operan. Un buen ejemplo es lo que ocurre con el supuesto de hecho de la vida como derecho fundamental y como bien jurídico penal. En los términos en los que se encuentra delimitado por el artículo 15 CE, el derecho fundamental a la vida protege todo el período que media entre el nacimiento y la muerte «real» (MUÑOZ CONDE, 2019, pp. 28-29), entendida esta última como la cesación definitiva de los procesos fisiológicos que integran la vida. Sin embargo, el supuesto de hecho protegido por la vida como bien jurídico penal es distinto, de menor extensión que en el caso de la vida como derecho fundamental (CARBONELL MATEU, 2019, pp. 43-44). La conducta típica de matar a otro en el homicidio ha adquirido un sentido esencialmente normativo a la luz de las regulaciones sobre trasplantes de órganos. En efecto, el R.D. 1723/2012 define la muerte como el «cese irreversible de las funciones circulatoria y respiratoria» (asistolia) o el «cese irreversible de las funciones encefálicas» (muerte encefálica) (artículo 9). Esta distinción es relevante para la interpretación del supuesto de hecho del bien jurídico penal vida, de la que pueden obtenerse varias conclusiones: (a) que el delito de homicidio (y sus formas agravadas) se consuma cuando se produzca la muerte, si en el caso concreto, coinciden temporalmente la asistolia y la encefálica; (b) si no coinciden temporalmente, la causación de la muerte encefálica produce la consumación del homicidio; y (c) que la causación de la asistolia (muerte biológica) de una persona encefálicamente muerta es tentativa inidónea de homicidio. En síntesis, que la protección de la vida como bien jurídico protegido se extiende solo hasta que se produzca la muerte biológica o encefálica, según cual de ellas se produzca primero; producida una de ellas, deja de existir protección penal de la vida. Sobre la base de disposiciones legales de similar contenido, en la dogmática chilena esta interpretación ha sido sostenida por MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN (2021a, p. 42). CARBONELL MATEU (2019, p. 45) se refiere a la distinción entre estos dos tipos de muertes, pero desde la perspectiva de la autorización legal para la extracción de órganos para trasplante, sin adoptar una posición sobre algún posible efecto penal de ella. MUÑOZ CONDE (2019, p. 29), por su parte, advierte que los criterios de distinción entre la muerte biológica y la encefálica «se establecen a efectos de poder realizar el trasplante de un órgano vital (corazón, hígado, pulmón) del ya declarado muerto a una persona viva», de lo que podría derivarse una eventual postura negativa hacia los efectos antes expuestos de la distinción. Aunque el ámbito de aplicación del R.D. 1723/2012 efectivamente es el trasplante de órganos, omitir sus regulaciones en la interpretación del supuesto de hecho de la vida como bien jurídico penal, es contra-

Esta bipartición conceptual es relevante para el desarrollo de la subfunción de motivación y en la que adquiere importancia la distinción de los binomios del conflicto de acuerdo con sus sujetos (*i.* particular-particular / *ii.* particular-Estado / *iii.* Estado-particular). La relevancia de la distinción entre derechos y valores o principios consiste en que a cada uno de esos binomios subyace un catálogo diferente de intereses a proteger. Los conflictos que lesionan o amenazan lesionar derechos fundamentales solo puede presentarse, por su propia definición, en los binomios (i) y (iii). El Estado no es titular de derechos fundamentales, de modo que en el conflicto que responde al esquema «*ii.* particular-Estado» nunca podrá observarse el daño o peligro a un derecho fundamental. En este esquema solo podrá presentarse la fórmula de protección de otros intereses protegidos y que sean coherentes con el sistema constitucional.

Tanto el esquema de los derechos fundamentales como de los valores con fundamento constitucional como el de intereses cuya protección motiva la prohibición penal, presentan sus propios problemas que serán analizados en los apartados siguientes.

#### *26.2.2.1. Los derechos fundamentales*

La tesis fundamental de este apartado consiste en que la intención de proteger derechos fundamentales a través del Derecho Penal (y más específicamente, por medio de una prohibición penal) no configura por sí sola, y en forma automática, un fin adecuado en los términos del test de proporcionalidad. En este caso, la limitación de un derecho para promover el respeto de otro derecho es, así planteado, un conflicto de derechos<sup>849</sup>. La subfunción de motivación protectora de derechos fundamentales de la prohibición penal puede juzgarse como una iniciativa loable y poseedora de un indesmentible carácter democrático, pero es una posición no exenta de altas dosis de ingenuidad. Sin embargo, la protección penal de los derechos humanos debe evaluarse detenidamente porque, como presupuesto para la acción política o como objetivo de esta, encierra peligros que pueden desembocar en una negación del propio carácter democrático de la sociedad que enarbole esa protección penal sin más.

Los peligros de la protección penal de los derechos humanos como discurso de justificación pueden surgir desde cuatro aspectos que, generalmente, no son tomados como puntos de referencia en los análisis de la dogmática penal.

El primer aspecto que actúa como fuente de peligro consiste en que, en el nivel actual de desarrollo de la ideología de los derechos humanos, esta puede usarse como un discurso legitimador de una intervención penal sin limitaciones. En esta lógica, la protección de los derechos fundamentales justifica cualquier intervención estatal; y si esta se produce en una lógica retribucionista frente a agresiones ya verificadas, el discurso

---

rio a las características de unidad y coherencia del Ordenamiento jurídico. Fuera del ámbito penal, la protección que, en cambio, dispensa el derecho fundamental a la vida, se prolonga después de producida la muerte cerebral, en la medida que aún existan funciones biológicas como la respiratoria y circulatoria.

849 BERNAL PULIDO (2014, p. 895).

puede llegar a legitimar la negación de las garantías propias del Derecho Penal<sup>850</sup>. Como advierte KENNEDY,

[l]os derechos humanos pueden utilizarse, y así se ha hecho, para fortalecer, defender y legitimar una variedad de iniciativas represivas, tanto por parte de individuos como de estados: para legitimar la guerra, defender la pena de muerte, los derechos de las mayorías, la represión religiosa, el acceso al aborto (o su restricción) y más<sup>851</sup>.

El segundo aspecto, vinculado con el anterior y que opera como fuente de peligro, consiste en que la proclamación positiva de un catálogo de derechos fundamentales está destinada a aplicarse en una realidad con la que puede ser incompatible o que no ofrece las condiciones necesarias para la motivación del respeto de tales derechos. En otras palabras, que para la vigencia efectiva de los derechos fundamentales se requiere de un sustrato material, sin el cual, tal vigencia estará limitada. No pretendo sostener que los derechos fundamentales son un <bien> disponible solo para países más desarrollados que estén en condiciones de garantizar a sus ciudadanos tales derechos, mientras que los países más pobres no podrán hacerlo y, en consecuencia, a sus ciudadanos no pueden reconocérseles derechos. Aunque algo de esto es verdad, principalmente si los derechos económicos y sociales se consideran solamente como derechos de prestación, lo que intento decir es que si las decisiones de política criminal se adoptan desde el baremo ideal de lo que dicen los catálogos de derechos (*rights in books*), sin mirar el trasfondo de la realidad en la que esos catálogos se aplican (*rights in action*), la persecución penal está a punto de transformarse en injusta, al proteger los derechos de las víctimas, pero desconociendo que el destinatario de la prohibición penal ha actuado desde una posición *sin derechos*. Este es el problema que subyace, por ejemplo, al enfoque criminalizador del tráfico de drogas o al de la inmigración. En ambos casos, las prohibiciones penales impiden traficar drogas o ingresar ilegalmente al territorio de un Estado; sin embargo, para esas prohibiciones penales la realidad material del día a día de los destinatarios de la prohibición penal es irrelevante. La realidad de los *burreros* (personas que trasladan droga de un lugar a otro) que, a diario, cruzan la frontera altiplánica llevando cocaína desde Bolivia a Chile se hace invisible a los ojos de la persecución penal; la miseria de una persona que lo ha llevado a transportar droga por cien dólares es irrelevante y solo importa, en este caso, la protección de la salud pública (u otros intereses no siempre declarados como el control un mercado altamente rentable) y, con ello, la vigencia de los derechos fundamentales del colectivo, es decir, del resto de los no-burreros. En el caso de los inmigrantes, la lógica es la misma: estamos dispuestos a negar los derechos fundamentales (incluso la vida) a las personas que, huyendo de la miseria, la falta de oportunidades o la guerra, deciden emigrar no regularmente, fundados en la necesidad de evitarnos pro-

---

850 Al respecto, y comentando la *National Security Strategy* adoptada por Estados Unidos de Norteamérica después de los atentados del 11-S/2001, DOUZINAS (2007, p. 4) advierte que «[l]as prácticas de los Estados, que habían sido universalmente condenadas y prácticamente habían desaparecido en Occidente, habían vuelto a ser nuevamente populares. La tortura regresó en campos y prisiones occidentales, más famosamente en la Bahía de Guántamo y en Abu Gharib».

851 KENNEDY (2004, p. 33).

blemas sociales para nuestros ciudadanos. Aun un tercer espacio de ejemplificación: el tratamiento penal del tráfico de personas que opera sobre sujetos (víctimas) que son, en realidad, doblemente víctimas<sup>852</sup>.

De esta forma, la subfunción de motivación del respeto a derechos fundamentales solo puede aplicarse en un campo de juego parejo. Si pretende imponerse ese respeto a derechos ajenos por personas sin derecho, la subfunción de motivación con relación a los derechos fundamentales deja de tener sentido justificador y pasa a ser un instrumento de protección de los más favorecidos, respetando sus privilegios y atribuyendo los costes de ese respeto a quienes no estamos en condiciones de otorgar derechos. En este esquema, es decir, motivar el respeto en un campo inclinado en perjuicio de los destinatarios de la prohibición penal, la subfunción de motivación deja de responder al fin del Derecho Penal que es la minimización del conflicto; y pasa a operar justamente en el sentido contrario, esto es, como fuente de nuevos conflictos. En otras palabras, que la contribución de la subfunción de motivación al fin de minimización del conflicto es directamente proporcional a la igualdad en derechos, de modo que, a menor nivel de igualdad la prohibición penal tiende a perder su fin adecuado y, por ende, tiende a ser menos proporcional; en una situación hipotética de desigualdad absoluta, el Derecho Penal no puede pretender ser proporcional por carecer de fin adecuado, aun cuando se le intente justificar en la protección de derechos fundamentales; en ese estado hipotético, el Derecho Penal queda reducido exclusivamente a un instrumento de represión por la fuerza.

El tercer aspecto problemático se relaciona con la capacidad real de la ideología de los derechos humanos para garantizar el cumplimiento de sus compromisos, ya que «la revolución de los derechos humanos ha proporcionado una garantía simbólica del valor y la dignidad de las personas, al tiempo que ha tenido una importancia práctica limitada»<sup>853</sup>. Es evidente que la ideología de los derechos humanos requiere aun avances sustanciales en término de garantías materiales, y en ese aspecto, el discurso corre siempre el riesgo de ser atacado sobre la base de acusaciones sobre su falta de eficacia o su imposibilidad de moldear la realidad.

Finalmente, el cuarto aspecto problemático de la protección de los derechos fundamentales consiste en que el discurso de los derechos humanos puede ser capturado por determinadas ideologías. De hecho, tal discurso es producido desde una cosmovisión euro centrista, surge a propósito de una experiencia europea (el Nazismo<sup>854</sup>) y se expande

---

852 Sobre los problemas que representa el delito de trata de personas con relación a la ideología de los derechos humanos, hago más las observaciones formuladas por NELKEN (2012, pp. 633-ss).

853 LIPPMAN (2008, p. 535).

854 MUTUA (2002, p. 16) agrega un elemento de análisis especialmente relevante al respecto. Llama la atención el autor sobre el hecho que el colonialismo europeo, las políticas de esclavitud y los genocidios asociados a las anteriores, no hayan producido un movimiento como el de los derechos humanos. Por el contrario, fue un evento ocurrido en territorio europeo (las atrocidades del Nacionalsocialismo), con un actor blanco y europeo (Adolf Hitler encarnando el mal) y víctimas, también blancas y europeas (los judíos víctimas de la política de exterminio), el que tuvo la capacidad de producir ese discurso. La observación de MUTUA cobra sentido si se comparan las magnitudes, extensiones territoriales y duraciones de los genocidios europeos en América y África

(o se impone) por el mundo como un intento de civilizar a la Humanidad y de protegerla del Comunismo. Es decir, que la ideología de los derechos humanos, y sus discursos, tiene en sí misma un origen ideológico. El problema es explicado por KENNEDY en los términos siguientes:

La reciente adopción de los derechos humanos por parte de las instituciones financieras internacionales puede servir para ambas funciones: fortalecer a los estados que necesitarán aplicar duras políticas de ajuste estructural mientras se apropian de la resistencia local e internacional a las duras políticas económicas y otorgan un velo de inevitabilidad universal / racional a políticas económicas que son producto de luchas y cálculos políticos mucho más estrechos<sup>855</sup>.

Aunque logre desprenderse de su origen y orientación euro centrista –y ya sea que su surgimiento se haya producido al término de la Segunda Guerra Mundial o en un momento posterior<sup>856</sup>– lo cierto es que, si se concreta esta vulnerabilidad de la ideología de los derechos humanos, es decir, si ella es captada, la protección de los derechos fundamentales por el Derecho Penal deja de actuar como instrumento de minimización de la violencia y pasa, en realidad, a ser un elemento de protección de esa ideología con pretensiones de hegemonía. En caso de esa captación, surge la contradicción de que «medidas pretendidamente enfocadas en la protección de intereses indiscutidamente importantes pueden, de hecho, imponer un sistema parroquial de valores políticos y morales a sociedades para las que esos valores son extraños. Los derechos humanos son vehículos de «imperialismo moral»<sup>857</sup>. En este caso, el resultado es que la prohibición penal deja de tener un fin adecuado y, por ende, deja de ser proporcional.

#### 26.2.2.2. *Los otros valores*

La subfunción de motivación no solo se refiere al respeto de derechos fundamentales; también puede referirse a otros bienes valorados, porque tanto estos como los derechos fundamentales aparecen como necesarios para el funcionamiento de una sociedad. En este sentido, la injerencia sobre un derecho fundamental por medio de la prohibición penal puede ser igualmente legítima, si lo que se intenta es motivar la protección de derechos fundamentales, como de otros valores o principios constitucionales<sup>858</sup>. Desde una posición amplia como la aquí adoptada se pueden evitar problemas en la construcción del Derecho Penal. Entre ellos, que una posición restringida (solo puede ser un fin adecuado la motivación de protección de derechos fundamentales) confiere dosis extremadamente altas de rigidez al Ordenamiento penal, toda vez que una injerencia por medio de una prohibición penal solo podría referirse a los derechos fundamentales. Asimismo,

---

(incluso, parte de Asia) con el genocidio Nazi.

855 KENNEDY (2004, pp. 33-34).

856 MOYN (2011, *pássim*).

857 BEITZ (2009, p. 203).

858 En este sentido, BERNAL PULIDO (2014, pp. 879-ss).

transformaría al Derecho Penal en un sistema estático incapaz de evolucionar: un nuevo delito para la motivación de un nuevo interés requeriría de una reforma constitucional que incluyera ese nuevo interés dentro del catálogo de derechos de la Constitución.

Con relación a los otros valores distintos de los derechos fundamentales, el fin adecuado en el test de proporcionalidad requiere la precisión de algunos aspectos. Tales se vinculan a la relación que debe existir entre tales valores cuyo respeto el Derecho Penal puede motivar y la Constitución y de qué forma la Constitución puede o debe prever esos valores.

No es posible enunciar *numerus clausus* los valores cuya motivación de respeto por el Derecho Penal puede constituir un fin adecuado en los términos de la proporcionalidad. Solo puede intentarse un esfuerzo por construir un catálogo provisional, atendido el carácter dinámico que debe tener el desarrollo y la aplicación del texto constitucional.

En el caso de la CE, la primera vía para encontrar esos fines está constituida por la parte dogmática de la Constitución y por las propias cláusulas de restricción de derechos.

Sobre la parte dogmática, en un Estado social y democrático de Derecho, la solidaridad es uno de esos valores de los que puede emanar la justificación constitucional de una finalidad que la transforme en adecuada<sup>859</sup>.

En materia de cláusulas específicas, por ejemplo, la eficacia del sistema de persecución penal puede ser un fin adecuado, toda vez que la CE permite restringir la libertad ambulatoria «para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos» investigados como delito (artículo 17.2) y permite restringir la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2). Lo mismo puede decirse de la utilidad pública o del interés social, en virtud de los cuales puede restringirse el derecho de propiedad (artículo 33.3). Si se miran el CEDH y el PIDCP, el abanico se amplía. De acuerdo con estos instrumentos, la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden, la protección de la salud o de la moral o la represión de una revuelta o insurrección, por nombrar algunos, son candidatos para configurar fines adecuados; pero, siempre que su preservación sea necesaria en una sociedad democrática, una fórmula que en el CEDH se reitera a propósito de la regulación de las cláusulas específicas de restricción de derechos, y cuya aplicación con carácter general aparece como más compatible con el sentido de esos instrumentos<sup>860</sup>.

Las cláusulas generales, por su parte, también son fuentes útiles para identificar los fines adecuados. En el caso de la CDFUE, solo pueden ser fines adecuados los «objetivos de interés general reconocidos por la Unión» y la «protección de los derechos y libertades de los demás», según la regla de su artículo 52.1.

Una segunda vía de descubrimiento de fines adecuados es la parte orgánica de la Constitución. En este aspecto, el carácter representativo de las Cortes Generales (artículo 66.1 CE), el rol protector del libre ejercicio de los derechos y libertad asignados a

---

859 BARAK (2010, pp. 3-4).

860 Sobre los valores comprendidos en cláusulas de restricción en el CEDH, ver *Infra* Tabla 10; y en el PIDCP, Tabla 11, ambas en Anexos.

las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado y la dependencia de estos del Gobierno (artículo 104.1), la independencia judicial, la indisoluble unidad de la Nación española (artículo 2) o la forma jurídica del Estado y su forma de gobierno (Monarquía parlamentaria) pueden considerarse fines adecuados.

Más fácil parece ser el establecer una fórmula general de fines inadecuados. Estos serán, desde luego, todos aquellos que, directa o indirectamente, estén prohibidos como fines por la propia Constitución. Estos, en general, son aquellos que tengan como objetivo, directo o indirecto, la negación de derechos fundamentales o la reducción del carácter democrático de la organización política. En este caso, los ejemplos citados previamente<sup>861</sup> de la indisponibilidad del cuerpo por pertenecer este a la estirpe aria o la protección de la sangre y el honor alemanes, son ejemplos especialmente ilustrativos de fines inadecuados.

Los fines colectivos como la preservación del Estado, de su forma jurídica, de su forma de gobierno o su seguridad, mutarán desde un carácter inicialmente adecuado a uno inadecuado, cuando dicha preservación implique la pérdida del carácter democrático. Pero, *a contrario sensu*, ellos no pueden considerarse fines adecuados cuando se pretenda su sustitución por otros modelos posibles de organización igualmente democráticos. En otras palabras, que la preservación del Estado o de sus estructuras jurídicas u organizacionales es un fin adecuado cuando de lo que se trata es de preservar su carácter democrático. Todas las demás configuraciones posibles son sustituibles, si la nueva forma propuesta es también (o más) democrática. Asumida la premisa de que la organización del Estado democrático moderno obedece a un consenso –una especie de pacto social fundamental– debe descartarse la existencia de formas o categorías organizativas inmutables, preexistentes al propio acuerdo social. La tradición histórica no puede tener, en este sentido, más fuerza que la decisión democrática de los ciudadanos sobre cómo organizarse. Lo único que es pétreo, por su propia definición, es el carácter materialmente democrático, cualquiera que fuere la concreta forma de organización.

Lo mismo vale para la protección de la seguridad nacional. Este puede ser un fin adecuado que justifique una injerencia sobre la libertad, en el entendido que lo que se protege es, por ejemplo, la independencia de un Estado que garantiza a sus ciudadanos una organización democrática. Pero la protección de esa seguridad nacional o de esa independencia deja de constituir un fin adecuado, si lo que se protege es la preservación de un Estado autoritario o totalitario.

### 26.2.2.3. *El carácter prospectivo de la subfunción de motivación*

La retroactividad consiste en «la proyección del ámbito temporal de las normas a hechos o conductas previas a su promulgación»<sup>862</sup>. Se trata, en realidad, de un problema de sucesión temporal de normas jurídicas, es decir, de los conflictos que se producen entre el momento de entrada en vigor de una norma y la pérdida de vigencia de otras con

---

861 Ver *Supra* § 24.3.

862 PÉREZ LUÑO (1991a, p. 90).

relación a unos hechos que ocurren en un momento temporal determinado.

Cuando la norma se aplica a un hecho ocurrido antes de su entrada en vigor, ella tiene eficacia retroactiva; cuando la norma se aplica a un hecho ocurrido después de su pérdida de vigencia, eficacia ultractiva. Lo que corresponde analizar ahora es qué relación existe entre la juridicidad proporcional y las eficacias retroactiva y ultractiva. En caso de que exista alguna relación, determinar cuál es ella. Metodológicamente, se hará, en primer lugar, una referencia al problema de acuerdo con el marco conceptual de la legalidad penal porque estimo que él ayuda a comprender mejor el fenómeno.

### 26.2.2.3.1. *La prohibición de eficacia retroactiva en la legalidad penal*

En la lógica de la legalidad penal, la prohibición de eficacia retroactiva de la ley penal (es decir, su obligada irretroactividad; *nullum crimen nulla poena, sine lege parlamentaria praevia*) se considera un «mínimo común denominador»<sup>863</sup> en la tradición continental<sup>864</sup>, que «constituye un requisito básico del principio de legalidad»<sup>865</sup> y «la más característica garantía [del mismo]»<sup>866</sup>. Aunque entre la prohibición de la eficacia retroactiva de la ley penal y la legalidad penal es posible apreciar una cierta relación, es-

---

863 PERRONE (2019, p. 34).

864 El carácter absoluto de la prohibición de eficacia retroactiva presenta, de todos modos, excepciones. A nivel constitucional, tanto Albania como Polonia representan son casos aparentes de excepción a la prohibición de irretroactividad. En el caso de Albania, el artículo 29.1 de su Constitución dispone que «Nadie puede ser acusado o declarado culpable de un delito que no haya estado descrito por la ley al tiempo de su comisión, con la excepción de delitos que, al tiempo de su comisión, constituyeron crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad de acuerdo con el derecho internacional» (traducción propia del inglés del texto disponible en [<https://www.osce.org/albania/41888?download=true>]). En el caso de Polonia, la norma sospechosa está fijada en el artículo 142 de su Constitución (ver *Infra*, Anexos, §37). Los dos casos expuestos son excepciones solo aparentes a la prohibición de irretroactividad porque son, en realidad, excepciones a la exigencia de *lege scripta*, pero no de *iure praevio* porque ambas normas permiten sancionar los delitos mencionados en ellas no en ausencia absoluta de una norma, sino en ausencia de una ley interna escrita, pero requieren, de todos modos, una base jurídica en el Derecho internacional, de acuerdo con las propias fuentes de este en vigor al momento de ejecutarse la conducta. La única excepción real a la prohibición de irretroactividad está en el Ordenamiento jurídico de Letonia. La sección 5.4 de su Código Penal dispone: «Una persona que ha sido imputada de un delito contra la humanidad, un crimen contra la paz, un crimen de guerra o a participado en genocidio, será sancionable independientemente del tiempo en que tal delito se haya cometido». (Traducción propia del inglés del texto disponible en [<https://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/22410>]). En contra, afirmando el carácter de excepción a la prohibición de eficacia retroactiva de los tres casos expuestos, MARINIELLO (2013, pp. 223-224).

865 COBO DEL ROSAL y BOIX REIG (1982, p. 203).

866 CARBONELL MATEU (1999, p. 139). En el mismo sentido, RUIZ ROBLEDO (2003, p. 189); SERRANO ALBERCA (2001, p. 583). A juicio de VAN SCHAACK (2008, p. 121) *NULLA POENA SINE LEGE* («NO CRIME WITHOUT LAW, NO PUNISHMENT WITHOUT LAW»), por ejemplo, la prohibición de retroactividad se encuentra en el centro de la legalidad penal. La máxima latina *nullum crimen nulla poena sine lege* «declara la prohibición *ex post facto* [leyes retroactivas]: esa conducta debe ser criminalizada y las penas determinadas con anterioridad a cualquiera persecución penal». La ubicación asignada por la autora a la prohibición de retroactividad puede estar mediada por su cercanía con el Derecho norteamericano.

timo que ella no se corresponde con una relación de necesidad o de derivación directa<sup>867</sup>. De hecho, su reconocimiento constitucional no se hace a propósito del de la legalidad penal en el artículo 25. 1 CE, sino en una norma diferente: su artículo 9.3<sup>868</sup>.

La prohibición de eficacia retroactiva se concreta en la prohibición de juzgar un hecho en virtud de una ley penal cuya entrada en vigor sea posterior al «momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar»<sup>869</sup>. En otras palabras, que una acción o una omisión queda vinculada a la ley penal en vigor al momento de su ejecución, si esa ley penal existe; si no existe, en cambio, esa conducta queda absolutamente desvinculada de alguna posible ley penal futura. En consecuencia, (a) se protege a la persona de una ley posterior que describa esa conducta u omisión como delito cuando, al momento de su ejecución, no lo era; y (b) se protege a la persona de una ley posterior que prevea un régimen penológico más gravoso que el vigente al momento de ejecución de la conducta. Una tercera posible derivación da origen a un problema distinto: una ley posterior al hecho, pero que disponga o la despenalización de la conducta o un régimen penológico más beneficioso. Aquí, el problema es determinar si esa *lex mitior* tiene o no eficacia retroactiva.

La prohibición de eficacia retroactiva se concibe políticamente como una limitación para la acción de los nuevos detentadores del poder, impidiéndoles que a través del Derecho Penal adopten una actitud revanchista frente a sus anteriores titulares<sup>870</sup>. En tanto protección frente a la arbitrariedad, la irretroactividad, en todo caso, no protege a los poderosos que, mientras detentaron el poder, abusaron de este<sup>871</sup>. Esta idea es la que está en la base de la justificación de la infracción de la prohibición de retroactividad que implicó los juzgamientos de los crímenes de guerra efectuado por tribunales militares a partir de 1945<sup>872</sup> y reiterada por el TEDH<sup>873</sup> y el TS<sup>874</sup>. Desde un punto de vista jurídico, se le vincula estrechamente con la seguridad jurídica expresada en la predictibilidad y previsibilidad<sup>875</sup>.

---

867 Sobre la inexistencia de un vínculo directo o derivativo de la prohibición de retroactividad de la legalidad penal, KREß (2019).

868 Tal regla es desarrollada por el artículo 2 CPe, que recoge expresamente la diferenciación entre leyes que fundamentan la pena y las que le restan fundamento («leyes penales que favorezcan al reo», según la redacción de la señalada disposición legal).

869 Siguiendo el tenor literal del artículo 7 CPe, que prevé la regla básica en materia de vigencia de la ley penal en cuanto al tiempo. Esta regla debe ser completada con los casos especiales en los que dicha ejecución se prolonga en el tiempo o en los que el resultado típico se verifica retardadamente respecto de la acción o la omisión. Al respecto, Cfr. ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC (2019, pp. 146-147).

870 ARNOLD (2000, p. 315)

871 ARNOLD (2000, p. 317).

872 La aplicación retroactiva de la ley penal no es lo que ocurrió en el *caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania* y el *caso K.-H.W. c. Alemania*, juzgados por el TEDH. Estos se relacionan más bien con un cambio jurisprudencial.

873 SsTEDH 34044/96, 35532/97 y 44801/98, caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania y 37201/97, caso K.-H.W. c. Alemania.

874 STS 9099/2007, *caso Scilingo*.

875 Tiene razón GARCÍA AMADO (2016, p. 318, 2018, pp. 178-179) cuando define la seguridad en

Se ha encontrado un fundamento de la prohibición de eficacia retroactiva, sin mayores complicaciones, tanto en las doctrinas del Derecho natural como en las del Derecho positivo<sup>876</sup>. Entre sus antecedentes filosóficos, encuentra algunos tan nobles como el propio HOBBS quien adoptó una posición favorable sobre la irretroactividad, tanto con relación a la definición legal de la conducta, como de la pena<sup>877</sup>.

#### 26.2.2.3.2. *La prohibición de eficacia retroactiva en la juridicidad proporcional*

De todos modos, castigar un hecho para el cual no se preveía pena al momento de su ejecución, o castigarlo con una pena mayor que la vigente en tal tiempo, aparece como injusto y ello me parece evidente. También aparece como injusto, y aun innecesario, prohibir penalmente una conducta después que ella haya sido ejecutada.

La juridicidad proporcional también tiene un carácter prospectivo que, en sus efectos prácticos, coincide con el que promueve la legalidad penal, pero con un fundamento diferente.

La primera cuestión relevante es de carácter práctico. La prohibición penal de una conducta después de su ejecución carece de cualquier posibilidad de eficacia práctica posible porque, aunque suene evidente, la conducta ya se realizó, de modo que no se puede prohibir algo ya ejecutado. En ese caso, solo quedaría imputar una consecuencia jurídica a la realización de una conducta antes de su prohibición formal.

Pero los aspectos decisivos para atribuir a la juridicidad proporcional un sentido

---

términos de una relación de proporción directa con lo que él denomina previsibilidad: «cuanto mayor es el grado de certeza o probabilidad con que podemos calcular de antemano las consecuencias jurídicas de nuestras acciones, en el sentido del contenido de la reacción de las instituciones jurídicas para el caso competentes», mayor es la seguridad.

876 Enfocado en la responsabilidad individual por crímenes de guerra, y aun antes del término de la guerra, KELSEN (1943, p. 544) defendió una tesis naturalista de la retroactividad formal de las normas penales del Derecho internacional:

[la] base [de la irretroactividad] es la idea moral de que no es justo hacer responsable a un individuo por un acto si él, cuando ejecutó la conducta, no conocía o no podía conocer que su acto era ilícito. Sin embargo, si el acto era, al momento de su realización, moral, aunque no legalmente ilícito, una ley que atribuye al acto una sanción *ex post facto* es retroactiva solo desde un punto de vista legal, pero no desde uno moral. Tal ley no es contraria a la idea moral que está en la base del principio en cuestión. Esto es particularmente verdadero de un tratado internacional por el que los individuos son responsables por haber violado el Derecho internacional actuando como órganos de un Estado. Moralmente ellos fueron responsables por la violación del derecho internacional en el momento en el que ejecutaron los actos ilícitos no solo desde un punto de vista moral, sino que también desde uno legal. El tratado solo transforma en legal su responsabilidad moral. El principio que prohíbe las leyes *ex post facto* es –con toda razón– no aplicable como tal a un tratado.

877 Al respecto, el autor de *El Leviatán* escribió que «[n]inguna ley hecha después de realizarse una acción puede hacer de ella un crimen. Porque si la acción era contraria a la ley natural, la ley era anterior al hecho, y una ley positiva no puede ser conocida antes de haberse hecho y, por tanto, no puede ser obligatoria» (HOBBS, 1881, Capítulo XXVII); mientras que, para el carácter prospectivo de la pena, el mismo afirmó que «si hay una pena determinada y prescrita en la propia ley y, tras cometerse el crimen, se aplica una mayor, el exceso no es pena sino un acto de hostilidad. [...] Quien emprende la violación de una ley donde no se determina pena aguarda un castigo indeterminado, esto es, arbitrario» (HOBBS, 1881, Capítulo XXVIII).

prospectivo se relacionan estrechamente con la subfunción de motivación de protección. Esta subfunción solo puede desarrollarse respecto de conductas futuras; nada puede motivarse con relación a conductas ya ejecutadas. En consecuencia, si una prohibición destinada a operar respecto de conductas ya ejecutadas no tiene, por ese solo elemento de sucesión temporal, posibilidad alguna de motivar la protección de algo, la conclusión de que una prohibición de esa naturaleza carece de un fin es evidente. En suma, que una prohibición penal retroactiva carece de cualquier posibilidad de cumplir con el requisito material de la juridicidad proporcional que consiste en tener un fin. Luego, una prohibición penal sin un fin es, por su propia definición, inadmisiblemente constitucionalmente por ser desproporcionada.

Vinculado con lo anterior, aparece también la necesidad del carácter prospectivo de la pena. Atendida la estrecha relación que existe entre la prohibición penal y la pena, donde la primera es el antecedente necesario de la segunda (su *ratio essendi*), no puede preverse una pena para una conducta ejecutada con anterioridad a la existencia formal de la prohibición penal, porque, en este caso, la pena carecería de antecedente, ya que la prohibición con eficacia retroactiva es inadmisiblemente, es decir, ilegítima.

En el caso de la juridicidad proporcional, el carácter prospectivo tiene un fundamento menos complejo que el asignado al mismo efecto por la legalidad penal. En aquella, la sola constatación de la imposibilidad de motivar la protección de un interés hacia el pasado (con relación a conductas ya ejecutadas), hace inadmisiblemente la eficacia retroactiva.

Otro aspecto más complejo consiste en determinar si tal fundamento se extiende o no a los cambios jurisprudenciales. Esto último ocurre cuando, en el juzgamiento de un caso, un tribunal adopta una nueva interpretación de la ley, sin precedentes y perjudicial para el imputado. Se trata de la aplicación de una ley en vigor tanto al momento del hecho como de su juzgamiento, pero con una nueva interpretación de esa norma penal, distinta de la aplicada en casos precedentes, que tiene la aptitud de modificar la decisión del tribunal también con relación a esos casos precedentes. Supone que las decisiones judiciales previas sobre la materia se hayan inclinado más o menos uniformemente por una de esas dos interpretaciones.

La complejidad de este supuesto es que el fenómeno del cambio de interpretación tiene dos posibles sustancias. A diferencia de lo que se produce con la sucesión de normas, en el de la sucesión de interpretaciones puede deberse o a una retroacción propiamente tal (una nueva interpretación se aplica a un hecho ocurrido antes de acuñarse)<sup>878</sup>

---

878 Es lo que ocurrió con lo que la dogmática (CORRECHER MIRA, 2018, pp. 424-ss; GARCÍA AMADO, 2016, *pássim*, 2018, *pássim*; HAVA GARCÍA, 2014, *pássim*; HUERTA TOCILDO, 2016, *pássim*, 2018, *pássim*; LANDA GOROSTIZA, 2012, *pássim*; LAPORTA SAN MIGUEL, 2016, *pássim*; MANZANARES SAMANIEGO, 2006, pp. 874-880; MOLINA FERNÁNDEZ, 2018, *pássim*, 2016, *pássim*; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, 2013b, *pássim*, 2013a, *pássim*; QUERALT JIMÉNEZ, 2016, *pássim*, 2018, *pássim*; RÍOS MARTÍN y RODRÍGUEZ SÁEZ, 2014, *pássim*; RODRÍGUEZ HORCAJO, 2013, *pássim*; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 2014, *pássim*, 2016, *pássim*, 2018, *pássim*; RUIZ MIGUEL, 2016, *pássim*, 2018, *pássim*) y la jurisprudencia (a modo ejemplar, ver SsTS 3338/2011, FJ 1º; 7030/2011, FJ 1º; 8070/2011, FJ 4º; 801/2012, FJ 1º; 4903/2013, FJ 1º; 3114/2014, FJ 3º; 4141/2015, FJ 2º; y 4167/2018, FJ 1º; en el caso del TCe, ver SsTCe 44/2012, FJ 2º; 114/2012, FJ 6º; y 123/2016, FJ 2º) españolas han denominado la «doctrina Parot», fijada en la STS 753/2006 y cuya aplicación motivó la intervención del TEDH (STEDH 42750/09 (GC), *caso del Río Prada c. España*). Una situación similar a la que motivó

o a un defecto en la definición de la prohibición penal que permite, con unos mismos hechos probados, llegar a dos conclusiones diferentes<sup>879</sup>.

Se puede sostener que es un problema de retroacción de una interpretación judicial cuando la opción elegida puede competir con la descartada en términos de su razonabilidad, es decir, de la existencia de buenos argumentos que sustenten a ambas. El presupuesto consiste, como lo explica GARCÍA AMADO, en que existan al menos dos

---

la denominada doctrina Parot es a la que se refiere la STEDH 67503/13, caso *Koprivnikar c. Eslovenia*, §§ 54-ss.

879 Un caso llamativo en este sentido es el que se resolvió mediante la STCe 41/1998. En este caso, la discusión jurídica estuvo centrada en la comunicabilidad al particular (*extraneus*) del título especial del sujeto activo (funcionario público, *intraneus*) en el delito de prevaricación. La sentencia de segunda instancia había decidido absolver a los *extraneus* por considerar la incomunicabilidad del título. Este criterio fue modificado completamente por el TS, que razonó que las normas generales sobre autoría contenidas en el CPe 1973 permitían condenar a los *extraneus* que hubieran inducido a los funcionarios a dictar la resolución injusta, o que hubieran cooperado con ellos mediante actos necesarios para cometer el delito. El TCe rechazó el amparo constitucional que el perjudicado con el cambio de criterio dedujo, alegando que se había infringido el derecho a la legalidad penal del artículo 25.1 CE. Para evitar transformar el amparo constitucional en una tercera instancia o una supracasación, la magistratura constitucional declaró que «[c]uál de las diversas interpretaciones posibles de la ley penal es la más correcta es una cuestión ajena al derecho fundamental a la legalidad que enuncia el art. 25.1 C.E. como derecho fundamental» (STCe 41/1998, FJ 6º). Hasta ahí, el argumento del TCe habría sido incuestionable. El problema es que este tribunal parte afirmando que ni la interpretación de la sentencia de segunda instancia ni la de casación «puede ser tachada de ilógica o arbitraria, por lo que *ambas respetan el principio de legalidad* con que el art. 25.1 C.E. sujeta la imposición de penas y sanciones administrativas, que no puede entenderse en forma tan rigurosa que reduzca al Juez a ejecutor autómatas de la ley» (STCe 41/1998, FJ 6º, cursiva agregada). Aun cuando es cierto que es lícito en el sentido de la legalidad penal entregar al tribunal un cierto margen de discrecionalidad para permitir la justicia del caso concreto, el argumento del TCe falla en la determinación de la entidad de ese margen. En el caso *sub lite*, el TCe conoció de dos interpretaciones jurídicas completamente contrarias. Según la primera interpretación correspondía absolver; y según la segunda, y sobre la base de unos mismos hechos, condenar. Entonces, aplicar la doctrina del TCe sobre el margen de discrecionalidad al caso enjuiciado vía amparo, implica decir que, aun sobre la base de unos mismos hechos, la legalidad penal admite un margen tan extenso que permite ir lícitamente desde la decisión de absolución a la de condena (Similar argumento, ante problemas parecidos, se han presentado en SsTCe 49/1999, FJ 2º y 60/2008, FJ 7º, ambas respecto de un cambio en la calificación de cómplices a autores de un delito de tráfico de drogas entre la sentencia de segunda instancia y la de casación; y STCe 328/2006, FJ 6º, respecto de la absolución por delitos de estafa y falsedad en segunda instancia, y la posterior condena en casación como cómplice de estafa).

Si el texto normativo es el mismo y dos intérpretes llegan a conclusiones sobre su sentido y alcance ubicadas en las antípodas una de otra, se debe a que una de las interpretaciones carece de argumentos de apoyo (y es, por tanto, errónea). O ambas efectivamente los tienen. En este último caso, entonces, el problema no es de los intérpretes y de sus argumentos, sino del objeto a interpretar, es decir, de la disposición. No es concebible que una misma disposición, supuesta su debida interpretación, sirva para fundamentar la pena (comunicabilidad) y, a la vez, para restarle fundamento (incomunicabilidad). En palabras del TCe, sin embargo, ambas interpretaciones respetan el principio de legalidad.

Sin perjuicio de que la conclusión del TCe constituye un ejemplo paradigmático de «relativismo metodológico» (OLMEDO CARDENETE, 2008, p. 589), ahí está su defecto argumentativo. Sin perjuicio de que, como lo ha denunciado la dogmática, en esta sentencia, el TCe se alejó de su propia doctrina sobre el contenido constitucional de la prohibición de analogía (FERRERES COMELLA y MIERES MIERES, 1999, p. 298). Que la definición efectuada por la ley haya permitido tal margen de discrecionalidad debió haber llamado la atención de la magistratura constitucional; en consecuencia, el problema debió haber dejado de ser uno de competencia para dirimir una simple diferencia de interpretación entre tribunales sobre la norma decisoria, para ser considerado en lo que de verdad era: un problema sobre lo permitido o no por la propia Constitución en términos de la determinación de una norma penal.

interpretaciones sobre el sentido y alcance de una disposición legal respecto de las que «pueden traerse buenos y pertinentes argumentos»<sup>880</sup>, una de ellas es perjudicial al procesado y la otra, beneficiosa. Pero si una interpretación es sustituida por una nueva, bajo el argumento de que la anterior carecía de buenas razones de apoyo, se estaría más bien frente a un caso de defecto en la definición de la prohibición o de la pena.

En el contexto de la legalidad penal, una conclusión sobre si la irretroactividad, junto con proteger de la actividad legislativa, lo hace también respecto de la jurisdiccional, no puede ser construida con relación al Derecho español positivo, por no existir alguna regla dentro de él que contemple el problema como su supuesto de hecho. En efecto, el artículo 9.3 CE garantiza la irretroactividad respecto de «disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales», fórmula dentro de lo cual parecen no caber las sentencias de los tribunales, sino solo las leyes y los reglamentos<sup>881</sup>.

El problema sí queda comprendido de lleno en la juridicidad proporcional, con el recurso auxiliar a la disposición prohibitiva del artículo 9.3 CE. En efecto, si una ley no puede tener eficacia retroactiva por privar a esa norma que fundamenta la pena de un fin, el mismo argumento es aplicable al de la eficacia retroactiva de una interpretación judicial. Si el tribunal construye una nueva interpretación y la aplica a conductas verificadas con anterioridad a esa construcción, la injerencia sobre un derecho fundamental tendría su sede en la sentencia; y, como se ha analizado previamente, el primer requisito formal de la juridicidad proporcional es que la injerencia esté prevista en la ley. La sentencia judicial no puede crear nuevas injerencias por medio de una interpretación judicial.

Un fenómeno completamente distinto es el que se produce con la eficacia retroactiva de la ley más favorable, es decir, el problema de la *lex mitior*. Esta eficacia puede adquirir dos formas. La primera, de *ultractividad*, se produce cuando al juzgamiento de un hecho debe aplicarse la ley vigente al momento de verificarse la conducta, aunque esta haya dejado de ser aplicable (por su derogación formal o porque dejaron de verificarse los supuestos que determinaron su aplicabilidad), si esa ley contenía un tratamiento penológico más favorable. Esta es una forma de *ultractividad* normativa, por cuanto ordena recurrir a una norma, aplicable al momento de ocurrir el hecho, pero inaplicable al momento del juzgamiento. La segunda forma que puede adquirir es de *retroactividad*, es decir, que una ley posterior al hecho (con entrada en vigor después de verificarse la conducta) debe aplicarse al momento de su juzgamiento de ese hecho si esa ley posterior es más favorable.

La doctrina ha concluido que el caso de la *lex mitior* no se relaciona en forma directa con la legalidad penal, sino con la proporcionalidad en sentido cuantitativo<sup>882</sup>. Al respecto, mi opinión es que la eficacia de la *lex mitior* sí es problema de proporcionalidad, pero en el sentido sostenido en esta tesis. Para ello, debe partirse de la premisa que tanto la norma que fundamenta la pena como la pena misma son injerencias sobre derechos fundamentales, una norma despenalizadora deroga la injerencia contenida en la norma

---

880 GARCÍA AMADO (2018, p. 324).

881 LÓPEZ MENUDO (2002, p. 80).

882 LASCURAÍN SÁNCHEZ (2000, pp. 16-17).

previa. De esta forma, entonces, a una ley despenalizadora siempre deberá conferírsele eficacia retroactiva porque ella significa la eliminación de una injerencia. Aunque en el caso de una sucesión normativa entre dos normas que fundamentan la pena, en el que la posterior contenga un tratamiento penal menos riguroso, se trate igualmente de dos injerencias, una diferencia de grado entre la ley original y su sucesora es relevante. La norma posterior más benigna, aunque contenga una injerencia igual que su predecesora, su menor grado de restricción justifica que ella se aplique con preferencia a aquella. Supuesta la proporcionalidad de la ley previa, la posterior más benigna tendrá, en consecuencia, un grado mayor de proporcionalidad.

### **26.2.3. Subfunción de prevención de conflictos**

Finalmente, la subfunción de *prevención de conflictos* opera preventivamente. De acuerdo con ella, el Derecho Penal pretende evitar la producción de conflictos por medio de la delimitación de un catálogo de conductas no permitidas, esto es, prohibidas. Si la totalidad de los miembros de la comunidad cumple correcta y completamente con las prohibiciones penales, es decir, que nadie las infringe, tendremos, en consecuencia, menos conflictos. Aspiramos vivir en una sociedad en la que no existan homicidios, robos, agresiones sexuales o evasiones de impuestos. Pero esa aspiración es solo ideal y, al parecer, nunca del todo alcanzable (al menos, mientras exista el Derecho Penal). Por otro lado, es casi seguro que más de alguien ha decidido en algún momento no infringir una prohibición penal. Numerosas razones morales, éticas, religiosas, de cálculo utilitarista o simplemente temor ante la reacción penal, pueden haber llevado a no infringir una prohibición penal. El número de esos casos nunca podrá ser conocido. Pero ni la imposibilidad de que no se produzcan delitos, ni la imposibilidad de conocer cuántas personas se han abstenido de infringir una prohibición penal, impiden reconocer que la prohibición penal misma puede operar como forma indirecta de prevención de conflictos, relevando aquellos que especialmente esperamos evitar. La afirmación de que la definición de un catálogo de prohibiciones penales puede contribuir a prevenir conflictos está también apoyada por la experiencia común. Cómo opera la subfunción de prevención ha sido objeto de una larga discusión que ha ocupado desde filósofos, penalistas, criminólogos, psiquiatras y neurocientíficos, hasta economistas. Si ello es posible por la intimidación general que produce la prohibición y la operación del sistema de persecución penal, por el reconocimiento de la vigencia de la norma o por la concientización del sujeto sobre el respeto de la norma jurídica, es una cuestión sobre lo que no puede tomarse una decisión en este momento. Lo que importa, por ahora, es reconocer que, de alguna forma, la prohibición penal previamente definida puede operar como prevención del conflicto.

### **26.2.4. Síntesis: los fines adecuados**

De acuerdo con lo analizado, y a modo de síntesis, se puede sostener que el fin del Derecho Penal, en general, y de cada una de las normas que fundamentan la pena que lo

componen, consiste en la minimización de la violencia. Este fin no está exento de ciertas dosis de contradicción porque la prohibición es también un acto violento decidido por el Estado. En este caso, la violencia consiste en restringir las posibilidades de actuación (o de omisión) de los ciudadanos. Sin embargo, se espera que la violencia operada a través de la prohibición penal sea de una naturaleza diferente de los tipos de violencia frente a los que la primera pretende operar. Una diferencia sustancial consiste en que la prohibición penal debería ser un producto democráticamente construido. Asimismo, que la violencia de la injerencia sobre la libertad se considera tolerable, en la medida que se encuadre dentro de los estándares de proporcionalidad. Esa justificación es, desde luego, provisional y solo tiene como objetivo sostener la vigencia del propio Derecho Penal, a la espera de algo mejor que él.

Para que la prohibición penal –que surge de la norma que fundamenta la pena– aspire a ser considerada proporcional, debe tener un fin. Ese fin está determinado por el fin general del Derecho Penal que es, como se dijo, la minimización de la violencia. Cualquier otro fin distinto de ese general requiere de una fuerte justificación que permita admitirlo como un fin.

El fin de la norma que fundamenta la pena debe reconocerse a través de las subfunciones del Derecho Penal, esto es, respondiendo positivamente ante los criterios de selección, motivación y prevención. El déficit o la desviación en alguno de estos criterios puede llevar a considerar que la prohibición penal carece de un fin, o que este no es adecuado. En consecuencia, dicha norma debería declararse inconstitucional.

La aplicación de esta estructura a algunos casos podría ser útil.

#### 26.2.4.1. *El delito de exhibición obscena (artículo 185 CPe)*

El delito del artículo 185 CPe sanciona con la pena de pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses al que «ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección».

El origen de este tipo penal en vigor se remonta al CPe 1850 (artículo 365)<sup>883</sup>. En su texto original, este contenía una hipótesis básica consistente en ofender de cualquier modo el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia;

---

883 Con una redacción similar hasta la mantenida por la reforma de la L.O. 5/1998: «...los que de cualquier modo ofendieren el pudor ó las buenas costumbres con hechos de grave escándalo ó trascendencia no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código». PACHECO (1881b, p. 128) elogia la incorporación de este delito en la reforma al CPe de 1850 «porque en materia de atentados contra el pudor no puede preverse específicamente todo, y es útil alguna declaración y sanción genérica». Sin embargo, al comentar la falta del artículo 482 CPe 1850 («Los que públicamente ofendieren al pudor con acciones ó dichos deshonestos») afirma que dicha disposición

traspasa todo límite racional en esta materia, así en la pena como en la prohibición, dando completamente margen á la arbitrariedad, á la desigualdad, á la injusticia. En nuestro concepto, ni las prohibiciones debían ser tan latas, sino más concretas á lo realmente obsceno», haciendo un llamamiento a los agentes de persecución penal quienes no «deberán estimar atentatorio al pudor lo que habitualmente se vé sin causar escándalo (1881b, p. 436).

y una hipótesis agravada prevista para la ejecución de esa conducta frente a una persona menor de 21 años. La L.O. 5/1988 lo modificó e incorporó en él dos hipótesis diferenciadas: la ejecución de actos lúbricos, por un lado, y la ejecución de exhibición obscena, por otro; ambas, ante personas menores de dieciséis años o «deficientes mentales». En el caso de personas mayores de esa edad, la conducta era punible si el acto lúbrico o la exhibición obscena se hacía sin el consentimiento de la persona afectada. La forma típica de la exhibición obscena se mantuvo en el tipo penal del artículo 185 CPe hoy en vigor.

Sin perjuicio de las circunstancias específicas de comisión, el núcleo central de la conducta típica es prácticamente igual en las tres redacciones que ha tenido la prohibición penal, si se sustituyen los adjetivos <lúbrico> y <obsceno> por sus definiciones según el Diccionario RAE:

*Tabla 2. Cuadro de evolución del delito de exhibición obscena*

CPe 1973 (original)	CPe 1973 (reforma de 1988)	CPe 1995 <sup>884</sup>
[Art. 431]. Ofender, de cualquier modo, el <b>pudor</b> o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia	[Art. 431]. Ejecutar o hacer ejecutar a otro actos: - libidinosos, lascivos [lúbricos <sup>885</sup> ]; o - de exhibición impúdica, torpe, ofensiva al <b>pudor</b> [obscena].	[Art. 185]. Ejecutar o hacer ejecutar a otra persona actos: - de exhibición impúdica, torpe, ofensiva al <b>pudor</b> [obscena].

Como se puede apreciar en la Tabla 2, los tres tipos penales contienen referencia a un mismo elemento típico: el *pudor*. Este es, según el Diccionario RAE significa «Honestidad, modestia, recato». Es cierto que el Diccionario del español jurídico RAE define la «exhibición obscena» como una «conducta que puede ser constitutiva de delito por la que se muestran los órganos sexuales a otro sin otra finalidad distinta a la de la propia satisfacción sexual». Pero si se compara la definición general del término «obscena» y su significado jurídico, la asimetría salta a la vista.

Sin perjuicio de que esta diferencia de significados según sea el tipo de diccionario que se consulta, genera un problema interpretativo por la disparidad de definiciones, lo cierto es que la utilización por el legislador del elemento «pudor» (en forma explícita, como en el CPe 1973 texto original; o implícita, como en el CPe 1995) significa que la prohibición está construida de una forma compleja. Dicha complejidad radica en que

<sup>884</sup> El tipo penal del artículo 185 CPe ha sido objeto de tres modificaciones que, a efectos de este análisis, no son relevantes (Cfr. L.O. 11/1999, L.O. 15/2003 y L.O. 1/2015).

<sup>885</sup> La ejecución de actos lúbricos era, en términos de su cognoscibilidad, preferible a la descripción en vigor que la reduce a una simple «exhibición obscena». Ello, en atención a que el derogado CPe requería de la conducta del sujeto activo un elemento subjetivo del tipo que permitía, a lo menos, distinguir los posibles casos, decidiéndose la tipicidad solo de aquellas conductas ejecutadas con ánimo lascivo. De todos modos, la tipicidad de los actos lúbricos dejaba abierta la pregunta por sobre la materialidad de la conducta requerida para satisfacer el tipo penal.

el comportamiento fáctico («ejecutar o hacer ejecutar actos de exhibición») no contiene una descripción completa. Un «acto de exhibición» no solo puede consistir en mostrar los genitales, sino también otras partes del cuerpo; incluso, puede consistir en hacer alarde de una acumulación de riquezas o bienes de lujo, como quien «ejecuta un acto de exhibición de un coche de colección, conduciéndolo por las calles de la ciudad». Adicionalmente, la injerencia está «completa» por una referencia que no es fáctica, sino completamente valorativa: la exhibición debe ser «obscena». Al igual que con el componente anterior, una fastuosa demostración de poderío económico puede ser «obscena», como quien llega en helicóptero a una reunión de ex compañeros del Instituto solo con el objetivo de mostrar los recursos con los que cuenta.

El tipo penal analizado no da cuenta, a mi juicio, de una conducta objetiva y empírica, en la medida que ella obliga al intérprete a comprenderla solo a través de una serie de valoraciones con referencia a un concepto tan indeterminado como el pudor. La doctrina lo reconocía explícitamente: «[l]a determinación de si el hecho ofende el pudor [...], si es obsceno», escribió CUELLO CALÓN, «quedará al arbitrio del tribunal, el cual para hacer esta apreciación deberá tomar en cuenta las especiales circunstancias que acompañan la producción del hecho, pues el concepto de obscenidad es muy relativo»<sup>886</sup>. El TS declaró que este delito «...se caracteriza [...] por la impresión dolorosa de repulsa y condenación que la sociedad les otorga como atentatorios a los principios morales y legales sobre que ésta se asienta...»<sup>887</sup>.

Aun cuando un esfuerzo interpretativo, considerando la ubicación sistemática del tipo dentro del CPe, podría llegar a objetivar lo intentado describir por el legislador como la realización de una conducta que se considere sexual o lasciva de acuerdo con los consensos sociales predominantes, lo cierto es que ello obedecería a una deducción más bien forzada, por cuanto el contenido específico del elemento <pudor> que integra la descripción típica dependerá exclusivamente de las convicciones y sentimientos personales<sup>888 - 889</sup>.

---

886 CUELLO CALÓN (1936, p. 504); ÍDEM y en el mismo tenor (1982, p. 609).

887 STS 503/1957, FJ 1º.

888 Una demostración de la influencia de las concepciones personales en la interpretación del tipo penal en cuestión es la STS 10135/1990 que declaró que

[l]os actos de exhibicionismo, mediante los cuales, un varón, muestra o expone sus órganos genitales, generalmente, el pene, en erección, y acompañando o no, a la indecente muestra masturbación [se han considerado típicos] por implicar ofensa al pudor o a las buenas costumbres con actos de grave escándalo o trascendencia, mereciendo la execración, reprobación y rechazo, no sólo de los involuntarios espectadores, sino de cuantos conocieron esos hechos, heridos en sus sentimientos de recato y morigeración propios del común de las gentes (FJ 2º).

889 Y, de hecho, la propia evolución de los conceptos sociales puede impactar radicalmente en la comprensión del contenido del delito en cuestión. En efecto, se ha considerado que la conducta típica es un «atentado a la moral sexual que provoca un vivo y profundo sentimiento de repulsión y rechazo en quienes se ven obligados a ser espectadores de tan torpe demostración» de exhibir los genitales en público (STS 14834/1990, FJ 4º). O que este tipo penal

...tiende a proteger a la infancia, pues, tratándose de personas cuya personalidad se encuentra aun en formación, la contemplación o la realización de actos de elevada proyección sexual o erótica –realización del acto sexual desnudos en presencia de la menor– puede serles tremendamente

Como es evidente que lo «recortado» por el tipo penal no solo pertenece al mundo de lo sensible, sino también al mundo de lo valorativo, esta injerencia presenta problemas desde la perspectiva de la juridicidad proporcional porque ella entrega poca información sobre cuál es el fin de la norma, defecto que podría fundamentar su inadmisibilidad constitucional<sup>890</sup>.

#### 26.2.4.2. Acceso carnal a un adolescente (artículo 365 CP chileno)

Permítaseme hacer referencia a un tipo penal del Derecho Penal chileno cuyas características ofrecen alto valor ilustrativo sobre el fin adecuado. Me refiere al tipo penal

---

perjudicial, incluso traumáticos, en su desarrollo evolutivo, dado que no cuentan con móviles de desarrollo, habilidades psicológicas o madurez adecuada para manejar la situación o cuadro sensorial que determinada realidad les impone, es decir, para establecer, sin perjuicio propio y en su justa medida, el alcance y significado de su contexto determinado en que se ven inmersos. Se protege al menor, por ello, de una descarga cognitiva que evolutivamente no puede asimilar, pues [...] cuando de una menor se trata se pone en juego su equilibrio psíquico, sus parámetros valorativos y, en suma, su adecuado desarrollo y maduración personal (STS 6405/2009, FJ 8°).

890 Una descripción típica como la prevista en el señalado artículo 185 CPe también produce serios problemas de cognoscibilidad en un análisis propio de la legalidad penal. El tipo requiere proponer en un eventual juicio una hipótesis como «la exhibición de los genitales a un niño ofende su pudor»; el tribunal debe declarar que ella calza con la descripción legal del hecho, es decir, que tal hipótesis es típica del delito previsto en la norma señalada. Sin embargo, el carácter subjetivo de los elementos que integran la descripción que hace la ley impide, en este caso, predicar la *verdad jurídica* de la afirmación «los hechos descritos son típicos». La verdad jurídica «es comprobable a través de la *interpretación* del significado de los enunciados normativos que califican al hecho como delito» (FERRAJOLI, 2016, p. 48) y, como *quaestio iuris* que es, es «resoluble por vía deductiva conforme al significado de las palabras empleadas por la ley» (FERRAJOLI, 2016, p. 48). La imposibilidad de afirmar la verdad jurídica del postulado «los hechos descritos son típicos de la figura prevista en el artículo 185 CPe» impide desarrollar el carácter cognoscitivista a que un derecho penal democrático aspira, razón que haría aconsejable la modificación del tipo penal en cuestión. En este caso, el tribunal enfrentado a una acusación por el delito señalado debería dictar sentencia absolutoria, ya que «[e]n su condición de última palabra, el pronunciamiento jurisdiccional constituye la ocasión más propicia para verificar la corrección jurídica del proceso normativo del que resulta la norma concreta que el Juez perfecciona y aplica» (REQUEJO, 2006, p. 78).

De todos modos, y como es el Derecho en general, la reacción esperada de los tribunales no siempre se produce. La jurisprudencia puede mostrarse más conservadora que, incluso, el propio legislador. Es lo que ocurrió, por ejemplo, con la STS 13655/1988. Dicha Magistratura, resolviendo sobre un caso de aplicación de la antigua redacción del delito del artículo 431 CPe 1973 (delito de escándalo público), advirtió sobre la existencia de una

...corriente doctrinal acusada y porfiada, la cual impugna, tanto la existencia misma del delito de escándalo público, como la redacción del artículo 431 del Código Penal, a la que se encuentra excesivamente ambigua, inconcreta y omnicomprensiva, no respondiendo, además, a los dictados del pudor y de las buenas costumbres tal como hay que entenderlos dados la evolución de las pautas de comportamiento y la tendencia aperturista propias de la sociedad actual, la cual ya no repudia ni execra lo que, en otros tiempos, se reputaba grave atentado contra la moralidad o la decencia pública. Esto no obstante, en tanto en cuanto, el artículo 431, no sea derogado o remodelado, se halla en plena vigencia y con su texto intacto, por lo cual, ha de aplicarse en sus propios términos y tal como ha venido interpretándolo esta Sala (FJ 1°). En el mismo sentido, STS 3364/1988, FJ 1°.

Lo paradójico de este caso es que esa redacción del artículo 431 –criticada por aquella doctrina «acusada y porfiada»– fue sustituida por otra distinta tan solo un mes después del dictado de la sentencia, por medio de la L.O. 5/1988. Con esta modificación, el artículo 431 pasó a tener el contenido que es similar al del actual artículo 185 CPe.

contenido en el artículo 365 de dicho cuerpo normativo, cuyo tenor literal es el siguiente:

El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación<sup>[891]</sup> o estupro<sup>[892]</sup>, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

Supuesto que lo que se prohíbe es una modalidad específica de interacción sexual libre y voluntaria (coito anal con un hombre púber), este tipo penal presenta una característica especial: representa una injerencia doble en la libertad (en este caso, sexual). Por un lado, restringe la libertad sexual del adolescente que haya decidido ejercer su libertad sexual, manteniendo una interacción sexual con otra persona dotada de un pene funcional; y por otro, restringe la libertad del sujeto activo de mantener una relación sexual con una persona que ha accedido libre y voluntariamente a ello. En este sentido, el delito del artículo 365 CPch escapa al molde clásico de las prohibiciones penales que, por lo general, operan sobre la lógica que la recepción por el sujeto pasivo de la conducta prohibida ejecutada por el sujeto activo lo es sin la voluntad del primero. Esta característica particular del delito de sodomía (doble injerencia) significa que él requiere de una justificación reforzada para su admisibilidad constitucional a través de la proporcionalidad.

Existe acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia<sup>893</sup>, que el «acceso carnal» como elemento del delito de violación (artículos 361 y 362 CPch) y en el de sodomía (artículo 365 CPch) consiste en la introducción del pene; de modo que, de acuerdo con el tenor literal de la disposición, solo las personas que cuenten con un pene funcional (natural o quirúrgico) pueden actuar como su sujeto activo. En este caso del tipo del artículo 365 CPch, la conducta descrita prohíbe penalmente solo la introducción del pene (acceso carnal) por el orificio anal en el cuerpo de otro hombre<sup>894</sup> que tenga entre 14 y 18 años,

---

891 El acceso carnal a una persona menor de 14 años es siempre constitutivo del delito de violación impropia, descrito en el artículo 362 CPch. Si la persona accedida, independiente de su sexo, tiene más de 14 años, la conducta será típica de violación cuando: «se usa de fuerza o intimidación», «la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponerse», o «se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima».

892 El estupro consiste en el acceso carnal a una persona (hombre o mujer) de entre 14 y 18 años, cuando: «se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno, «se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral», «se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima» o «se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual».

893 Por todos, MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN (2021a, pp. 189, 220). En contra, minoritariamente en la doctrina chilena, CARNEVALI RODRÍGUEZ (2001, *pássim*).

894 A diferencia de lo que ocurre en el delito de violación en el que el legislador expresamente ha incluido en la descripción de la conducta típica la penetración (acceso carnal) por vía anal, bucal o vaginal, el tipo penal del artículo 365 CPch describe la conducta solo como «acceso carnal» sin mencionar las partes anatómicas para la penetración. Esta diferencia de texto ha llevado a RODRÍGUEZ COLLAO (2000, p. 252) a concluir que en el caso de la interacción sexual sodomítica consentida del artículo 365 CPch, tal acceso carnal debe interpretarse solo como penetración anal, excluyéndose el acceso bucal (y el vaginal porque se trata de interacción sexual entre personas con genitalidad masculina) porque, a su juicio, el sexo oral no es una forma de penetración, salvo que el legislador le dé esa condición.

aunque dicha interacción sexual sea completamente consentida. Se excluye de dicha prohibición cualquiera otra forma de interacción sexual con una persona hombre de esa edad. El acceso carnal libre y consentido a una mujer del mismo rango etario y cualquiera otra forma de interacción sexual con ella en las mismas condiciones que el acceso, son conductas lícitas, no alcanzadas por prohibición penal alguna. En el tipo penal del artículo 365 CPch, el menor de entre 14 y 18 años penetrado analmente es el sujeto pasivo de la conducta<sup>895</sup>.

Varios aspectos de esta prohibición penal se tornan relevantes desde la perspectiva de su análisis de proporcionalidad, que ponen seriamente en duda su admisibilidad constitucional. En concreto, estimo que pueden formularse reparos desde las tres subfunciones que integran el análisis del fin adecuado en el test de proporcionalidad.

En efecto, desde el punto de vista de la subfunción de selección de conflictos, todo parece indicar que en la decisión de prohibir penalmente la cópula con un hombre de entre 14 y 18 años, el legislador, en realidad, no ha seleccionado conflicto alguno. Lo anterior, porque, de acuerdo con el tenor literal del tipo penal, la conducta consiste en una interacción sexual libre y consentida; si ella no lo fuera, la conducta podría ser típica de los delitos de violación (en caso de inexistencia de voluntad o anulación de la capacidad para consentir) o de estupro (en caso de un prevalimiento del sujeto activo de una capacidad limitada del sujeto pasivo para consentir en dicha interacción). De esta forma, si dos personas deciden mantener una interacción sexual, aun cuando el accedido tenga entre 14 y 18 años, no hay conflicto alguno, sino solo ejercicio de la libertad sexual. Esta conclusión se confirma porque si la persona accedida es una mujer de esa misma edad, la conducta es lícita; en este caso, la decisión de mantener esta conducta al margen del Derecho Penal es completamente coherente con la inexistencia de un conflicto penal. Sin embargo, y de acuerdo con la experiencia profesional en este punto, la existencia de este tipo penal puede generar una situación de aparente conflicto: las investigaciones del Ministerio Público por este delito generalmente se inician por la denuncia de padres que descubren el ejercicio de la libertad sexual por sus hijos adolescentes con otro hombre y se niegan a aceptar tal ejercicio, seguramente motivados por un reproche moral a tal tipo de interacciones sexuales.

Pero en ese caso, el tipo penal no opera sobre un conflicto seleccionado, sino que es la activación de los mecanismos investigativos ante un hecho que pudiera constituir un quebrantamiento de la prohibición lo que genera el conflicto, por la vulneración de las expectativas de intimidad que tiene el adolescente que participa voluntariamente en la interacción sexual. Ello, porque la prohibición penal constituye una restricción de ese derecho impidiendo al adolescente el ejercicio de su libertad sexual<sup>896</sup> y porque la «víctima» se verá expuesta a las actuaciones investigativas y, eventualmente, a un juicio

---

895 RODRÍGUEZ COLLAO (2000, p. 250), estima que la única forma de «atribuir un sentido lógico al precepto» es considerar a la persona accedida como sujeto pasivo, es decir, como víctima, descartando que pueda tener responsabilidad penal. De lo contrario, estima este autor, debería comprenderse que la prohibición penal recaería sobre cualquier forma de relacionamiento homosexual, lo que produciría la inconstitucionalidad de este delito.

896 BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, COUSO SALAS, COX LEIXELARD et al. (2011, pp. 84-ss).

oral, instancias en las que deberá dar cuenta de su práctica sexual.

Por ello, la subfunción de prevención de conflictos que tributa al fin de minimización de la violencia no es cumplida por la prohibición penal de las relaciones sexuales entre hombres, cuando la persona penetrada tiene entre 14 y 18 años. Al contrario, más que prevenir conflictos, la prohibición penal se alza como una fuente productora de conflictos.

Desde la perspectiva de la subfunción de motivación de respeto a un interés protegido, una «cuestión controvertida»<sup>897</sup>, también pueden formularse serias observaciones sobre la proporcionalidad del delito en comento. Sobre el particular, una parte de la doctrina ha considerado que el bien jurídico protegido por esta figura no

es hipotético desmedro de la libertad, sino [...] la suposición –con o sin base en la realidad científica y social– de que una persona de esas características puede sufrir algún detrimento en su personalidad; es decir, algo muy próximo a lo que otros ordenamientos, con menos ambages, simplemente llaman *corrupción de menores*<sup>898</sup>.

Cuando tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de este delito, el Tribunal Constitucional chileno (TCch) resolvió la cuestión, declarando que el tipo que contempla el artículo 365 del Código Penal tiene como objeto la protección de los menores de edad, de su bienestar físico y psicológico y de su indemnidad sexual. [...] En el caso de la sodomía, el legislador entendió que la práctica de actos sexuales entre un hombre mayor y un menor de 18 años de su mismo sexo, acarrearía daños o perjuicios a este último, en lo que dice respecto a su desarrollo psicosocial<sup>899</sup>.

Y que

el fin perseguido por el legislador al establecer el delito de sodomía en el artículo 365 del Código Penal fue el de proteger a los menores de 18 y mayores de 14 años de edad que no gozan de la madurez suficiente para comprender los alcances y consecuencias en su propia vida de un *acceso carnal* libremente consentido<sup>900</sup>.

Desde luego, la magistratura constitucional no citó evidencia empírica que sustentara sus afirmaciones, por lo que su argumentación no pasa de ser un mero discurso retórico sin fundamento.

---

897 BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, COUSO SALAS, COX LEIXELARD et al. (BASCUNÁN RODRÍGUEZ et al., 2011).

898 RODRÍGUEZ COLLAO (2000, p. 123). MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN (2021a, pp. 216, 220-221) también ubican este delito entre los de *corrupción de menores* y, sobre el bien jurídico protegido, estiman que este es «la indemnidad sexual, y también la honestidad, pero no la libertad sexual, lo que se refleja en el castigo, sin consideración a la voluntad del menor, de hechos donde intervienen menores de dieciocho años, pero mayores de catorce –en principio facultados para disponer de su sexualidad–» (p. 216).

899 STCch Rol 1683-10, Considerando 15°. En este litigio constitucional, el recurrente de inaplicabilidad no fundó su pretensión en la desproporcionalidad del delito de sodomía, por lo que la decisión del Tribunal no se enfocó en un análisis de esa naturaleza.

900 STCch Rol 1683-10, Considerando 33°.

No debe olvidarse que la prohibición penal recae solo sobre la interacción sexual libre y consentida en el esquema <hombre-hombre> (h-h), pero que el mismo acceso carnal, ahora en un esquema <hombre-mujer> (h-m), es atípico. Entonces, si el interés fuera la protección frente a una potencial afectación a la indemnidad sexual por el acceso carnal en la adolescencia, debería buscarse un buen argumento para justificar que tal protección preventiva –por llamarla de alguna forma– la otorgue el legislador solo en la fórmula <h-h> y no en la <h-m>. El único buen argumento que podría encontrarse, a falta de evidencia empírica suficiente, sería la existencia de alguna diferencia sustancial entre una interacción sexual <h-h> y una <h-m>; y esa diferencia no estaría determinada por la conducta misma, sino por la valoración moral de la interacción en ambos esquemas, donde la relación <h-m> se desarrollaría dentro de una normalidad que haría esperar que la adolescente accedida carnalmente no sufra alguna potencial perturbación en su desarrollo; mientras que la relación <h-h>, por ser anormal, sí produciría ese riesgo. De esta forma, el interés cuya protección la prohibición penal busca motivar estaría determinado por la *normalidad* de las interacciones sexuales, determinada ella por «las buenas costumbres, entendidas como los principios básicos que rigen el comportamiento sexual según los cánones morales imperantes»<sup>901</sup>. Es evidente el carácter de «atavismo cultural»<sup>902</sup> de que adolece esta forma de interpretar la prohibición penal para identificar el interés protegido, que claramente denota la intención del legislador de conferirle un sentido básicamente moral<sup>903</sup>, al intentar encauzar el ejercicio de la libertad sexual en un esquema patriarcal basado en la función reproductiva<sup>904</sup>, propio de los sistemas religiosos que condenan la homosexualidad<sup>905</sup>, incorporando al Derecho positivo el tabú sobre ella desde la hegemonía de un modelo heteronormado<sup>906</sup>, pero que, en todo caso, es incompatible con el pluralismo axiológico consustancial a un sistema democrático. De esta forma, si el interés a proteger no es, en realidad, la preservación de la indemnidad sexual de los adolescentes varones que optan por verificar una interacción sexual con otro hombre, sino el tabú religioso-cultural sobre la homosexualidad o el dominio patriarcal sobre la sexualidad de los hijos, es evidente que ese fin deja de ser adecuado, por carecer de reconocimiento y valoración constitucional.

---

901 RODRÍGUEZ COLLAO (2000, p. 117).

902 MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN (2021a, p. 220).

903 RODRÍGUEZ COLLAO (2000, p. 131).

904 COUSO SALAS (2009, p. 8).

905 Como puede leerse en los argumentos de ROSSI CARVAJAL (1998) para oponerse a la despenalización del antiguo delito de sodomía que fue sustituido por el texto actual artículo 365 CPCh. Esta autora concluye que «[l]a actividad sexual solo es lícita dentro del matrimonio, puesto que es un don que Dios ha dado a los hombres y que tiene su base en la naturaleza humana. Según esto, el acto sexual tiene una doble finalidad, unitiva y procreativa»; que «[l]a despenalización de la sodomía puede abrir una puerta para la aceptación social de conductas contrarias al orden natural e institucionalizar situaciones aberrantes» y que «[l]a sodomía es una conducta antinatural, por lo tanto, la ley no puede dar patente de normalidad a una relación que naturalmente no lo es, como sucedería si se despenalizara» (para todas las citas, p. 935). Este análisis, debe advertirse, apareció publicado en la Revista Chilena de Derecho.

906 MAÑALICH RAFFO (2011, p. 92).

En suma, la prohibición penal prevista en el artículo 365 CPch no cumple con el estándar de proporcionalidad, de modo que ella prevé una injerencia ilegítima sobre la libertad sexual y es, por lo mismo, inconstitucional. Lo anterior, porque dicha prohibición penal carece de un fin constitucional aceptable; y el que puede identificarse de su propia regulación es inadecuado porque carece de valoración constitucional. Dicha prohibición carece de un fin, porque ella no verifica la función de administración de los conflictos que se espera que cumpla la norma que fundamenta la pena, lo que puede concluirse porque no se configura ninguna de las subfunciones (motivación, selección y prevención) de ella.

#### 26.2.4.3. *Rebelión (artículo 472 CPe)*

El análisis del fin adecuado también ofrece un buen marco para analizar el delito de rebelión previsto en el artículo 472 CPe, delito que ha debido ser desempolvado y recuperado de los archivos «como consecuencia de la Causa especial 20907/2017, popularmente conocida como “el juicio del proces”»<sup>907</sup>. El primer aspecto relevante para el análisis es que dicha norma que fundamenta la pena prohíbe el uso de una determinada forma de acción política: el alzamiento violento y público. Y aquí viene el primer problema: si, «alzarse» consiste en «levantarse, desobedeciendo o resistiendo colectivamente a alguien, en este caso al poder legítimamente constituido»<sup>908</sup>, la prohibición penal puede alcanzar expresiones que políticamente son propias en un sistema democrático, como la protesta social o la desobediencia civil; y tolerables, aun cuando impliquen ciertas dosis de violencia, como es el caso de la protesta social callejera.

La protesta social puede definirse como «la acción colectiva de movimientos sociales que intentan alterar el sistema de representación, las políticas públicas o las relaciones generales entre los ciudadanos y el estado»<sup>909</sup>; y, en atención a que el movimiento social es una «serie sostenida de interacciones entre un grupo desafiante y el estado»<sup>910</sup>, es inevitable concluir que la protesta se encuentra en el ámbito de relación de los ciudadanos con el Estado.

Desde la perspectiva de análisis del test de proporcionalidad, el delito de rebelión y, en general, los delitos que operan sobre la realidad de una protesta social, como los de desórdenes públicos, presentan dificultades en la subfunción de selección de conflictos. Estas dificultades consisten en el recorte de la realidad que determina qué parte de ella queda comprendida en la prohibición y en deficiencias de técnicas que atentan contra la determinación necesaria de dicha prohibición.

En primer lugar, desde la perspectiva de la subfunción de selección, el interrogante relevante es determinar qué tipo de relación persona-Estado es específicamente la que se produce a propósito de la protesta social.

---

907 CUERDA ARNAU (2019, p. 739).

908 MUÑOZ CONDE (2019, p. 718).

909 JENKINS y KLANDERMANS (2005, p. 3).

910 JENKINS (2005, p. 7).

Para responder este interrogante me parece interesante la clasificación que sintetiza KAASE hace de la protesta<sup>911</sup>. Este distingue entre la participación política y la participación política agresiva. Dentro de la primera, incluye la participación política convencional (militar en un partido político, votar en las elecciones, etc.) y las acciones no convencionales (boicots, ciertas formas de huelga). En el segundo grupo, esto es, la participación política agresiva, el autor ubica la desobediencia civil: que suele ser ilegal y desafía directamente a las autoridades (huelgas de pagar alquileres o impuestos, huelgas duras, bloquear el tránsito) y la violencia política (daño a bienes o personas).

*Ilustración 1. Formas de participación política (Kaase, 1990)*

Participación política		Participación política agresiva	
Participación política convencional	Acciones no convencionales	Desobediencia civil	Violencia política

Lo dicho hasta ahora tiene un valor esencialmente descriptivo. El problema de operatividad de la subfunción de selección se produce al momento de decidir en qué punto del arco de actividades descrito por KAASE se ubica la frontera de lo penalmente prohibido, y a qué título. Un sistema materialmente democrático estaría, por definición, impedido de prohibir penalmente la participación política convencional, de modo que los conflictos que puedan presentarse en ese ámbito nunca podrían seleccionarse como conflictos a resolver a través del Derecho Penal. Pero a partir de ese punto, las decisiones que se adopten se tornan en sí mismas conflictivas. Partiendo del otro lado del arco de actividades, esto es, de la violencia política, parece que tampoco es tolerable dentro de un sistema democrático la violencia que signifique afectaciones a la integridad física o la vida de las personas, conflictos en los que sería difícil cuestionar la legitimidad de una prohibición penal. Luego, la pregunta sobre si los demás conflictos que quedan comprendidos entre ambos extremos pueden o no ser seleccionados como conflictos penales por la norma penal, aparece como de difícil respuesta. No es mi objetivo responderla en esta investigación, sino solo dejar planteada la cuestión de cómo opera la subfunción de selección en el test de proporcionalidad. La ubicación de esa línea divisoria entre los que son seleccionables como conflictos penales de los que no lo son es una decisión con un componente axiológico. Del lugar en el que el legislador decida poner la línea divisoria, y los cuerpos de seguridad estatal o el órgano de persecución penal interpretan que se halla ese límite, puede depender la configuración de un Estado más o menos represor, aproximándose a un modelo de democracia militante que la sumerge en una defensa de los valores que considera trascendentales, aunque ello suponga la supresión de libertades<sup>912</sup>.

Esta es, precisamente, la primera dificultad que enfrenta el delito de rebelión con

911 KAASE (1990, pp. 393-ss).

912 Sobre el concepto de democracia militante, ver LOEWENSTEIN (1937a, 1937b). De hecho, el autor menciona dentro de la legislación adoptada para combatir contra el fascismo, la represión penal de la rebelión, la insurrección o la sedición contra el Estado, entre otros (LOEWENSTEIN, 1937b).

relación a la subfunción de selección: la decisión sobre la ubicación del límite entre lo lícito y lo ilícito; y, en este último, sobre lo que se prohibirá penalmente. Una ubicación inadecuada de este límite puede terminar por permitir la represión penal de conductas que deben ser toleradas dentro de un sistema democrático.

En segundo lugar, el delito de rebelión también presenta dificultades con el «recorte» que el legislador hace de la realidad, es decir, con la descripción de la conducta prohibida. Tales dificultades no se relacionan con la determinación gramatical del tipo penal, sino con una indeterminación teleológica de él.

La conclusión de que el delito de rebelión prohíbe penalmente un golpe de estado, organizado y ejecutado por cuerpos del Estado<sup>913</sup>, no puede desprenderse fácilmente de la forma en la que se encuentra redactada la prohibición penal. Tampoco es fácil llegar al contenido que le asigna CUERDA ARNAU cuando afirma que «una interpretación de la norma conforme con principios constitucionales tan incuestionados como el de ofensividad o proporcionalidad, obligan a entender que debe tratarse de un alzamiento idóneo para poner realmente en peligro el bien jurídico protegido»<sup>914</sup>. El problema que presenta la prohibición penal de la rebelión no es de aplicación, es decir, de interpretación; el problema es de construcción de la prohibición penal.

Asimismo, desde el punto de vista del fin adecuado en el test de proporcionalidad, el tipo penal de rebelión presenta serias dificultades con relación a la subfunción de motivación; y, dentro de ella, con el interés a cuyo respeto motiva la prohibición. Los elementos subjetivos del injusto incluidos por el legislador en el tipo penal no ayudan a resolver la dificultad. ¿Es que acaso los ciudadanos no tienen derecho a exigir una modificación, incluso total, de la Constitución, cuando se tiene en miras, por ejemplo, expandir el catálogo de derechos previsto en ella; o la sustitución de la forma de gobierno de una Monarquía Parlamentaria a una República Parlamentaria? La pregunta sigue siendo igualmente válida, incluso, con relación a la declaración de la independencia, si los secesionistas pretenden la instauración de un sistema jurídico y político con iguales o mayores niveles de democraticidad. El obstáculo para considerar al actual tipo de rebelión como proporcional, en el sentido aquí analizado, consiste en esos valores cuyo respeto intenta motivar el tipo penal. La dificultad es que los valores expresamente indicados en el tipo penal, o casi todos ellos, no son valores cuya protección pueda, sin más, motivarse por medio de una prohibición penal. La Corona o la unidad territorial no representan valores intrínsecos u ontológicos, cuya protección amerite recurrir directamente al Derecho Penal, toda vez que ni ninguno de ellos garantiza, por sí solo, vigencia efectiva del sistema democrático y de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Ambos valores, la Corona y la integridad y unidad territorial, solo tienen un valor de inercia histórica, el

---

913 MUÑOZ CONDE (2019, p. 719):

Históricamente, el delito de rebelión se refiere fundamentalmente a los Golpes de Estado tan frecuentes en nuestra historia, organizados y planeados por altos cargos militares con acompañamiento de fuerza armada y posibilidad, por tanto, de enfrentamiento armado con las fuerzas leales al régimen contra el que se rebelan; capaces, por tanto, no sólo de modificar o destruir el régimen constitucional vigente y sustituirlo por otro, sino incluso de provocar una guerra civil.

914 CUERDA ARNAU (2019, p. 741).

primero; y de necesidad funcional también con raíces históricas, el segundo.

Un panorama completamente diferente sería si el tipo penal sancionara, por ejemplo, una sublevación armada para derogar el régimen jurídico de libertades, derechos y garantías previsto en la Constitución, con miras a sustituirlo por un régimen autoritario.

Lo mismo vale para el delito de sedición del artículo 544 CPe. La aplicación de las leyes o el ejercicio de sus funciones por un agente público solo aparecería suficiente, a la luz del test de fin adecuado, si la ley o la autoridad cuyas aplicaciones frustran los sediciosos son legítimas.

#### 26.2.4.4. *Injurias y calumnias a la Corona*

El legislador español ha sido especialmente generoso en la inclusión dentro del ordenamiento jurídico de prohibiciones penales de afectación al honor. Esta se ha efectuado por medio de los tradicionales delitos de injurias y calumnias (artículos 205 a 216 CPe) y por la previsión de formas especiales, en el contexto de violencia doméstica (artículo 173.4 CPe) y en caso de conflicto armado (artículo 612,3º CPe). Estas formas de afectación al honor (que llamaré *grupo 1*) tienen como sujetos pasivos personas naturales y se diferencian unas de otras, por los especiales medios de comisión o por el contexto en el que se desarrollan las afectaciones. En general, las prohibiciones penales previstas en las disposiciones indicadas constituyen restricciones a la libertad de expresión, ya que la conducta se verifica ejecutando «acciones o manifiesta[ndo] expresiones que lesionen la dignidad de otro, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación»<sup>915</sup>

Adicionalmente, el legislador decidió la inclusión de otras formas de prohibiciones penales, formalmente descritas en el texto de la ley como injurias o calumnias (que denominaré *grupo 2*). Se trata de la injuria grave a las Cortes Generales o a una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma (artículo 496 CPe); la calumnia o injuria grave al Gobierno de la Nación, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo, o al Consejo de Gobierno o al Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma (artículo 504.1 CPe); la injuria o calumnia grave a los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad (artículo 504.2 CPe).

Por último, la ley ha prohibido penalmente la calumnia y la injuria al Rey, a la Reina, a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o algún miembro de la Regencia o al Príncipe o a la Princesa de Asturias (artículos 490.3 y 491 CPe, que denominaré grupo 3).

Desde el punto de vista de la determinación del *fin adecuado* de estas prohibiciones penales, se presenta un primer problema jurídico, que se relaciona tanto con la subfunción de selección, como con la de motivación. Este consiste en precisar el tipo de conflicto descrito en estos tipos penales y en el objeto jurídico cuyo respeto la norma de conducta pretende motivar.

El punto de partida del análisis debería estar en la descripción general de injurias que entrega el artículo 208 CPe, definiéndola como la «acción o expresión que lesionan

---

915 ÁLVAREZ GARCÍA (2011, p. 848). En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE (2019, p. 281).

la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación». La calumnia es una forma especial de menoscabar la fama o la propia estimación, por medio de «la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad», de acuerdo con la descripción del artículo 205 CPe. Estas descripciones son plenamente aplicables a los delitos que integran el grupo 1 al que antes hice referencia. Asimismo, y por interpretación sistemática, también deberían extenderse a los delitos que componen el grupo 2 y 3, por cuanto en estos, el legislador ha utilizado las expresiones «injurias» o «calumnias» sin proporcionar una definición específica.

Sin embargo, existe, al menos, una diferencia sustancial entre los delitos de los tres grupos. En efecto, es claro que el sujeto pasivo de los delitos del grupo 1 son personas físicas<sup>916</sup> porque solo de ellas puede predicarse la titularidad del honor, en tanto derecho fundamental asegurado en el artículo 18 CE. Asimismo, porque solo respecto de esas personas, las naturales, se puede predicar una posible lesión a su dignidad que se concrete en un menoscabo de su fama o de su propia estimación. El grupo 2, a su vez, está integrado exclusivamente por figuras que tienen como sujetos pasivos a entes u órganos constitucionales, pero no personas físicas, por lo que, respecto a ellas, una «acción o expresión» proferida nunca tendría la aptitud de lesionar la dignidad en el sentido jurídico, porque tales órganos no tienen esa dignidad. El grupo 3, por su parte, sería híbrido, por cuanto protegería a órganos constitucionales (la figura del Rey, por ejemplo) y a la persona física que desempeña esa función, a la vez. MARTÍNEZ GUERRA estima que los delitos de injurias y calumnias contra la Corona constituyen tipos especiales, respecto de los cuales «es posible encontrar su equivalente delito común a lo largo de los Títulos I a XI del Libro I del CP»<sup>917</sup>. Esta diferenciación significa que los conflictos contenidos en cada uno de esos grupos son diferentes. Así, en los delitos del grupo 1, la injerencia sobre la libertad de expresión se prevé para proteger otro derecho fundamental, el honor (conflicto derecho-derecho); en el grupo 2, el conflicto es entre la libertad de expresión y un valor constitucional (conflicto derecho-valor constitucional); mientras que los conflictos del grupo 3 pueden adquirir las dos formas antes indicadas. La diferenciación entre los tres grupos cobra importancia para la tarea de determinar el fin de las prohibiciones penales y analizar si este es o no adecuado.

La determinación del fin de la prohibición penal de injuriar o calumniar con relación al grupo 1 es relativamente sencillo. En este caso, tales prohibiciones han seleccionado como conflictos aquellos en los que la comunicación de una información o de una opinión se hace con el objetivo de desconocer o privar a una persona de sus posibilidades de interacción social en igualdad de condiciones basado en una condición personal del afectado cuya titularidad no ha decidido o, habiéndolo decidido, corresponde a una decisión constitucionalmente protegida. Este sería el caso, por ejemplo, que el sujeto activo expresara que X no puede opinar porque presenta alguna forma de discapacidad

---

916 Con relación a las posiciones sobre este punto y el desarrollo jurisprudencial que se ha producido al respecto, ver BOLEA BARDÓN (2019, pp. 371-372)

917 MARTÍNEZ GUERRA (2016, p. 74).

intelectual, es drogodependiente, se ha embarazado sin estar casada o se dedica al comercio sexual<sup>918</sup>. La prohibición descrita por la ley penal pretende motivar en las personas el respeto por esas posibilidades jurídicamente garantizadas de interacción social en igualdad de condiciones. Finalmente, la prohibición penal pretende prevenir los conflictos que pueden surgir de la existencia de un grupo de excluidos de la interacción social, si tal derecho al honor se infringe. En conjunto, las subfunciones de selección, motivación y prevención determinan el fin de la prohibición penal de lesionar el honor; en atención a que el honor es un derecho fundamental que, como tal, se relaciona directamente con lo que, jurídicamente, define a la persona (la dignidad), el fin es, evidentemente adecuado. En suma, los tipos penales generales de injurias y calumnias superan sin mayores dificultades el test del fin adecuado en el sentido de la proporcionalidad.

Radicalmente diferente es la situación del grupo 2. Referido este a órganos instituciones del Estado, la determinación del fin de las prohibiciones penales se enfrenta al problema de la identificación del tipo de conflictos seleccionados. Al carecer estos sujetos pasivos de un atributo propio de las personas físicas (la dignidad), se torna conceptualmente imposible afirmar que la ley haya seleccionado conflictos que la afecten por medio de la expresión de un mensaje comunicativo. Los órganos incluidos en los tipos penales que conforman el grupo 2 no tienen una «fama» personal, ni menos una «propia estimación», en los términos definidos por el artículo 208 CPe. Esto obliga a concluir que, aunque en la definición de las prohibiciones la ley haya utilizado la expresión «injurias», por ella debe entenderse algo diferente a lo que por tal define el artículo 208 CPe.

Todo parece indicar que la ley ha seleccionado un tipo de conflicto que se refiere a la necesidad de proteger a órganos e instituciones constitucionalmente creados atendida la importancia que estos tienen dentro del funcionamiento institucional del Estado. Esa protección carece de un contenido claro, de modo que ella puede llegar a ser entendida, incluso, como la prohibición de la crítica a tales órganos e instituciones, un extremo que no es tolerable en un sistema democrático. Si ese fuera el fin de la prohibición penal, incluso fuera del extremo antes mencionado, este sería, evidentemente, inadecuado; y, en consecuencia, la prohibición penal sería desproporcionada; es decir, sería inconstitucional. El problema radica en un déficit de comprensión del rol de los órganos e instituciones estatales. El óptimo en un sistema democrático no es el respeto a los órganos e instituciones estatales impuesto a los ciudadanos por medio de prohibiciones penales de afectar algo como su honor, sino la *confiabilidad institucional* por los ciudadanos en su adecuado funcionamiento<sup>919</sup>. En una relación de los ciudadanos con la institucionalidad basada en la confiabilidad institucional, es esperable una disminución de los conflictos. En este esquema, el uso del Derecho Penal por instituciones democráticas debería pos-

---

918 Sobre las críticas a las concepciones fácticas sobre la determinación del contenido del honor como bien jurídico protegido y la incorporación, como correctivo, de las concepciones normativas, ver NAVARRO-DOLMESTCH (2002). Sobre la interpretación de la referencia contenida en el tipo penal de injurias a la autoestima y la heteroestima y su encaje constitucional, ver OTERO GONZÁLEZ (2011, pp. 832-834).

919 Sobre el concepto de confianza y de confiabilidad institucional, ver LEVI (1998, pp. 78-81).

tergarse, ya que ellas tienen mejores posibilidades de generar confianza, «en parte porque son mejores para restringir el uso de la coerción para tareas que mejoran la confianza en lugar de socavarla»<sup>920</sup>.

La prohibición penal de injuriar a órganos e instituciones más que seleccionar un conflicto (de acuerdo con lo que se espera de la subfunción de selección), genera un conflicto nuevo.

Los delitos que integran el grupo 3, por su parte, plantean dificultades adicionales. Estas se producen porque en la propia descripción de las prohibiciones penales surge una confusión entre la persona que desempeña la función de Rey y la Corona como institución.

Si lo que se protege es la institución de la Jefatura del Estado, entonces, el objeto protegido no es el honor por las razones antes anotadas. Asimismo, si lo protegido es el órgano de dicha jefatura, la inclusión de «cualquiera de [los] ascendientes o descendientes» del Rey o de la Reina y de la «Reina consorte o al consorte de la Reina» es, evidentemente, un exceso de protección que va más allá del fin de la norma. Lo mismo puede decirse con relación a la protección dispensada por el tipo penal al «Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe o a la Princesa de Asturias», aunque, en este caso, dicha extensión podría justificarse en el aseguramiento de la Corona atendido el carácter hereditario que esta tiene de acuerdo con el artículo 57.1 CE. En el caso de la protección de la institución monárquica, a los tipos penales especiales de injurias y calumnias pueden oponérseles las mismas objeciones que a los delitos del grupo 2. En este caso, sería altamente dudoso que esas injerencias sobre las libertades de información y de opinión tengan un fin adecuado reconocible y, por ende, puede sostener su falta de proporcionalidad.

Si, en cambio, lo que se protege es a la persona que ejerce de Rey o Reina, y a la persona de los demás sujetos pasivos incluidos en el tipo penal, la pregunta es por la justificación de la protección especial dispensada por la prohibición penal, superior a la que emana de los tipos generales de injurias y calumnias. En este caso, la pregunta es por la vigencia efectiva de la igualdad ante la ley. En este caso, sería suficiente la protección general dispensada por los tipos penales de los artículos 205 y siguientes CPe. En la medida que la protección fuera la misma que se dispensa al honor de cualquier persona, la injerencia que representan las prohibiciones penales de injuriar y calumniar contaría con un fin reconocible y adecuado; sin embargo, cuando se trata de limitar la libertad de expresión o de información por proteger en forma especial a una persona que cumple una función constitucional (y otros relacionados con esa persona o con esa función), el fin se desdibuja y tiende a ser más difícil identificarlo. Ello genera problemas de aplicación de la prohibición que conduce, como ha ocurrido, a una jurisprudencia poco precisa sobre los contornos de las prohibiciones penales<sup>921</sup>.

La comprensión de las prohibiciones penales que integran el grupo 3 requiere in-

---

920 LEVI (1998, p. 92).

921 Una síntesis de la jurisprudencia española y del TEDH sobre el delito de injurias a la Corona, en CUERDA ARNAU (2019, pp. 746-748).

corporar a la ecuación un elemento histórico. Como lo expresa MARTÍNEZ GUERRA «el constitucionalismo español del siglo XIX y el sistema instaurado a partir de 1936, concretamente tras la aprobación de la Ley de Sucesión (1947) y la Ley Orgánica del Estado (1967), consagraron un sistema personalista de la Jefatura del Estado que se mantiene hasta hoy»<sup>922</sup>. La vinculación de la institución de la Monarquía con quien ejerce la función –y los demás incluidos en el tipo penal– obedece a una inercia histórica, aunque moderada respecto del CPe anterior, que «procede del carácter carismático y casi mítico con que se rodeaba la figura del Jefe del Estado en la dictadura franquista, como en general en todos los regímenes autoritarios, en los que destaca la especial dureza de las penas con que se castigaban los atentados a su honor»<sup>923</sup>.

#### 26.2.4.5. *Prohibición penal del mercado de órganos humanos*

El artículo 156 bis CPe prohíbe penalmente el delito de tráfico de órganos humanos y sanciona varias modalidades de comportamientos cuya comisión infringe la prohibición<sup>924</sup>. El desarrollo que han experimentado las técnicas y procedimientos de trasplante de órganos humanos las ha transformado en una acción terapéutica importante y valorada, destinada a salvar vidas con altos índices de calidad de vida en los pacientes receptores de esos órganos. Tales ventajas de las técnicas de trasplantes producen una demanda por órganos humanos que no alcanza a ser cubierta por la disponibilidad de ellos<sup>925</sup>. Este desbalance entre la demanda y la disponibilidad de órganos humanos puede ser teóricamente enfrentada a través de distintas estrategias. Una de ellas consiste en que la asignación de los órganos humanos como recursos escasos se decida por medio de las reglas del mercado, transformando los órganos en bienes comerciables y, en consecuencia, asignables por medio de un precio de transacción. Esta estrategia aseguraría el acceso a los órganos a las personas que, teniendo una necesidad terapéutica (o, incluso, no médica), puedan satisfacerla teniendo los recursos financieros suficientes para ello, tal como se hace en otras muchas áreas de la vida que se caracterizan por la escasez de los bienes o servicios requeridos para la satisfacción de necesidades<sup>926</sup>.

Sin embargo, en materia de donación de órganos humanos, la legislación española y europea han optado por una estrategia diferente que declara que la donación de órganos ya sea que provengan de donante vivos o muertos, se basa, entre otros principios, en los

---

922 MARTÍNEZ GUERRA (2016, p. 79).

923 MUÑOZ CONDE (2019, p. 729).

924 A las disposiciones previstas en el CPe deben agregarse las pertinentes del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos, hecho en Santiago de Compostela el 25 de marzo de 2015, cuya entrada en vigor en España se produjo el 1 de abril de 2021 (Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos, hecho en Santiago de Compostela el 25 de marzo de 2015. BOE nº 41, de 17.2.2021).

925 GARCÍA ALBERO (2010, p. 183); PUENTE ABA (2011, p. 135).

926 Sobre las propuestas de un mercado mixto de órganos humanos como mecanismo de asignación, ver PUENTE ABA (2011) con abundantes referencias a fuentes bibliográficas (en particular, ver notas al pie nº 18 a 27). También, MENDOZA CALDERÓN (2014, pp. 162-163).

de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y gratuidad<sup>927</sup>. Asimismo, y a partir de la reforma introducida por la L.O. 5/2010 (posteriormente modificada por la L.O. 1/2019), el carácter no lucrativo de la donación de órganos se encuentra protegida en forma específica<sup>928</sup> por el Derecho Penal, por medio de un conjunto de prohibiciones penales que abordan distintos aspectos del tráfico y comercialización<sup>929</sup> de órganos humanos (artículo 156 bis CPe)<sup>930</sup>.

Dentro del abanico de conductas típicas previstas por el legislador, me enfocaré en particular en las prohibiciones de «adquirir»<sup>931</sup> y de «intermediar en la adquisición»<sup>932</sup> de órganos humanos para trasplante.

Como primera cuestión preliminar debe recordarse que el fin de una prohibición penal como componente de la juridicidad proporcional no puede ser identificado con el bien jurídico penalmente protegido<sup>933</sup>.

El primer paso en la identificación del fin de las prohibiciones analizadas consiste en la selección de conflictos que ellas efectúan. En el caso de las prohibiciones de adquisición y comercialización de órganos humanos, el legislador ha seleccionado como conflictos relevantes los que se producirían si la asignación de esos órganos escasos se hiciera

---

927 Así lo disponen expresamente los artículos 4º y 7º R.D. 1723/2012 y el artículo 13 de la Directiva 2010/45/UE.

928 GARCÍA ALBERO (2010, pp. 185-186) estimó que la necesidad de incorporar estas prohibiciones específicas al CPe solo era parcial, considerando las posibilidades que ya ofrecía al legislación penal.

929 La distinción entre tráfico y comercialización, en GARCÍA ALBERO (2010, pp. 183-184); PUENTE ABA (2011). Estos autores agregan, además, un tercer aspecto a la fisonomía que es el del «turismo de trasplantes» que, aunque existente, es irrelevante para el análisis sostenido aquí.

930 En esta disposición se ubican los tipos penales que directamente sancionan el tráfico y el comercio de órganos humanos. Sin embargo, la ejecución de estas conductas también puede infringir otras prohibiciones penales generales, como las que emanan de los tipos de homicidio y de lesiones, o específicas, como el de trata de personas con fines de extracción de órganos (artículo 177 bis CPe), figuras que, de presentarse conjuntamente, lo estarían en régimen de concurso real, de acuerdo con la regla concursal expresa incluida en el apartado 9 del artículo 156 bis CPe. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE (2019, p. 126).

931 El apartado 3 del artículo 156 bis CPe sanciona al beneficiario de un trasplante de órganos que haya consentido en la recepción de un trasplante con conocimiento de que el órgano proviene o de una actividad de tráfico (descrita en el apartado 1) o de comercialización por otros (descrita en el apartado 2) de órganos humanos; mientras que el mismo apartado 2 de esa disposición sanciona el ofrecimiento o la entrega en provecho propio de retribución a personal facultativo, funcionario público o particular, con el fin de que se lleve a cabo o se facilite la extracción u obtención ilícitas o la implantación de órganos ilícitamente extraídos.

932 De acuerdo con el artículo 156 bis CPe, es típico de la modalidad de intermediación: (a) la sollicitación o la recepción de retribución o aceptación de retribución por proponer o captar a un donante o a un receptor de órganos (apartado 2); (b) la aceptación de un ofrecimiento o promesa por proponer o captar a un donante o a un receptor de órganos; y (c) el ofrecimiento o la entrega en provecho ajeno de retribución a personal facultativo, funcionario público o particular, con el fin de que se lleve a cabo o se facilite la extracción u obtención ilícitas o la implantación de órganos ilícitamente extraídos (apartado 2).

933 No existe consenso en la dogmática sobre la determinación del o los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales previstos en el artículo 156 bis CPe. Sobre tales discrepancias dogmáticas, ver ALASTUEY DOBÓN (2013, pp. 8-10); MOYA GUILLEM (2014, pp. 48-53); MENDOZA CALDERÓN (2014, pp. 163-170); aunque las discusiones y conclusiones expresadas deben ser actualizadas a la luz de la reforma al tipo penal original operada por la L.O. 1/2019.

de acuerdo con un criterio de capacidad financiera. Tales conflictos son los que se producirían por el hecho injusto de que solo pacientes que tuvieran la capacidad de adquirir un órgano humano pudieran optar a los tratamientos de trasplante de tales órganos, ya sea que los consigan dentro o fuera del país. Asimismo, se producirían otros conflictos conexos derivados de la presión que ejercería el mercado por contar con una mayor oferta de órganos, recurriendo a incentivos perversos para captar donantes o, derechamente, sometiendo a otros a extracciones forzadas de sus órganos. El desbalance entre demanda y oferta de órganos humanos para trasplante permite el surgimiento de un mercado de órganos humanos *in situ* o a través del denominado turismo de trasplante<sup>934</sup>. Ello, porque la escasez de órganos haría que su precio de transferencia estuviera constantemente presionado al alza. Todos los costes en vidas y en integridad física de un mercado que presionara por aumentar la disponibilidad de órganos se traduciría en beneficios para un reducido grupo de personas privilegiadas que estuvieran en condiciones de pagar por los órganos requeridos. Se produciría la externalidad negativa de altísimos costes sociabilizados y privatización de beneficios en un círculo muy reducido. Es cierto que esto ocurre en muchas áreas de la vida diaria, y la crisis climática que enfrentamos o la estrategia ante la crisis financiera de 2008 son buenos ejemplos de ello. Es verdad que el esquema <sociabilización de costes/privatización de utilidades> se encuentra mucho más extendido de lo que puede considerarse tolerable en un sistema democrático; pero también es cierto que, al menos, en el ámbito del acceso a órganos humanos para el trasplante como técnica terapéutica se ha optado por una estrategia de minimización de costes y acceso igualitario a las utilidades, razón por la que dicha opción merece ser resguardada. La extensión de esta última estrategia a ámbitos que, aunque vinculados estrechamente con la vigencia de derechos fundamentales, siguen estando gobernados por las lógicas de la <sociabilización de costes/privatización de utilidades> es un desafío pendiente.

El sacrificio de vidas y de integridad física a que un esquema mercantilizado de asignación de órganos humanos para trasplante puede conducir es esencialmente incompatible con un sistema democrático que afirma la dignidad de la persona y la proscripción de cualquier consideración instrumentalizada de ella. En un sistema mercantilizado se produciría precisamente esa instrumentalización: los sectores desfavorecidos de un país y los de aquellos países más pobres operarían como «fábricas» de órganos humanos para ponerlos a disposición de la satisfacción de las necesidades médicas de los sectores más favorecidos. La democracia actual parece estar dispuesta a considerar a los sectores desfavorecidos como fábricas de mano de obrera a la que no se requiere educar ni dotar de más recursos que los necesarios para su subsistencia y el mantenimiento de su productividad; pero parece no dispuesta a llegar hasta el extremo de convertirlos en granjas de órganos.

Con relación a la subfunción de motivación, las prohibiciones penales de adquisición y comercialización de órganos humanos apunta a la motivación de la protección del carácter gratuito del acceso a tales órganos, es decir, la decisión normativa sobre la estrategia o el mecanismo escogido para la asignación de los órganos humanos como

---

934 ALASTUEY DOBÓN (2013, p. 5).

recursos escasos. Es decir, que la prohibición pretende resguardar tal carácter gratuito e impedir que la asignación de órganos se haga a través del mercado, ya sea formal o ilegal. Mientras que el fin mediato (el fin inmediato de la gratuidad) es la protección del valor sanitario y la utilidad de la técnica de trasplantes y la evitación de conductas abusivas de sometimiento (por medio de fuerza física o moral) a potenciales donantes de órganos. El de órganos no es el único mercado prohibido; también existen otros como el de sustancias estupefacientes. Aun cuando ambas prohibiciones recaigan sobre un mercado (y, por tanto, significan la proscripción de asignación de bienes por medio de un precio de transferencia), no comporten, sin embargo, el mismo fin. La diferencia fundamental entre ambos consiste en la naturaleza lícita de los órganos humanos que son el objeto del primero de los mercados prohibidos; y la naturaleza normativamente ilícita de las sustancias estupefacientes, en el segundo. La sustancialidad de esta diferencia se manifiesta en el fin de sus prohibiciones. Así, mientras que el fin de la prohibición del mercado de órganos es la protección del valor del trasplante como técnica terapéutica (salvaguarda de un «bien»), el del mercado de sustancias estupefacientes, el fin es simplemente impedir la comercialización y circulación de su objeto que es declarado ilícito (protección frente a un «mal»)<sup>935</sup>.

Asimismo, las prohibiciones penales analizadas pretenden motivar el respeto por la igualdad entre las personas. El sistema pretende satisfacer necesidades terapéuticas y, como los órganos para ello son escasos, su asignación se hace en función de condiciones objetivas, tal como se analizará a propósito de la adecuado del fin.

Por último, la subfunción de conflictos se relaciona con los conflictos seleccionados por las prohibiciones penales de adquisición y comercialización de órganos humanos, decididas por el legislador. Tales conflictos que se intentan evitar consisten en los que pueden surgir de un acceso a terapias de trasplantes determinado por una mayor capacidad financiera, criterio que aparece como discriminatorio frente a la vigencia de los derechos a la vida y a la integridad corporal y psíquica con los que se relaciona la terapia por trasplante. También se intenta prevenir los conflictos de la presión por satisfacer la demanda por órganos humanos, que puede hacerse por vías lícitas (donantes voluntarios, pero instrumentalizados) o ilícitas (obtención forzada o violenta de órganos).

En síntesis, el fin de las prohibiciones de adquisición y comercialización de órganos se encuentra en una anticipación preventiva de los conflictos que surgirían si la asignación de órganos humanos se entregara a criterios distintos de la necesidad terapéutica y la factibilidad del tratamiento del trasplante. La anticipación de tales conflictos se pretende conseguir por medio del aseguramiento del valor del trasplante de órganos como instancia de ejercicio igualitario de oportunidades de vigencia efectiva de derechos fun-

---

935 Esta diferencia conduce a una temática que no es posible abordar en este espacio y que consiste en la posibilidad de igualar ambos mercados, por medio de la pérdida de las sustancias estupefacientes de su carácter ilícito normativamente imputado. Si se abandona la lógica del combate a las drogas solo porque estas son malas o causan daño, no existe obstáculo alguno para igualar el mercado de órganos y el de sustancias estupefacientes en términos de su consideración normativa. Sobre esta base, podría definirse, por ejemplo, que la asignación de las sustancias estupefacientes se haga de acuerdo con un precio de transferencia en un intercambio regulado entre oferentes y demandantes.

damentales.

Una vez que se ha intentado identificar el fin de la prohibición penal del tráfico y el comercio de órganos deberá evaluarse su adecuación, tarea que no se muestra como compleja. Una de las condiciones de preservación del valor de la técnica de trasplantes es que a ella se tenga un acceso igualitario fundado en la necesidad y en la eficacia del procedimiento, excluyendo de tal acceso variables como la capacidad de pagar un precio por un órgano humano para acceder al tratamiento. Como la disponibilidad de órganos es fácticamente escasa e inferior a la cantidad de órganos requeridos, la atribución de tal recurso se hace a través de criterios objetivos como la necesidad y la viabilidad terapéuticas del trasplante con relación al beneficiario en particular, y la optimización de los procedimientos necesarios (artículo 13 R.D. 1723/2012). El reemplazo del precio de transferencia por la necesidad y la viabilidad terapéuticas y la optimización como criterio de asignación significan, al fin de cuentas, la expresión del valor constitucional de la igualdad en su faceta más pura. Esta identificación con la igualdad es lo que le confiere al fin de preservación del valor de la técnica de trasplantes su adecuación constitucional.

## 27. El componente de la conexión racional

El componente de la *conexión racional*<sup>936</sup> exige que exista una relación entre la prohibición penal (restricción del derecho en sí misma) y el fin adecuado. La injerencia sobre el derecho fundamental que implica la prohibición penal estará racionalmente conectada con el fin adecuado, solo si la primera sirva, sea apta, para conseguir el segundo. El componente de la conexión racional «consiste en un análisis acerca de la capacidad que tiene el medio escogido por el Parlamento para fomentar su finalidad»<sup>937</sup>. Este componente del test de proporcionalidad no se enfoca a determinar si los medios son correctos o si existen otros medios más útiles; solamente se dirige a analizar la capacidad del medio elegido para conseguir el fin adecuado de la prohibición penal y de la pena<sup>938</sup>. En consecuencia, la conexión racional opera dentro del fin adecuado: de ahí que este componente consista en una relación injerencia-aptitud-fin adecuado.

En palabras de BARAK, este componente

exige que los medios usados por la medida restrictiva puedan realizar o promover el fin que subyace a dicha medida; que el uso de tales medios conduzca de manera racional a la realización del fin de la medida. Por consiguiente, se requiere que los medios escogidos sean pertinentes para la realización del fin, en el sentido de que la medida restrictiva incremente la probabilidad de su realización<sup>939</sup>.

Aunque permite llegar a resultados similares que los aquí sostenidos (la despropor-

---

936 Conocido también como «subprincipio de idoneidad» (BERNAL PULIDO, 2014, p. 875) o «adecuación» (DE LA MATA BARRANCO, 2007b, p. 148).

937 BERNAL PULIDO (2014, p. 876).

938 BARAK (2017, p. 339).

939 BARAK (2017, p. 337).

cionalidad en que incurriría la prohibición penal), una conceptualización diferente sobre la conexión racional es la que puede encontrarse en AGUADO CORREA<sup>940</sup>, para quien la conexión racional (que ella denomina «idoneidad») consiste en que un bien jurídico sea «capaz de protección», es decir, que los bienes a proteger por la norma sean «aptos o idóneos para ser protegidos penalmente»<sup>941</sup>. La autora pone el ejemplo de la moral sexual como un bien incapaz de ser protegido, de modo que, en ese ámbito, el Derecho Penal se va a mostrar «inoperante, ineficaz o inadecuado o cuando incluso se muestre contraproducente para la prevención de delitos»<sup>942</sup>. Esta posición se basa en una distinta función que se atribuye al bien jurídico. Considerando la función que esta autora le atribuye al bien jurídico, se puede concluir que su teoría sobre la proporcionalidad no es, en realidad, tal, sino más bien una que consiste en que los principios clásicos del Derecho Penal son reordenados según la estructura de la proporcionalidad<sup>943</sup>.

En el sistema propuesto en esta investigación, en cambio, la prohibición penal de contrariar la moral sexual no es un problema de conexión racional, sino de fin adecuado, ya que una norma que prohíba penalmente comportamientos por ser estos contrarios a la moral sexual no está seleccionando un conflicto real; o, si lo hace, la protección de una específica consideración sobre cómo deben ordenarse las interacciones sexuales consentidas es contraria a la Constitución y, por ende, no es un fin adecuado. Esta diferencia puede explicarse por los distintos componentes del test de proporcionalidad<sup>944</sup>.

En materia de conexión racional, el Derecho Penal (y sus normas prohibitivas) se enfrentan a un problema sensible. El tema aquí es determinar de qué forma una prohibición penal que emana de un delito *ayuda* a conseguir el fin adecuado previsto para la norma prohibitiva. Si el fin adecuado de la prohibición de matar que emana del delito de homicidio es la minimización de la violencia expresada en los homicidios, por medio de la motivación para el respeto de la vida y de la prevención de ese tipo específico de conflicto, ¿de qué forma esa prohibición se conecta racionalmente con ese fin?

El problema planteado podría resolverse, en una primera instancia, por dos vías.

---

940 AGUADO CORREA (1999, pp. 151-ss).

941 AGUADO CORREA (1999, p. 151).

942 AGUADO CORREA (1999, p. 152).

943 En efecto, cuando AGUADO CORREA (1999, pp. 159-275) expone el contenido del «principio de necesidad» (que en el esquema aquí sostenido equivaldría al componente de la conexión racional), lo vincula con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, con el de subsidiariedad y con el fragmentariedad. Así, plantea que la conexión racional (necesidad, en la nomenclatura de la autora) se verifica cuando la intervención penal la «exige la protección de bienes jurídicos, si bien no todo bien jurídico ha de convertirse en un bien jurídico penal, al ser el concepto de bien jurídico más amplio que el de bien jurídico penal» (p. 159). Así planteado el contenido de la conexión racional, nada la distingue de la tradicional forma de comprender el bien jurídico penal y cómo este influye en la producción de la norma penal. En el esquema conceptual sostenido en esta investigación, en cambio, el bien jurídico cumple una función diferente: sirve como antecedente para la determinación del fin de la injerencia sobre un derecho fundamental a través de la prohibición penal. Lo mismo ocurre con el análisis que la autora propone para el principio de intervención mínima, que desdobra en el principio de subsidiariedad y en el de fragmentariedad. El mismo tipo de análisis, en MIR PUIG (2010, pp. 73-ss, 2014, pp. 333-ss).

944 Ver *Supra* nota a pie n° 799.

La primera, se relaciona con la «capacidad [del Derecho Penal y de la pena] para modificar la realidad social por la vía de prevenir la realización de comportamientos indeseados»<sup>945</sup>, es decir, recurriendo al efecto preventivo general negativo o intimidatorio que ejercería la pena; o, más en general, recurriendo a la idea de disuasión. Se espera con ella que la amenaza de la pena produzca un efecto disuasivo sobre la decisión de cometer un delito, ya que «[e]l propósito de la amenaza de castigo en una ley es disuadir a todos, como posibles delincuentes, de violar la ley»<sup>946</sup>, de modo que «[l]a razón general de la necesidad y la existencia de [la pena o castigo estatal...] es la necesidad de defender la libertad recíproca de todos, dejando de lado el impulso sensual hacia las infracciones de la ley»<sup>947</sup>. La segunda vía por la que podría recurrirse es la denominada *función simbólica* o *retórica* que desempeñan las normas penales y las penas. Esta función simbólica consiste en el mensaje que las normas penales transmiten a la sociedad sobre la importancia de los bienes jurídicos que protegen. Se trata de un mensaje con contenido valorativo, por medio del cual el legislador <avisa> a la comunidad que los bienes jurídicos que son protegidos por medio de los delitos corresponden a bienes de suma importancia, de modo que «su capacidad de influencia quedaría confinada a las mentes o las conciencias, en las que producirían emociones o, cuando más, representaciones mentales»<sup>948</sup>. Como lo ha afirmado SILVA SÁNCHEZ, «la legislación simbólica, con su estigmatización de la conducta correspondiente y la cualificación del bien de que se trate, constituye además una manifestación especialmente clara de un Derecho penal de connotación «educativa» o «ético-social»»<sup>949</sup>. Esto significa que cuando el legislador decide sancionar penalmente una conducta por medio de la definición de ella como un delito, está comunicando al conjunto de la sociedad que el bien jurídico que se intenta proteger tiene una especial consideración, que tiene una importancia especial, de modo que requiere un compromiso de todos con su respeto. Al menos una parte de la doctrina está de acuerdo en que tal función simbólica sí contribuye a proteger adecuadamente los bienes jurídicos<sup>950</sup>.

Al adoptarse una de estas dos vías, o ambas a la vez, la conexión racional estará estrechamente vinculada con la pena, ya que ambas formas descansan en las funciones que ella desempeña. Por esa misma razón, creo que no es la forma adecuada de llenar de contenido al componente de la conexión racional. En primer lugar, porque a propósito del componente anterior (el fin adecuado), sostuve que el fin de la prohibición penal

---

945 DÍEZ RIPOLLÉS (2003a, p. 150).

946 FEUERBACH (1801, párr. 15).

947 FEUERBACH (1801, párr. 16).

948 DÍEZ RIPOLLÉS (2003a, p. 150).

949 SILVA SÁNCHEZ (1992, p. 305).

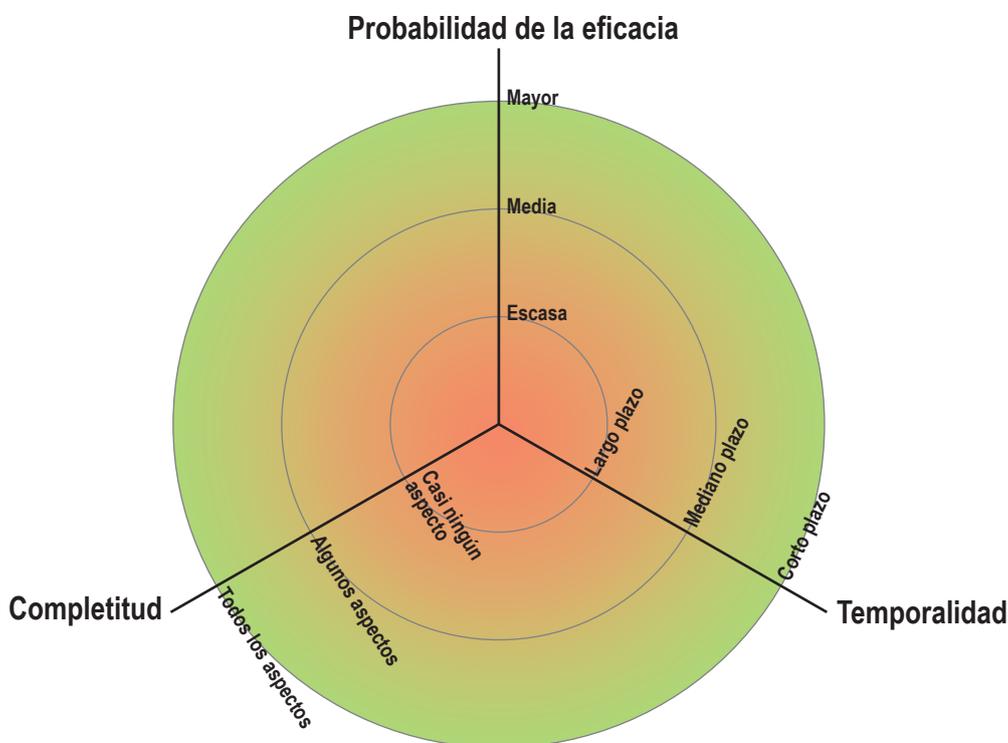
950 En este sentido, por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS (2003a, p. 152): los efectos simbólicos, que él denomina «expresivo-integradores»,

constituyen uno de los pilares fundamentales de la utilización legítima de la pena, ya que ellos constituyen el núcleo de la prevención intimidatoria, individual y colectiva, además de jugar también el papel fundamental en las teorías preventivas que buscan reforzar determinadas socializaciones o confirmar la vigencia de los contenidos básicos del orden social entre los ciudadanos.

es independiente del de la pena<sup>951</sup>; luego, si la prohibición penal y la pena tienen fines independientes entre ellos, no habría ninguna justificación para unificarlos en sede de conexión racional. En segundo lugar, porque adoptar como fundamento de la conexión racional la disuasión o la función simbólica de la pena, significa vaciar de contenido al componente de la conexión racional porque siempre podría recurrirse a ellas para declarar que la prohibición penal *sirve* para realizar los fines propuestos por el legislador. A final de cuentas, siempre puede argumentarse que la pena tiene algún grado de efecto disuasivo y que ella siempre tiene una carga simbólica.

Por eso, es necesario explorar caminos distintos, centrados en los fines de la prohibición penal. En este sentido, la conexión racional es un juicio que se construye sobre la base de tres variables. La primera, consiste en la determinación de la *probabilidad de la eficacia* de la injerencia en la realización de su fin; la segunda, en la *temporalidad* en dicha realización; y la tercera, el grado de completitud de la realización del fin<sup>952</sup>. Si cada una de esas variables se gradúa, se obtiene que una prohibición penal puede tener desde una probabilidad absoluta de realizar el fin, es decir, certeza sobre esa posibilidad, hasta grados casi inexistentes de esa probabilidad; el fin puede realizarse a corto, mediano o largo plazo; y la realización de los fines de la prohibición penal puede ser completa en el sentido de alcanzar todos los aspectos del fin previsto para ella, solo algunos de esos aspectos o ninguno de ellos.

*Ilustración 2. Esquema gráfico de las variables que integran la conexión racional*

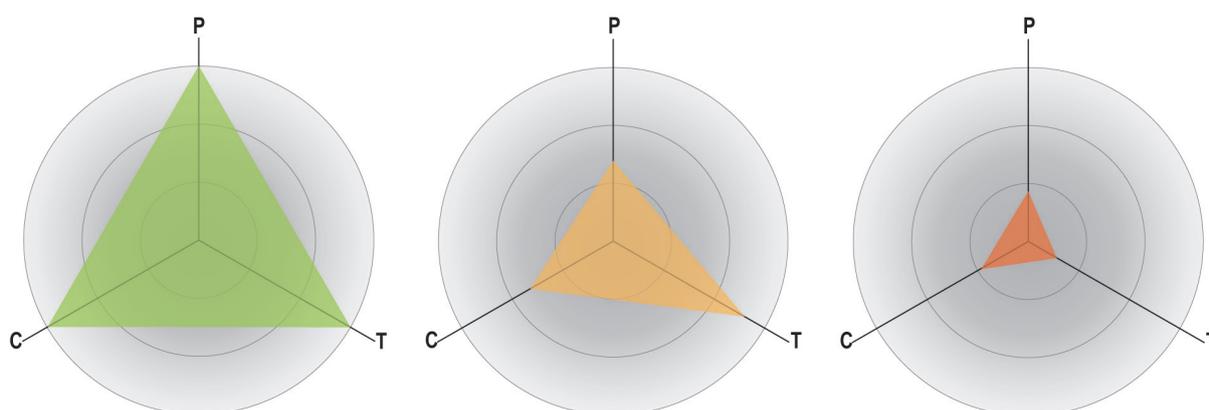


951 Ver *Supra* §26.1.

952 BERNAL PULIDO (2014, p. 941) distingue cuatro variables que son la eficacia, la probabilidad, la temporalidad, la realización del bien. En el esquema aquí propuesto las dos primeras se refunden en la variable de la probabilidad de la eficacia.

Así, la evaluación de la conexión racional de una prohibición penal se puede graficar. En la Ilustración 3 siguiente se muestran tres posibles escenarios que podrían tener lugar si se grafican las variables que componen la conexión racional.

*Ilustración 3. Representación gráfica del nivel de concreción de los componentes de la conexión racional en tres prohibiciones penales*



«P» es Probabilidad de la eficacia, «T» es Temporalidad y «C» es Compleitud de la realización del fin.

En la gráfica de la izquierda se representa una prohibición penal que ha alcanzado los mayores posibles de conexión racional, es decir, que su probabilidad de eficacia es cercana a la certeza absoluta, que el fin de la prohibición se puede realizar a corto plazo y que con ella se verificarán todos los aspectos de su fin adecuado. La gráfica del centro muestra un escenario intermedio, en el que la probabilidad de eficacia de la prohibición se evalúa como intermedia, así como también se espera que solo algunos aspectos del fin adecuado se realicen en un espacio temporal medio. Finalmente, la gráfica de la derecha muestra un escenario menos auspicioso de la prohibición penal: una baja probabilidad de eficacia en la realización del fin adecuado, en un plazo muy extendido y donde se espera que muy pocos aspectos de la prohibición se verifiquen.

Las representaciones gráficas incluidas en la Ilustración 3 conducen al problema de determinar qué grado debe obtener el análisis de la conexión racional para considerar que este componente del test de proporcionalidad se encuentra satisfecho. Al respecto, no puede considerarse, por ejemplo, que la gráfica de la derecha representa ausencia de conexión racional y que en la de la izquierda, por el contrario, sí pueda afirmarse la existencia de conexión racional. Estimo que, en este punto, la solución correcta pasa por adoptar una versión débil<sup>953</sup> sobre el criterio de tolerancia sobre la afirmación o negación de la conexión racional, configurándolo como un test de requisito mínimo<sup>954</sup>, entre otras razones, porque en esta sede debe cuidarse la correlación de la juridicidad proporcional con otros valores, como el de la libertad del legislador. Esto significa que, para afirmar

953 BERNAL PULIDO (2014, pp. 913-ss).

954 BARAK (2017, p. 348).

la conexión racional de la prohibición penal con el fin adecuado no se requiere que esta se manifieste en los máximos grados posibles en los tres criterios anteriores. En sentido inverso, que una prohibición penal carece de la necesaria conexión racional solo en ausencia de esos tres criterios. En ese sentido, la prohibición penal representada en la gráfica de la derecha de la Ilustración 3 se encuentra muy próxima a estar en la situación de desconexión racional y, por tanto, de no satisfacer la juridicidad proporcional.

La adopción de una versión débil, según la cual solo la ausencia de los tres criterios hace que la norma penal falle en este estadio del test de proporcionalidad, hace surgir la pregunta por la utilidad del componente material de la conexión racional en la juridicidad proporcional. Si ella se satisface de acuerdo con su versión débil, entonces, podría prescindirse de este componente sin que se altere la funcionalidad de la juridicidad penal como estatuto limitador de la potestad punitiva. Enfrentado a este problema, BARAK concluye que sí se justifica mantener la conexión racional como componente, puesto que «a través de él podemos examinar si el fin que se presenta como el fin legislativo es, de hecho, el fin real»<sup>955</sup>.

Por otro lado, la conexión racional tiene una base fáctica, pero ello no significa que su establecimiento requiera de una corroboración empírica, por métodos cuantitativos, sobre la forma en que la prohibición penal contribuye a realizar el fin adecuado. Aunque el componente de la conexión racional «está basado en las probabilidades fácticas y, por consiguiente, se considera como un test fáctico, de naturaleza negativa»<sup>956</sup>, su averiguación es, sin embargo, de carácter analítico. La información empírica de que se disponga sobre los efectos de una prohibición penal puede contribuir de forma importante a la formación del juicio sobre la conexión racional, pero la indisponibilidad de ella, en caso alguno, impide tal enjuiciamiento.

### 27.1. Prohibición del mercado de órganos humanos

Las prohibiciones penales de adquirir e intermediar órganos humanos cuentan con un fin adecuado como se analizó precedentemente<sup>957</sup>. Ahora es necesario analizar si existe o no la necesaria conexión racional entre tales prohibiciones y su fin.

Es posible sostener que la probabilidad de eficacia de las prohibiciones de adquirir e intermediar órganos humanos en la realización del fin –primera variable de la conexión racional– debería ser en España relativamente baja. Tal improbabilidad no se debe a que las prohibiciones sean incapaces de realizar sus fines, sino por la propia realidad que en España presenta la técnica de los trasplantes. Hasta el año 2019, España registró el mayor número absoluto y la mayor tasa de trasplantes comparado con otros países<sup>958</sup>.

---

955 BARAK (2017, p. 349).

956 BARAK (2017, p. 349).

957 Ver *Supra*, §26.2.4.6.

958 MINISTERIO DE SANIDAD Y ORGANIZACIÓN NACIONAL DE TRASPLANTES (2019, p. 4). Los países incluidos en la comparación con España son Estados Unidos de Norteamérica, Canadá, Australia, Polonia, Grecia, Italia, Suiza, Hungría, Reino Unido, Austria, Alemania, Bélgica, Suecia, Francia y Portugal.

Supuesto que todos los trasplantes se hicieron en el sistema formal y, por ello, con los debidos controles sobre el cumplimiento de la normativa aplicada, España tiene la mayor disponibilidad legal de órganos humanos del contexto europeo. Esto puede ser posible gracias a un conjunto de factores que incluyen una alta adhesión al sistema de trasplantes que se manifiesta en una alta aportación de órganos por decisión de los donantes o de los familiares<sup>959</sup> y un sistema de sanidad público con las capacidades lo suficientemente desarrolladas<sup>960</sup>. La positiva actitud de la comunidad hacia el sistema de trasplantes, unido a la existencia de una regulación avanzada (dentro de la que se incluyen las prohibiciones penales<sup>961</sup>) indicadores sociales positivos propios de una economía desarrollada, hacen que las prohibiciones penales no se enfrenten a conflictos actuales que sean perceptibles en lo inmediato. En otras palabras, que las prohibiciones penales de adquisición e intermediación de órganos humanos no se enfrentan a una realidad presente que contenga un mercado ilícito de órganos, al menos dentro de las fronteras territoriales del Estado español. Tales prohibiciones tienen, en consecuencia, un potencial de actuación en el futuro si llegara a producirse un mercado ilícito de órganos.

En un eventual escenario de proliferación de las conductas de adquisición e intermediación en la adquisición ilícita de órganos, por la propia naturaleza de las conductas prohibidas, la variable de temporalidad en la realización de sus fines debería estar más cercana al corto plazo. Es difícil conocer la necesidad en un futuro a largo plazo de un trasplante de órganos. Por el contrario, la indicación médica para este tipo de acciones terapéuticas se hace cuando el desarrollo de los cuadros clínicos adquiere un estado tal que requieren una rápida actuación, en el corto plazo.

En lo que se refiere a la tercera variable, esto es el grado de completitud de la realización del fin, las prohibiciones penales de adquisición e intermediación en la venta de órganos humanos aparecen como completas, toda vez que abordan los dos aspectos básicos de la obtención como mercancía de órganos humanos<sup>962</sup>. Debe también destacarse

---

959 El porcentaje de decisiones negativas a la donación después de las entrevistas para ese fin ha caído sostenidamente desde 2010 (19,0%) hasta 2019 (13,7%) (MINISTERIO DE SANIDAD Y ORGANIZACIÓN NACIONAL DE TRANSPLANTES, 2019, p. 18).

960 En 2019, el aporte del sistema privado de sanidad en la extracción de órganos para trasplante fue solo de 6%. El 94% restante de las extracciones fue llevada a cabo por el sistema público de sanidad (MINISTERIO DE SANIDAD Y ORGANIZACIÓN NACIONAL DE TRANSPLANTES, 2019, p. 21).

961 En Propuesta de recomendación REC-CIDT-2006 (6) sobre solución a la escasez de donantes. Fases del Proceso de Donación - Áreas de Mejora (Consejo Iberoamericano de Donación y Trasplantes, Montevideo, 23 al 25 de octubre de 2006. Disponible electrónicamente en [[http://www.ont.es/infesp/DocumentosDeConsenso/Soluciones\\_a\\_donacion.pdf](http://www.ont.es/infesp/DocumentosDeConsenso/Soluciones_a_donacion.pdf)]), puede leerse:

Como resultado de [la] creciente demanda y esta lenta mejoría en la disponibilidad de órganos, en algunos países donde la donación de vivo, está escasamente regulada o no lo está en absoluto, se asiste con frecuencia creciente a la proliferación de personas dispuestas a ceder uno de sus riñones a cambio de dinero o alguna otra clase de compensación. Además del innegable problema ético que plantea la venta de órganos y tejidos, existe el problema de la insuficiente garantía de calidad y seguridad de los mismos.

962 Sobre las conductas incluidas por el tipo penal en la adquisición y la intermediación, ver *Supra* nota al pie n° 930 y 931. Sobre los tipos generales que podrían también concurrir en las conductas de adquisición e intermediación, ver *Supra* nota al pie n° 923.

que el legislador ha decidido dejar fuera de las prohibiciones penales la conducta de la persona que decide comercializar sus propios órganos. A juicio de MUÑOZ CONDE, esta decisión «se explica por las razones de necesidad económica en las que normalmente se encuentra el sujeto que ofrece sus órganos a cambio de una contraprestación»<sup>963</sup>. Desde la perspectiva de la juridicidad proporcional, esta decisión es coherente porque difícilmente podría hallarse un fin adecuado para la prohibición de la comercialización de órganos propios si se toma en serio la disponibilidad del propio cuerpo. Aunque esta última conclusión pudiera aparecer contradictoria con la prohibición de adquisición e intermediación respecto de órganos ajenos, esa contradicción es aparente. Lo anterior, porque el Ordenamiento jurídico sí reconoce la capacidad de disponer sobre órganos propios, ya que estos pueden ser cedidos a terceros, pero siempre en forma gratuita y sin que sea posible obtener a cambio una contraprestación material. En consecuencia, tanto la comercialización como el previo ofrecimiento de órganos propios también se encuentra prohibida (aunque no penalmente).

## 28. El componente de la necesidad

### 28.1. La necesidad como componente de la proporcionalidad en general

En la teoría general de la proporcionalidad, la *necesidad* es su tercer componente. Este tiene como objeto de análisis el medio o estrategia elegido por el legislador para alcanzar el fin adecuado previsto para la injerencia sobre un derecho fundamental sometido a la evaluación, ya que «toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto»<sup>964</sup>. El análisis en que consiste el componente de la necesidad se efectúa por medio de su comparación con otros medios hipotéticos o posibles distintos de la injerencia. Al decir de BARAK:

[l]a necesidad de los medios definidos por la ley surge, por consiguiente, del hecho de que no existe otra alternativa hipotética que sea menos dañosa para el derecho en cuestión y que al mismo tiempo fomente igualmente el fin de la ley. Si existe una alternativa menos restrictiva capaz de alcanzar el fin de la medida, entonces no existe necesidad de ésta. Si una medida diferente cumple con la meta con menos o ninguna restricción del derecho humano, entonces el legislador debe escoger esta medida»<sup>965</sup>.

La comparación en que consiste el componente de la necesidad dentro del test de proporcional opera entre dos o más medidas que tienen, cada una de ellas, la capacidad de realizar el fin por sí solas<sup>966</sup> (se trata de medidas que cuentan con un fin adecuado y

---

963 MUÑOZ CONDE (2019, p. 126).

964 BERNAL PULIDO (2014, pp. 932-933).

965 BARAK (2017, p. 351).

966 BARAK (2017, p. 355).

que presentan la necesaria conexión racional). Luego, ante la existencia de esta alternativa entre dos medidas posibles, debe optarse por aquella que represente la menor injerencia posible a un derecho fundamental. La medida que represente el mayor grado de injerencia o sacrificio de un derecho es, por ello, inconstitucional por ser desproporcionada frente a la medida que compite con ella.

## 28.2. La necesidad como componente de la juridicidad proporcional

Al traspasar el componente de la necesidad desde la concepción general de la proporcionalidad a la juridicidad proporcional, esto es, al hacerla operar dentro del Derecho Penal, esta consiste en que la injerencia sobre un derecho fundamental que representa la prohibición penal debe compararse con otras medidas hipotéticas alternativas que tengan como condición de realizar el fin de la prohibición sometida a examen de la misma forma que ella. El componente de la necesidad producirá como resultado un juicio que indique si, en el caso concreto, pudo haberse elegido algún otro medio con una injerencia sobre los mismos derechos fundamentales, pero con una intensidad menor que el que representa la prohibición penal para la realización del fin adecuado de ella. El requisito de la necesidad tiene, por tanto, dos elementos: (a) la existencia de un medio alternativo hipotético que promueva igualmente el fin previsto para la prohibición penal; y (b) que el medio hipotético alternativo restringe ese mismo derecho fundamental en una menor magnitud que lo que lo hace la prohibición penal<sup>967</sup>. De esta forma, se cumple con el requisito de la necesidad si no existe otro medio distinto de la prohibición penal para alcanzar o realizar el fin adecuado.

En el ámbito del Derecho Penal, la necesidad así expresada representa un cierto grado de coincidencia con su carácter de *ultima ratio*. Por otro lado, la comparación con medidas hipotéticas alternativas a la prohibición penal que este componente exige parece conducir de forma automática a la disyuntiva entre Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador. Pero ello no es necesariamente así. Es cierto que el Derecho Administrativo sancionador es un área en la que la búsqueda de medidas alternativas a las penales puede producir resultados fértiles, pero ello no hace que sea el único en el que puede efectuarse esa búsqueda. Asimismo, que la formulación teórica del componente de la necesidad plantea ciertas restricciones que se relacionan, fundamentalmente, con la exigencia de que la medida alternativa no implique mayores costes de ejecución que la prohibición penal, área en la que el Derecho Penal pareciera ir con cierta ventaja porque, por lo general, este es mucho más barato (financieramente) que otras posibles políticas públicas para abordar conflictos<sup>968</sup>. Finalmente, que la comparación de la prohibición penal no necesariamente debe hacerse con otras medidas no-penales: también puede

---

967 BARAK (2017, pp. 357-365).

968 En este sentido, DÍAZ PITA y FARALDO-CABANA (2002, p. 121), quienes destacan la facilidad que representa para el Estado responder a las expectativas de los ciudadanos «a golpe de promulgación de normas penales [que] se convierte en una posibilidad barata, con mucha repercusión y que tiene la extraña virtud de calmar las expectativas de la población».

efectuarse con otras prohibiciones penales de un contenido menor o con una configuración diferente. Estos cuatro aspectos serán analizados a continuación.

### 28.2.1. Necesidad y *ultima ratio*

En un primer análisis, puede considerarse que la necesidad como componente de la juridicidad proporcional se está refiriendo a lo que la dogmática penal tradicionalmente ha denominado principio de intervención mínima o *ultima ratio*. De hecho, ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC hacen esa identificación, cuando afirman, dentro de la exposición que realizan sobre la proporcionalidad, que el principio de intervención mínima es aquel en cuya virtud «únicamente cabe recurrir al [Derecho Penal] cuando los demás medios del arsenal jurídico, propios de las restantes ramas del ordenamiento jurídico, han resultado insuficientes para tutelar el bien o los bienes jurídicos agredidos»<sup>969</sup>.

Sin embargo, un examen más detallado de la necesidad como componente de la juridicidad proporcional indica que entre este y el carácter de *ultima ratio* hay diferencias sustanciales.

La primera de ellas consiste en los casos en que los que legítimamente se puede recurrir al Derecho Penal.

En virtud del carácter de *ultima ratio* el Derecho Penal (y con ello el recurso a la prohibición penal) queda relegado como una última herramienta a la que puede recurrir el Estado dentro de un supuesto orden de prelación en dichas estrategias, «incluso cuando se trate de proteger los bienes jurídicos fundamentales, si se consigue esta protección por otros medios no debemos recurrir al Derecho penal»<sup>970</sup>. «Para la protección de los intereses individuales y sociales» escribe ZUGALDÍA ESPINAR,

deberá preferirse, ante todo, la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción [...]. Seguirán a continuación las sanciones no penales: civiles (por ejemplo: impugnabilidad y nulidad de negocios jurídicos, reparación de daños y perjuicios, etc.) y administrativas (multas, privación de concesiones, etc.). Solamente cuando se ha comprobado que ninguno de los medios anteriores es suficiente para la prevención de determinados hechos dañosos, estará legitimado el recurso al Derecho Penal. Dicho con otras palabras: la política penal (prevención del delito a través de la pena) debe ocupar el último lugar en los planes de política criminal (prevención del delito en general) del Estado<sup>971</sup>

No puede entenderse que del componente de la necesidad en la juridicidad proporcional emane un pretendido orden de prelación, ni menos que el Derecho Penal esté en

---

969 ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC (2020, p. 74).

970 MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (2019, p. 66).

971 ZUGALDÍA ESPINAR (2010, p. 96). En sentido similar, RAMOS TAPIA (2020, p. 55), para quien «la intervención penal solo es lícita en aquellos supuestos en los que otros recursos no penales de prevención de una conducta [...] no resultan adecuados o eficaces para la protección de los bienes jurídicos. Es decir, el Derecho Penal debe ser la *ultima ratio*, el último recurso a utilizar por el Estado para prevenir conductas indeseadas».

el último lugar. Ello, tanto porque tal supuesto orden de prelación no puede derivarse de disposición jurídica alguna, como porque en virtud de la juridicidad proporcional, el Derecho Penal compite con los otros órdenes normativos de protección de igual a igual. La preeminencia de su uso en un caso concreto, o la postergación de él frente a otras estrategias, no es una cuestión que esté preordenada; es un asunto que deberá decidirse, caso a caso, frente a las posibilidades de realización del fin por la prohibición y la existencia de otra medida que represente una menor injerencia en un derecho fundamental.

Es cierto que la asignación al Derecho Penal de una «última» instancia tiene más un sentido ilustrativo de la necesidad de preferir otros mecanismos que una intención de describir con exactitud cómo funciona el Ordenamiento jurídico. Pero esa misma pretensión comunicativa sobre la que es construido el concepto de *ultima ratio* es la que determina sus escasas posibilidades de transformarse en un principio o una regla completamente operativa. En efecto, uno de los principales problemas que pueden predicarse la concepción de *ultima ratio* se relacionan con la ausencia de criterios materiales que permitan determinar en cada caso cuándo las otras vías distintas del Derecho Penal son insuficientes y, por tanto, pueda recurrirse a la prohibición penal sin infringirse su pretensión de *ultima ratio*. Recurriendo a la dogmática alemana, MAÑALICH RAFFO<sup>972</sup> critica la concepción de subsidiariedad del Derecho Penal. Uno de los aspectos de la crítica que formula se relaciona con la «asunción de la comparabilidad –y, por ende, de la conmensurabilidad– de la regulación penal con cualesquiera otros mecanismos regulativos a los que el Estado puede echar mano»<sup>973</sup>. A su juicio, el problema no está en la decisión de si recurrir a una norma de comportamiento o a una norma de sanción, sino que, en realidad, bajo qué presupuestos se debería admitir que el cumplimiento de una norma de comportamiento sea exigido por medio una norma sancionatoria penal. El criterio, apunta el autor, «es indisociable del *significado desaprobatorio* que es socialmente reconocido a la reacción penal»<sup>974</sup>, de modo que, en definitiva, el problema tiene un carácter político propio de la política criminal.

Tiene razón MAÑALICH RAFFO en que la decisión de cuándo recurrir a la norma sancionatoria penal como complemento de una norma de conducta es un asunto en el que entran en juego variables de carácter político, tal como se ha argumentado antes. Pero disiento del foco puesto en la relación <norma de comportamiento-norma sancionatoria> en cuanto el peso definitorio recaiga sobre esta última. Lo anterior, porque en materia de juridicidad proporcional es posible sostener una diferenciación en cuanto a los fines adecuados entre la prohibición penal y pena (que sería lo mismo decir que existe una autonomía entre la norma de comportamiento y la sancionatoria). Esta diferenciación permite sostener que una prohibición penal tiene en sí misma una carga valorativa propia que la distingue de otras prohibiciones, aun cuando su cumplimiento estuviera resguardado por una pena mínima de un día de privación de libertad o una multa de 1 euro. Es cierto que, desde el punto de vista de la estructura de la norma, la prohibición

---

972 MAÑALICH RAFFO (2018, pp. 64-ss).

973 MAÑALICH RAFFO (2018, p. 65).

974 MAÑALICH RAFFO (2018, p. 66).

penal es igual que la prohibición de disponer libremente de los bienes a través de un testamento; pero desde el punto de vista valorativo, ambas prohibiciones son diferentes, no solo por la significación social que conlleva la prohibición penal, sino también por el procedimiento necesario para la actuación de la sanción que cada una de ellas conlleva. El proceso penal, aun cuando finalice en una sentencia absolutoria, tiene innegablemente un mayor peso en restricción de derechos y de cargas que un proceso civil para decidir sobre la validez de un testamento.

En suma, que entre el carácter de *ultima ratio* y la necesidad como componente de la juridicidad proporcional hay diferencias sustanciales que obligan a concluir que no se tratan de lo mismo. Entre estas diferencias, que la necesidad no opera como un control sobre el uso de la herramienta final que es el Derecho Penal, sino más bien plantea un control sobre la posibilidad de recurrir a la prohibición penal como otra estrategia más dentro de las disponibles para el legislador. El Derecho Penal no está en el último lugar del orden de prelación de tales estrategias. Asimismo, que la comparación en que la necesidad consiste debe hacerse en función de la propia carga axiológica que representa la prohibición penal con relación a otras prohibiciones extrapenales (incluso, con otras prohibiciones penales de distinta formulación).

### **28.2.2. Fuente de las medidas alternativas a la prohibición penal**

Las medidas alternativas que se pueden usar como comparación con la prohibición penal en el marco del componente de la necesidad en la juridicidad proporcional pueden ser de cualquier tipo, siempre que queden comprendidas dentro de los límites analizados en el apartado siguiente. Esto significa que la medida alternativa de comparación bien puede ser una medida de carácter civil, laboral, administrativa, entre otras; en una formulación general, que por su naturaleza pertenezca o forme parte de otros órdenes de protección normativa distinto del Derecho Penal.

En esta lógica, el Derecho Administrativo sancionador se muestra como un terreno especialmente fértil para encontrar medidas alternativas para comparar con una norma penal. Es imposible desarrollar con profundidad el espeso terreno de las diferencias sustanciales entre Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador; y, a la vez, innecesario en atención a los criterios que, al respecto, ha propuesto RANDO CASERMEIRO<sup>975</sup>, cuya completitud y coherencia ofrecen un marco conceptual adecuado.

En la operación del componente de necesidad de la juridicidad proporcional, la comparación de una prohibición penal propuesta con una prohibición administrativa como su alternativa, es especialmente importante porque en varios aspectos, una prohibición administrativa puede igualmente realizar el fin de la misma forma en que puede hacerlo la penal y representa, en cambio, un nivel menor de injerencia. Como se desarrolló en el apartado anterior, la prohibición penal tiene una carga valorativa propia que la distingue de todas las demás prohibiciones. Esa mayor carga debe considerarse como un *plus* de injerencia de la prohibición penal en el derecho fundamental por sobre

---

975 RANDO CASERMEIRO (2010).

la prohibición administrativa. Ello no solo por la intensidad de la norma de sanción que complementa a cada una de esas prohibiciones (contenidas en sendas normas de comportamiento), sino porque, principalmente, por el peso comunicativo disvalorador que tiene la prohibición penal. En este esquema, un dilema entre prohibición penal y administrativa debería resolverse, *prima facie*, a favor de la prohibición administrativa. Lo anterior, sin perjuicio de la existencia de áreas específicas en las que la prohibición penal tiene preeminencia. RANDO CASERMEIRO identifica solo dos de esas áreas en las que no habría opción posible para elegir, determinándose el recurso a la prohibición penal. Tales áreas son (a) la conducta prohibida «pertenece al núcleo duro penal» y (b) el «procedimiento de averiguación de los hechos y de la responsabilidad exige la vulneración del núcleo esencial de los intimidad e inviolabilidad del domicilio»<sup>976</sup>.

Fuera de los ámbitos en los que el Derecho Penal tiene preeminencia, la prohibición administrativa es buena candidata para desplazar a la prohibición penal en virtud de la necesidad como componente de la juridicidad proporcional. Los criterios propuestos por RANDO CASERMEIRO en su «Tabla de eficiencia»<sup>977</sup> puede constituir una buena guía para decidir frente a cada grupo de casos, si la preeminencia corresponde a la prohibición penal o a la prohibición administrativa, mediante los niveles ético, teleológico y pragmático que él identifica. En este punto entra en juego el carácter político de las decisiones legislativas y, en concreto, el carácter político de la potestad punitiva del Estado. La explicación final sobre una decisión legislativa no puede considerarse como exclusivamente técnica o apegada a criterios de racionalidad normativa; existe una racionalidad, la política, que, en definitiva, llevará a tomar una u otra decisión. El control jurisdiccional constitucional de una decisión legislativa no puede perder de perspectiva esta característica y debe ser capaz de conciliar las racionalidades normativas con las políticas. Esa convivencia de racionalidades, en todo caso, puede sostenerse solo hasta un límite máximo permitido: la mayor vigencia posible de los derechos fundamentales.

### **28.2.3. Las restricciones a la operación del componente de la necesidad**

En la formulación teórica de la necesidad dentro del test de proporcionalidad en general se sostiene que este componente se refiere específicamente a la comparación en términos de la injerencia en un derecho fundamental. De esta forma, se plantean restricciones al componente de la necesidad. Al aplicar tales restricciones a la juridicidad proporcional, el esquema sería el siguiente:

El elemento relevante para la comparación entre la prohibición penal y la medida alternativa es el derecho fundamental restringido por la primera, que debe ser el mismo en la segunda. En consecuencia, por ejemplo, si la prohibición penal restringe el derecho a la libertad de reunión y la medida alternativa significara una injerencia sobre un derecho diferente, ese no sería un problema de necesidad, sino de ponderación o de proporcionalidad en sentido estricto (el siguiente componente de la juridicidad proporcional). En

---

976 RANDO CASERMEIRO (2010, pp. 529 y 531, respectivamente. Además, pp. 228-232, 460-463, 516).

977 RANDO CASERMEIRO (2010, pp. 526-532).

consecuencia, se puede afirmar que la prohibición penal cumple con el componente de la necesidad (es necesaria) cuando «el uso del medio menos restrictivo conducirá a una restricción de otros derechos que no han sido objeto de restricción»<sup>978</sup> por la prohibición penal sometida a examen.

Si la medida alternativa con la que se pretende comparar la prohibición penal sometida al juicio de juridicidad proporcional implica gastos presupuestarios que la prohibición penal no preveía, es una cuestión que también queda fuera del componente de necesidad y representa un problema que puede ser resuelto en sede de ponderación. Por ello, la prohibición penal es necesario si se la compara con una medida alternativa, pero que esta «conduzca a un gasto de fondos estatales, a un reordenamiento de las prioridades presupuestales estatales o a nuevas restricciones a derechos de la misma persona o de derechos ajenos»<sup>979</sup>.

En síntesis, la prohibición penal es necesaria si la medida alternativa con la que se le compara: (a) representa una injerencia respecto de un derecho fundamental diferente de aquel afectado por la prohibición penal, aunque la restricción a ese otro derecho sea de inferior magnitud; (b) representa una injerencia respecto de un mismo derecho fundamental de aquel afectado por la prohibición penal, pero de una titularidad diferente al que prevé la injerencia de la prohibición penal; y (c) significa la adopción de medidas que implican una modificación de las cargas presupuestarias públicas, aunque por esa vía la injerencia sea de menor entidad que la prevista por la prohibición penal. Todos los supuestos excluidos previamente del análisis de necesidad son parte del examen a que conduce el siguiente componente de la juridicidad proporcional (ponderación).

#### **28.2.4. Comparación de una prohibición penal con otra hipotética prohibición penal alternativa**

Forma parte también del análisis que en sede de necesidad se puede realizar, el de comprar la prohibición penal proyectada o aprobada por el legislador con formas alternativas hipotéticas de esa misma prohibición penal. En este caso, entran a jugar consideraciones como la extensión de la prohibición penal, su forma concreta, la inclusión o exclusión o elementos que la configuran, etc.

En otras palabras, que el análisis de necesidad también permite analizar la forma en la que el legislador haya construido la prohibición penal y si existen otras formas hipotéticas que, de haberse adoptado, hayan permitido la realización del fin de la prohibición, pero con un nivel inferior de injerencia.

Este es el espacio en el que la juridicidad proporcional puede recibir con brazos abiertos las objeciones sobre la técnica escogida por el legislador y que conforman una parte importante del núcleo central de los estudios dogmáticos de la doctrina penalística. No se trata de encontrar medidas alternativas fuera del Derecho Penal, sino de mejorar la estructura de la prohibición penal en términos de la disminución de su injerencia

---

978 BARAK (2017, p. 358).

979 BARAK (2017, p. 359).

sobre los derechos fundamentales.

Así, por ejemplo, la crítica que pueda formularse a la estructura interna de la prohibición penal contenida en el artículo 379.2 CPe pertenecería a este grupo de comparaciones; mientras que el reclamo por el reemplazo de esta prohibición penal por una de naturaleza administrativa para algunos supuestos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, pertenecería al grupo analizado en el apartado 28.2.2.

En el primer caso, debe reconocerse que la redacción del artículo 379.2 CPe es enrevesada. De acuerdo con la doctrina, se encuentra penalmente prohibida la conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas (también bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, pero me concentraré en el consumo de alcohol previo a la conducción). Si el sujeto activo lo hace con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o en sangre superior a 1,2 gramos por litro «se presume dicha afectación *iuris et de iure*»<sup>980</sup> porque, de acuerdo con el tenor literal de la disposición, en ese supuesto, el sujeto «en todo caso será condenado». Si no hay certeza cuantitativa de la tasa de alcohol por no haberse practicado algún examen, o existiendo esa certeza, la tasa es inferior a los límites cuantitativos fijados por la ley, «dicha afectación habrá de ser demostrada en el caso concreto»<sup>981</sup>. El legislador presume que una tasa de alcohol superior a las indicadas produce el efecto de afectar las condiciones sicomotoras necesarias para una conducción segura.

Si la prohibición penal consiste en conducir un vehículo con las capacidades sicomotoras alteradas, presumir que ello ocurre si la presencia de alcohol en el aliento o en la sangre supera unas determinadas cantidades deja de ser necesaria, si se compara esa forma de construir la prohibición con otra redacción hipotética alternativa. Tal podría ser, por ejemplo, «el que conduzca vehículo de motor o ciclomotor con sus capacidades sicomotoras alteradas por la ingesta de alcohol, será sancionado con ...».

Asimismo, esta crítica se ve reforzada por el hecho que la prohibición penal no requiere, según su tenor literal, de «una puesta en peligro concreto de la vida o la salud, bastando tan sólo con la conducción del vehículo en tales circunstancias»<sup>982</sup>. Por la extensión de esta forma de construir la prohibición penal, ella alcanza incluso al «beodo que a las tres de la madrugada circula por una playa desierta unos metros»<sup>983</sup>. Si la prohibición contenida en el artículo 379.2 CPe se la compara con una prohibición hipotética del tipo «el que conduzca vehículo de motor o ciclomotor con sus capacidades sicomotoras alteradas por la ingesta de alcohol, poniendo con ello en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, será sancionado con ...», es evidente que la formulación alternativa está en las mismas condiciones de realizar el fin de la prohibición en vigor, pero con una injerencia de menor grado sobre la libertad del conductor. En la formulación alternativa, la libertad se restringe solo en los casos en los que la conducción sea efectivamente peligrosa para la vida o la integridad de otros usuarios de la vía, pero no a

---

980 MUÑOZ CONDE (2019, p. 634).

981 MUÑOZ CONDE (2019, p. 634).

982 MUÑOZ CONDE (2019, p. 634).

983 MUÑOZ CONDE (2019, p. 634).

todo evento, como ocurre con la prohibición en vigor. Por esa razón, puede decirse que la prohibición penal en vigor no es necesaria y, por tanto, no supera el test de la juridicidad proporcional, pudiendo considerarse inconstitucional.

Probablemente, la conducta de beber alcohol antes de conducir un vehículo no generará muchas simpatías y, por tanto, el discurso de su libertad tendrá poco apoyo. Y es comprensible que ello sea así, sobre todo porque estamos cada más concienciados sobre los peligros que representa el binomio alcohol-conducción. En la medida que ese reproche y esa actitud crítica se mantenga como una norma moral, pareciera no haber problemas. Sin embargo, al análisis jurídico debe partir de supuestos distintos. El conducir un vehículo aun habiéndose ingerido alcohol previamente es una conducta que se encuentra incluida dentro del supuesto de hecho de la libertad de comportamiento. Claramente, esa libertad puede ser restringida en los términos previstos por el artículo 53.1 CE. Pero para que esa restricción sea legítima –y con ello tanto la conciencia del preocupado por la seguridad vial como la del interesado en la vigencia efectiva del régimen democrático queden satisfechas– la prohibición penal debe ser proporcional.

Relacionado con este aspecto de la necesidad se encuentra el problema formulado por GARCÍA ARÁN con relación a la técnica legislativa de prever nuevos tipos penales, pero cuya conducta no es más que la especificación de una conducta más general prevista en tipos ya existentes. En este caso, el nuevo tipo penal «no hace más que concretar la norma general, describiendo supuestos específicos que pueden incluirse en ella, pero que la jurisprudencia aplica escasamente o es reacia a considerar»<sup>984</sup>. Esta autora cita como ejemplos el delito de impago de pensiones acordadas judicialmente en casos de separación y divorcio y su relación con los delitos de abandono de familia o desobediencia; el del acoso sexual laboral y su relación con el amenazas; y *mobbing* inmobiliario y las coacciones<sup>985</sup>. Además de los problemas técnicos que este tipo de estrategia legislativa produce (renuncia de la función jurisdiccional de adaptación de las normas a las nuevas realidades sociales), también pueden ser objeto de su análisis a la luz del componente de la necesidad de la juridicidad proporcional. En este sentido, el cuestionamiento que se puede formular surge si la norma original ya era capaz de realizar los fines de esa prohibición, de modo que una especificación de la conducta o de sus sujetos sea, por ello, prescindible. En la propuesta de GARCÍA ARÁN, «[l]os nuevos tipos penales, particularizados al máximo, ejercen con mayor intensidad la “función de llamada”, porque se dirigen a sujetos y situaciones concretas, pero dicha función de llamada se hipertrofia, convirtiéndose en la función predominante»<sup>986</sup>. Ahí es donde radica un posible cuestionamiento de la necesidad de la nueva norma específica, cuando la función de llamada se alza como predominante, cuestión que está íntimamente vinculada con el abuso de los efectos simbólicos del Derecho Penal que se analizará más adelante como un caso de legislación anormal<sup>987</sup>.

---

984 GARCÍA ARÁN (2008, p. 200).

985 GARCÍA ARÁN (2008, p. 200).

986 GARCÍA ARÁN (2008, p. 202).

987 Ver *Infra* §30.2.

## 29. El componente de la ponderación (proporcionalidad en sentido estricto)

También denominado proporcionalidad en sentido estricto, este es el último componente del principio de la juridicidad proporcional. Consiste en «una ponderación de los beneficios obtenidos por el público y la vulneración causada al derecho fundamental con ocasión del uso de los medios seleccionados por la ley para la obtención del fin adecuado»<sup>988</sup>. Se trata de una relación de comparación entre el «coste» de la restricción del derecho y el «beneficio» obtenido por él «con el objeto de ponderar el beneficio que se obtiene a través del fin adecuado y la vulneración causada al derecho»<sup>989</sup>. Una injerencia cumplirá con el estándar de ponderación si el beneficio obtenido con ella es mayor que el coste que ella implica asumir y «está dirigida a resolver la tensión entre los beneficios que se obtienen de la realización del propósito de la medida y la vulneración causada al derecho fundamental»<sup>990</sup>.

Lo sometido al análisis de ponderación es una injerencia que ya ha superado los tres primeros subtests: esa injerencia tiene un fin que es adecuado (constitucionalmente fundado), ella tiene la capacidad de realizar ese fin (conexión racional) y, además, es necesaria en la medida que no existen medidas alternativas hipotéticas que, con un menor nivel de restricción del derecho, puedan realizar de la misma forma el fin de la injerencia. Lo que se debe evaluar a propósito de la ponderación es que «cuanto mayor sea la importancia social de prevenir la vulneración marginal del derecho fundamental en cuestión y más alta sea la probabilidad de que ocurra tal vulneración marginal adicional, más alta y más urgente debe ser la importancia y más alta debe ser la probabilidad de la realización de los beneficios marginales creados por la medida restrictiva»<sup>991</sup>, ya sea que estos beneficios se relacionen directamente con la vigencia de un derecho fundamental o de otros valores con protección constitucional. En la expresiva fórmula de LASCURAÍN SÁNCHEZ –que bien define la ponderación–, «haremos un mal negocio en términos de libertad si perdemos más de la que ganamos»<sup>992</sup>.

La determinación del contenido de la ponderación adquiere especial importancia porque, como lo pone de relieve ALEXY, su grado de racionalidad determina el de su legitimidad, tanto como control constitucional como en su propia aplicación práctica<sup>993</sup>. El problema consiste en la necesidad de dotar a la ponderación de una forma concreta, es decir, de una racionalidad, que la haga operativa. Ello es especialmente importante porque la ponderación es la forma de aplicación de los principios que tiene un menor nivel de desarrollo que la subsunción que es la forma de operativizar las reglas<sup>994</sup>. Una de las principales críticas que se han dirigido a la proporcionalidad como método de adju-

---

988 BARAK (2017, p. 375).

989 BARAK (2017, p. 378).

990 BARAK (2017, p. 382).

991 BARAK (2017, p. 399).

992 LASCURAÍN SÁNCHEZ (2014, p. 289).

993 ALEXY (2019, p. 141).

994 BERNAL PULIDO (2006, pp. 51-52)

dicación constitucional puede ser especialmente visible a propósito de la ponderación. Al respecto, por ejemplo, TSAKYRAKIS afirma que «[l]a metáfora [del balance] nada dice sobre cómo deben balancearse los varios intereses y este silencio tiende a encubrir la imposibilidad de medir valores inconmensurables, introduciendo la imagen de una métrica común cuantitativa y mecánica»<sup>995</sup>.

El debate pareciera situarse entre dos extremos irreconciliables. Por un lado, la denuncia del carácter completamente irracional de la proporcionalidad y especialmente de la ponderación. Las críticas han sido sistematizadas por BERNAL PULIDO y estas consisten en que la ponderación es una fórmula retórica vacía de contenido (imprecisión), que pretende la comparación entre la restricción de un derecho y los beneficios que se obtienen de ella, que son dos realidades inconmensurables, y que la proporcionalidad no ofrece seguridad jurídica, ya que sus resultados son imposibles de predecir<sup>996</sup>.

La crítica de que la proporcionalidad tiene un contenido vago o impreciso no es, a mi juicio, correcta. Como apoyo a esta postura se puede hacer valer la enorme cantidad de producción científica producida al respecto que, aunque con contenidos que pueden ser disímiles, apuntan a cuestiones centrales que identifican conceptualmente a la proporcionalidad en forma clara. La existencia de posturas disímiles en torno a un concepto no es una cualidad propia de la proporcionalidad; piénsese, por ejemplo, en las disputas dogmáticas que sobre el concepto y contenido del dolo se han producido entre los penalistas y, a pesar de ello, nadie estaría en condiciones de acusar al dolo de ser un concepto vacío de contenido. Asimismo, la proporcionalidad como mecanismo de fundamentación es utilizada por tribunales nacionales y supranacionales a diario y su base de penetración se ha difundido extensamente por el mundo jurídico occidental. Y, finalmente, porque la proporcionalidad se ha incorporado a los textos constitucionales más modernos, como normas positivas, como ocurre, por ejemplo con la Constitución sudafricana o la israelí, o con las normas fundamentales de Canadá.

Las matemáticas han desarrollado el concepto de conjuntos borrosos que es útil para explicar lo que, en realidad, ocurre a mi juicio con la proporcionalidad: un diálogo de sordos. Si un conjunto tiene como sus elementos los números «1», «2» y «3», es evidente que «2» pertenece a ese conjunto y que «4» no pertenece a él, sin que sea posible cuestionar esa conclusión. Pero, ¿qué ocurre si la pregunta, ahora, es si «2,5» pertenece o no a ese conjunto inicialmente definido? La respuesta de si «2,5» pertenece o no a ese conjunto deja de ser tan evidentemente clara. Esto es la lógica borrosa que se deriva de la teoría de conjuntos borrosos<sup>997</sup>. Lo mismo ocurre cuando podemos preguntarnos si una «persona ebria» calza o no con el elemento «alcohólico» contenido en el artículo 5.1.e) CEDH, cuyo internamiento es permitido por dicha disposición.

---

995 TSAKYRAKIS (2009, p. 471).

996 BERNAL PULIDO (2008, pp. 53-55).

997 En la teoría clásica de conjuntos, la pertenencia a un conjunto se decide en base a dos opciones absolutas: no pertenencia/pertenencia, identificadas con los valores absolutos 0 y 1, respectivamente. En la teoría de conjuntos borrosos, la función de pertenencia de un elemento a un conjunto toma valores que van desde 0 hasta 1, produciéndose un «intervalo de niveles de pertenencia, es decir, desde la no pertenencia absoluta hasta la pertenencia nítida» (MARTÍN ARMARIO, 1982, p. 145), pasando por todos los «tonos grises» intermedios.

Esta es la cuestión a la que se enfrentó el TEDH<sup>998</sup>: una persona ebria es retenida en un «centro de sobriedad» por 6 horas y media después de que provocó altercados en una oficina de correos a la que concurrió para revisar su casilla y luego de percatarse que esta había sido violada. ¿Estuvo esa retención justificada al alero del CEDH que permite la privación de libertad de una persona, con arreglo al procedimiento establecido por la ley, si se trata del internamiento, entre otros supuestos, de un alcohólico? ¿Cubre el elemento «alcohólico» del CEDH a las personas que hayan desarrollado un síndrome de dependencia alcohólica en los términos de acuerdo con los criterios CIE-10 o también a una persona bajo un estado de intoxicación alcohólica aguda o no, según esos mismos criterios científicos? La decisión del caso no es relevante para los efectos de este análisis, porque lo que quiero relevar es que el razonamiento jurídico se encuentra más cercano a una lógica borrosa que a una de blancos y negros. Como lo afirma MAZZARESE,

La teoría tradicional lógico-deductiva de las decisiones judiciales no deja lugar para la borrosidad: simplemente se ignora cuando no directamente se niega, que la borrosidad sea un rasgo de las decisiones judiciales, tanto en relación a sus elementos constitutivos como en relación a los modelos de razonamiento que maneja el decisor para tomar una decisión judicial<sup>999</sup>.

La explicación del fenómeno jurídico sobre la base de una lógica <convencional> que solo admite los valores de verdadero o falso, conduce a la bipartición de racionalismo/irracionalismo. Las teorías y las conclusiones se consideran racionales, en la medida que obedezcan a tales reglas lógicas de verdad/falsedad; aquellas que se escapan de ese molde son consideradas irracionales.

La aceptación de la lógica borrosa, en cambio, amplía considerablemente los campos de lo racional e irracional y permite conclusiones y resultados de la aplicación del fenómeno jurídico no solo más compatibles con la naturaleza de la realidad sobre la que actúan, sino también resultados más enriquecedores. La lógica borrosa permite una revalorización de la retórica como método jurídico que la Modernidad había desplazado<sup>1000</sup>. Como recuerda ATIENZA, «Aristóteles pensaba que la retórica era necesaria, porque había asuntos simplemente opinables y en relación con los cuales no era posible una argumentación puramente científica, apodíctica»<sup>1001</sup>.

Por lo anterior, para la determinación del contenido de la ponderación he optado por un modelo teórico como el BARAK<sup>1002</sup>, que evita caer en los excesos hiperracionalistas del propuesto por ALEXY, quien a través de su «fórmula del peso» le otorga un contenido matemático.

La ponderación parte del supuesto que ni en las normas fundamentales del Ordenamiento jurídico se haya previsto una escala de precedencia entre derechos o entre ellos y otros intereses protegidos, y que, por su propia naturaleza, ningún derecho tiene in-

---

998 STEDH 26629/95, *caso Witold Litwa v. Polonia*.

999 MAZZARESE (1996, p. 209).

1000 ATIENZA (2005, p. 39)39.

1001 ATIENZA (2013, pp. 369-370).

1002 Ver *Supra* §24.1.

trínsecamente más peso que otro derecho o un interés protegido. Ni el derecho o interés que entra a colisionar con otro derecho que se pretende restringir ni este último tienen un peso predefinido en el ordenamiento jurídico, ya que «la ponderación es únicamente una estructura por medio de la cual no se establece una relación absoluta, sino «una relación de precedencia condicionada» entre los principios, a la luz de las circunstancias del caso, a fin de determinar el sentido de la decisión judicial»<sup>1003</sup>. La única excepción la representan los derechos que son configurados a través de una regla que, como tal, no admiten su restricción. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el derecho a la integridad física y moral y la prohibición absoluta de la tortura prevista en el artículo 15 CE. En este caso, el derecho a la integridad (física y psíquica) nunca puede ser restringido por una ley que autorice el uso de la tortura, porque una así ley, siempre y a todo evento, sería inconstitucional.

En el caso de la juridicidad proporcional, el criterio de la ponderación exige analizar si la restricción de la libertad que implica la prohibición penal en que consiste que fundamenta la pena ofrece un beneficio mayor que el coste o perjuicio de restringir esa libertad. En otras palabras, la prohibición penal es proporcional en sentido estricto (o es ponderada) si la utilidad marginal de contar con la prohibición penal (es decir, de recurrir al Derecho Penal) es mayor que la utilidad marginal de prescindir de ella (o de no recurrir al Derecho Penal).

La prohibición penal del tráfico de sustancias estupefacientes, prevista en el artículo 368 CPe, ofrece buenas posibilidades analíticas. La compatibilidad de esta prohibición con el estándar constitucionalizador que representa la juridicidad proporcional es extremadamente dudoso. Supuesto provisionalmente (es decir, que tampoco se puede afirmar rotundamente) que tal prohibición cuenta con un fin adecuado, relacionado con la evitación de los conflictos que se derivan de la circulación de sustancias estupefacientes, y que tal prohibición está racionalmente conectada con ese fin, la compatibilidad de la prohibición penal del tráfico de estupefacientes llega solo hasta ahí. En efecto, tal prohibición tiene serias dificultades para superar el test con relación a los componentes de necesidad y ponderación.

De acuerdo con el tenor literal del artículo 368 CPe lo prohibido es el tráfico, es decir, la circulación de sustancias estupefacientes. Además, están prohibidas conductas que son, en estricto rigor, actos preparatorios como la producción de sustancias estupefacientes, su posesión preordenada al tráfico y la promoción, favorecimiento y la facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas. Formalmente, el tipo penal prohíbe la circulación de sustancias estupefacientes; también formalmente, el consumo queda fuera de la prohibición penal, siendo esta una conducta lícita por ser expresión directa del derecho a la libertad. Sin embargo, ese esquema es solo formal. En la materialidad, la prohibición del suministro de sustancias implica un alto grado de imposibilidad de satisfacción de la necesidad de consumir sustancias estupefacientes, sobre todo aquellas que no pueden ser autoproducidas por el propio consumidor. El reconocimiento del derecho a decidir por el consumo de drogas aparece como una declaración meramente formal, y hasta hi-

---

1003 BERNAL PULIDO (2006, p. 61).

pócrita. La dificultad de acceder a un suministro estable y confiable opera, en la realidad, como una prohibición implícita del consumo mismo de sustancias estupefacientes.

Desde el punto de vista de la necesidad, existen otros medios alternativos a la prohibición penal que pueden contribuir más eficientemente a la realización de sus fines. Entre ellos, la configuración de un sistema de distribución sometido a control administrativo. Desde el punto de vista de la injerencia, un sistema de control administrativo es mucho más eficiente porque teóricamente hace desaparecer la prohibición implícita sobre el consumo que produce la prohibición penal. Pero la adopción de una estrategia basada en el control administrativo puede no ser una solución apta para el componente de la necesidad, por las inversiones presupuestarias que un sistema de esa naturaleza puede originar. Pero sí es una cuestión que puede debatirse en sede de ponderación.

Con relación a la proporcionalidad en sentido estricto, están, por un lado, los beneficios de la prohibición penal de la distribución de sustancias estupefacientes. Por el otro, con el que aquellos beneficios deben compararse, están los beneficios de evitar esa injerencia.

La evitación de la prohibición penal de la producción y distribución de sustancias estupefacientes produce variados beneficios. Desde luego, está el ya indicado: si la prohibición penal del tráfico no existiera, las personas que deciden consumir sustancias estupefacientes tendrían mayores y mejores posibilidades de ejercer su libertad, pudiendo conseguir tales sustancias de proveedores que podrían resultar más confiables que lo que ocurre bajo la vigencia de la prohibición, como ocurre actualmente con el tabaco. Su consumo es también una actividad que produce daños a la salud física de las personas, costes sociales y costes financieros derivados de las atenciones médicas. La protección de la salud (individual y pública) le da apoyo constitucional a las políticas públicas que pretenden disminuir el consumo de tabaco; pero la estrategia escogida por el legislador no considera el uso del aparato penal (ni aun en el caso de suministro de tabaco a niños, niñas y adolescentes), optando por la reglamentación, y, en todo caso, resguarda el ejercicio de la libertad de las personas que deciden consumir tabaco. La estrategia, en este caso, es poner obstáculos al consumo de tabaco que hagan que no fumar sea más cómodo (y barato) que fumar, de modo que un consumidor la mejora que significa abandonar dicho comportamiento.

Asimismo, las personas que han desarrollado algún tipo de adicción a tales sustancias, también estarían en mejores condiciones de satisfacer su necesidad de consumirlas. Pero los beneficios no se agotan allí. La inexistencia de la prohibición penal sobre el tráfico de drogas produciría la eliminación del delito y, con ello, la desaparición de los grupos de tráfico y los delitos conexos a dicha actividad. Por eso, en sede de ponderación, un sistema alternativo de control administrativo se muestra como preferible; de modo que, en consecuencia, la prohibición penal puede calificarse de desproporcionada.

El examen de ponderación, aplicado a la prohibición de tráfico de drogas, puede expresarse de la siguiente forma: ¿se justifica restringir la libertad de traficar con sustancias estupefacientes y de consumirlas para impedir que el colectivo de personas consumidoras aumente?

### 30. Juridicidad proporcional y comportamiento anormal del Derecho Penal

La dogmática penal ha denunciado la configuración de un «moderno Derecho Penal»<sup>1004</sup>, una etiqueta que se utiliza para describir un comportamiento anormal tanto de la orientación y el contenido de la legislación penal como de su aplicación. Este comportamiento es anormal en el sentido que él se aleja de los postulados clásicos del Derecho Penal. DÍAZ PITA y FARALDO-CABANA<sup>1005</sup> describen la modernidad del Derecho Penal a través de tres notas características. La primera, el cambio del rol del concepto de bien jurídico. En su versión clásica, el bien jurídico era un elemento de limitación de la potestad punitiva, mientras que, en la versión modernizada, la función del bien jurídico muta de su condición original de límite para pasar a ser un mandato para la penalización de comportamientos. La segunda nota característica a juicio de las autoras es lo que en la doctrina angloamericana se ha denominado un giro preventivo de la política criminal que pone «su foco en la administración del riesgo y de la inseguridad»<sup>1006</sup>. La tercera, consiste en que, a la solución de conflictos como función del Derecho Penal, se ha agregado otra nueva que consiste en el «adoctrinamiento de la sociedad en cuanto a la percepción [de la intervención penal] como adecuada y necesaria»<sup>1007</sup>.

Tal comportamiento anormal también puede describirse cuando «en la configuración de la política criminal tienen más presencia decisiones valorativas o ideológicas que consideraciones utilitarias o de eficacia»<sup>1008</sup> lo que produce una desconexión entre tasas de encarcelamiento y el volumen de las fuerzas policiales y sus prácticas, por un lado, y los niveles de criminalidad existentes, por otro.

En este apartado, propongo un análisis de algunas de esas etiquetas con el objetivo de someterlas a una evaluación de acuerdo con los parámetros de la juridicidad penal.

Cada uno de esos fenómenos origina un comportamiento de la legislación que, si se aleja de las categorías generalmente aceptadas, puede ser calificado de anormal. En este sentido, <anormal> solo significa que ella es sospechosa de ser contraria a la juridicidad proporcional.

Previo a emprender la anunciada tarea, me parece necesario hacer alguna alusión al

---

1004 DÍAZ PITA y FARALDO-CABANA (2002, p. 120).

1005 DÍAZ PITA y FARALDO-CABANA (2002, p. 120).

1006 CARVALHO (2017, p. 6). A juicio de este autor, el giro preventivo del Derecho Penal «parece basarse en una crítica y un desencanto con el minimalismo y la moderación que defiende el modelo liberal, alineado con el sentimiento de que las aspiraciones sostenidas por este modelo son irreales e irrealizables y que, al poner demasiado énfasis en la reparación de daños, obstaculiza su prevención real» (p. 6). Aunque tanto la dogmática anglosajona como la continental han dado cuenta del fenómeno del giro preventivo, este se materializa de forma distinta entre una y otra. Así, el mundo anglosajón, el giro preventivo se entiende como «proyectos preventivos a gran escala» que pasan por el «monitoreo, tratamiento, restricción y/o remoción de delincuentes juveniles, enfermos mentales, delincuentes sexuales peligrosos y sospechosos de terrorismo» (STEIKER, 2013, p. 194); en la dogmática continental, este se describe más bien como un fenómeno normativo de adelantamiento de la protección penal a conductas previas al efectivo daño de un bien jurídico, por medio de la punibilidad de conductas preparatorias o de los delitos de peligro.

1007 DÍAZ PITA y FARALDO-CABANA (2002, p. 120).

1008 DÍEZ RIPOLLÉS (2011, p. 4).

contexto en el que se producen estos fenómenos.

A medida que se complejizó la sociedad, se fueron produciendo dos fenómenos. El primero, el neoabsolutismo parlamentario al que antes aludí<sup>1009</sup>; y el segundo, un paulatino deterioro de la calidad de la democracia que ha provocado, entre otros, una intensificación de la asimetría de expectativas e intereses entre los representados y sus representantes políticos. Ellos también contribuyen, a su manera y en su medida, al fenómeno de la crisis de la legalidad penal.

Todo parece indicar que el comportamiento del Derecho Penal, esto es, la forma en que fue ejecutado, fue coherente con los planteamientos liberales y con las exigencias democráticas mientras las sociedades europeas de tradición continental se movieron dentro de ciertos consensos generalizados. Ese período se puede caracterizar por una fuerte adhesión de los ciudadanos al modelo económico posterior a la segunda guerra mundial. Ese modelo económico se caracterizó por una disminución de la propietarización privada en Europa, mejoras sustanciales en la distribución del ingreso y altas tasas de crecimiento<sup>1010</sup>. Esa época de igualdad y crecimiento hizo que los conflictos sociales menguaran, una cierta estabilidad social y política se instalara en el continente y que, por tanto, la presión sobre el Derecho Penal se vio influida por los reclamos de su progresión hacia las áreas en las que no había avanzado el sistema penal relacionadas con la criminalidad de los poderosos.

Sin embargo, ese escenario comenzó a cambiar radicalmente en las últimas dos décadas del siglo XX por fenómenos económicos y políticos que, en su conjunto, determinaron sino la clausura, al menos, un fuerte debilitamiento del Estado del bienestar. Entre los fenómenos económicos puede mencionarse la adopción a escala global de la ideología del neoliberalismo<sup>1011</sup>; y entre los políticos, la instalación de una situación permanente de emergencia frente a enemigos internos (grupos disidentes) y externos (amenaza terrorista internacional) que requiere, a su vez, una legislación para la emergencia, pero con pretensiones de permanencia.

Así, según la descripción de LARRAURI PIJOAN, los estados sociales (*welfare states*) y las democracias consensuales tienen menos tasas de encarcelamiento que las economías neoliberales, por un lado, y las democracias mayoritarias, por el otro:

...en los sistemas democráticos consensuales que tienden a ser inclusivos las

---

1009 Ver *Supra* §12.2.1.

1010 PIKETTI (2019, pp. 487-ss).

1011 Como lo ha demostrado PIKETTI (2019, pp. 775-ss) con la instalación de la ideología económica y política del neoliberalismo, que marcó el fin del Estado del bienestar iniciado en el período postguerra (GARLAND, 2019, pp. 1-2). El aumento de la desigualdad (HARVEY, 2007, pp. 21-ss; UNITED NATIONS. DEVELOPMENT PROGRAM, 2019, *pássim*) y el empobrecimiento de amplias capas de la población (KREVER, 2017, p. 26) son un caldo de cultivo para el conflicto social.

La ideología del neoliberalismo ha puesto los ojos en la necesidad de contar con un marco regulatorio para permitir el desarrollo económico, es decir, con normas jurídicas, generándose lo que se denomina legalidad neoliberal (KREVER, 2017, pp. 31-ss; KRYGIER, 2018, p. 31) o neoliberalismo jurídico (BIEBRICHER, 2018, *pássim*). Este marco reclama, no la adopción de garantías efectivas de los derechos sociales o culturales o de instrumentos de redistribución del ingreso, sino la protección efectiva de la propiedad privada y del cumplimiento de los contratos (POSNER, 1998, *pássim*).

críticas son menores, la estabilidad de las políticas es mayor y ello produce una mayor confianza del público. Por el contrario, en los sistemas mayoritarios debido a que la forma de gobernar pasa por «echar» al otro partido, existen muchos incentivos para convertir el delito en un arma electoral capaz de derribar gobiernos, y es difícil de imaginar que esta crítica constante no produzca efectos en la confianza del público<sup>1012</sup>.

En el mundo occidental, desde el término de la segunda guerra mundial y hasta la década de 1980, «la política criminal está basada en el *welfare*: el Estado social construye el orden social con una política penal asistencial, por medio del trabajo social y con el fin de incluir a las personas que han delinquido en la sociedad»<sup>1013</sup>. Dicha política fue sustituida por la *warfare*

el orden social se alcanza por medio del control, se da un triunfo de las ideas conservadoras y neoliberales especialmente en Estados Unidos, y se defiende que las personas no tienen derecho a recibir subsidios del Estado. Asimismo, en esta segunda época, la intervención del Estado social debe ser mínima (aun cuando la expansión del Estado penal sea máxima, claro)<sup>1014</sup>.

La relación entre la política económica y el sistema penal es compleja<sup>1015</sup>. Del estudio de esta se ha restado la dogmática penal, pero ha sido asumido por la criminología. Una política económica puede ser un factor criminógeno<sup>1016</sup> y, por ende, puede generar presiones más o menos intensas sobre el sistema penal, que es lo que ha ocurrido a partir de la adopción de la ideología neoliberal.

El individualismo extremo sobre el que se construye el neoliberalismo plantea la primera influencia de aquel sobre el sistema penal. Ese individualismo ha instalado al libre albedrío como la única explicación plausible del delito, de modo que es la decisión personal voluntaria la única causa que puede explicar el fenómeno criminal<sup>1017</sup>. Así como el individuo es el primer y único responsable del cuidado de su propia salud, de sus inversiones o de su nivel de endeudamiento, es también la única forma posible de explicar el delito. Esta idea no es nueva en el aparato dogmático del Derecho Penal; y, de hecho, el concepto de culpabilidad como reproche se ha fundamentado en ese presupuesto. Pero lo que sí es nuevo es que esta concepción individualista termina por excluir cualquier intento supraindividual por explicar el delito. Las explicaciones sociológicas multifactoriales, e incluso aquellas derivadas de la teoría marxista que coexistieron con la tradicional versión individual de la culpabilidad –que, aunque no hayan penetrado en la dogmática penal, sí existieron y coexistieron– son radicalmente excluidas en un análisis neoliberal. Esta comprensión individualista del fenómeno criminal opera, en definitiva,

---

1012 LARRAURI PIJOAN (2009, p. 125).

1013 LARRAURI PIJOAN (2015, p. 203).

1014 LARRAURI PIJOAN (2015, p. 203).

1015 BRANDARIZ-GARCÍA, MELOSSI y SOZZO (2018, pp. 1-ss).

1016 GARLAND (2020, p. 13).

1017 DÍEZ RIPOLLÉS (2004, p. 03:23, 2007, p. 104).

una simplificación de los presupuestos normativos necesarios para la imposición de la responsabilidad penal. En este escenario, el tribunal no debe más que indagar sobre la inexistencia de una anomalía o alteración psíquica para fundar adecuadamente el reproche de culpabilidad. Factores sociales, escaso nivel educacional u otras condicionantes que estén más allá de la simple decisión del sujeto de cometer el delito, quedan excluidos del análisis judicial.

Otro aspecto relevante en el que el neoliberalismo influye en el sistema penal se relaciona con el rol que se le asigna a este último. La ideología neoliberal pretende una reducción del Estado y su marginación como actor social, privándole de una parte importante, sino de la totalidad, de las herramientas de las que aquel fue titular durante el bienestarismo. De esta forma, el Derecho Penal queda como uno de los pocos instrumentos a disposición del Estado para la solución de conflictos sociales. La restricción de mecanismos se produce no solo porque en el neoliberalismo el Estado no pueda recurrir, por ejemplo, a políticas sociales como instrumentos de resolución de conflictos, sino también, y principalmente, por una definición estructural. Si uno de los paradigmas del modelo neoliberal es la libertad de transacción, se reclama una ausencia del Estado en la arena del mercado. Esto produce la relegación del aparato estatal a zonas marginales para el despliegue de su poder. Una de esas zonas es el sistema penal, ya que «la esfera penal es la frontera exterior, donde el gobierno puede legítimamente interferir, ahí y solo ahí»<sup>1018</sup>. Un «fundamentalismo de libre mercado», como GARLAND denomina a la política económica norteamericana<sup>1019</sup>, determina, por un lado, una menor capacidad de ese Estado para recurrir a políticas sociales para la resolución de conflictos distintas del control penal<sup>1020</sup>; y una infraprotección social así decidida por el modelo económico de sectores desfavorecidos, causa pobreza<sup>1021</sup>. De ahí, los resultados: aunque la pobreza por sí sola no produce directamente más delitos, la «pobreza y la exclusión social concentradas socavan la eficacia colectiva y reducen la efectividad de la socialización y de la integración social en las familias, escuelas, mercados laborales y comunidades, resultando en déficits de control social que hacen surgir el delito y el desorden»<sup>1022</sup>.

---

1018 HARTCOURT (2010, p. 77).

1019 GARLAND (2020, p. 331).

1020 GARLAND (2020, p. 337).

1021 GARLAND (2020, p. 331). El mismo autor pone de relieve una contradicción del modelo económico norteamericano que «expone a las comunidades, familias e individuos a los mayores riesgos generados por el mercado (desempleo, pobreza, desigualdad, vivienda inadecuada, inseguridad alimentaria, entre otros), mientras que les provee menores protecciones sociales (seguro social, apoyo a los ingresos, provisión pública, derechos sociales, sanidad, etc.) que las que son otorgadas en naciones comparables» (p. 330). Con relación al modelo español, un análisis similar en DÍEZ RIPOLLÉS (2004, p. 03:28, 2007, pp. 113-114).

1022 GARLAND (2020, p. 332). A ello debe sumarse un elemento fenomenológico que no es menos intenso. Se trata de los criterios que se utilizan para la gestión del sistema penal basados en cuantificaciones del riesgo, en lo que se ha denominado el actuarialismo penal. Sobre la base de estas consideraciones cuantitativas se adoptan decisiones sobre la asignación de recursos policiales e investigativos, de acciones concretas de persecución penal y, en suma, decisiones sobre los enfoques del sistema penal. Y, como es de esperarse, se encuentran allí más delitos, con los consiguientes costes por el sacrificio de los valores de igualdad y no discriminación (BRANDARIZ-GARCÍA, 2014a, p. 18 (con citas a otros autores)).

Adicionalmente, la ideología neoliberal representa otra fuente de presiones sobre el sistema penal. Los esfuerzos por establecer políticas públicas de inclusión<sup>1023</sup> colisionan directamente el postulado básico de la ideología neoliberal que pasa por la reducción del Estado a sus mínimos posibles. Como lo apunta DÍEZ RIPOLLÉS,

el mantenimiento de un cierto nivel de inclusión social de sospechosos, delincuentes y exdelincuentes es una de las más eficaces estrategias para la prevención de la delincuencia. Y en otra hipótesis correlativa que sostiene que la producción o profundización de la exclusión social de sospechosos, delincuentes y exdelincuentes por las instituciones de control penal genera mayor delincuencia a medio y largo plazo<sup>1024</sup>.

Pero, atendido que tales políticas públicas son anti sistémicas en una lógica neoliberal, la incursión en ellas estará vedada según sea el grado de penetración de esa ideología. Aunque los beneficios de la inclusión como estrategia de reducción de los conflictos penales está todavía sin demostración empírica definitiva<sup>1025</sup>, todo parece indicar que un cierto grado alto de confianza debería dispensárseles.

Tanto la postura de HARTCOURT, que parte de una definición institucional del modelo económico, como la de GARLAND, que se enfoca en los resultados de unas decisiones económicas previas, permiten llegar a unas mismas conclusiones: el neoliberalismo o fundamentalismo de libre mercado operan como elementos criminógenos que producen una innegable presión sobre el sistema penal.

### 30.1. Expansión

Efectuar una evaluación sobre un eventual proceso de expansión o inflación del Derecho Penal es una tarea compleja porque el término en sí mismo tiene muchos posibles significados y sentidos. Por eso, para determinar si la juridicidad proporcional proporcional puede o no operar como una contención frente a la expansión requiere, en primer término, una definición del objeto sobre el que recaerá el análisis.

La expansión del Derecho Penal sería la consecuencia de un «giro punitivo»<sup>1026</sup> de la política criminal que expresa en su crecimiento que puede ser medido a través de la tasa de encarcelamiento que, aunque imperfecto, es el único indicador disponible<sup>1027</sup>.

---

1023 Este mismo autor define un sistema penal incluyente como aquel en el que la «intervención sobre el sospechoso o delincuente genera de forma predominante efectos que incrementan o, al menos, no empeoran su capacidad para desarrollar en el futuro voluntariamente una vida conforme con la ley» (J. DÍEZ RIPOLLÉS, 2014, p. 4).

1024 DÍEZ RIPOLLÉS (2011, p. 9).

1025 DÍEZ RIPOLLÉS (2011, pp. 9, 11-12).

1026 GARLAND (2001, p. 239)

1027 CARRINGTON, HOGG y SOZZO (2016, p. 14). En el mismo sentido con relación al carácter limitado del indicador de la tasa de encarcelamiento, DÍEZ RIPOLLÉS (2011, p. 7; con abundantes referencias bibliográficas, en nota al pie n° 26). El aumento de la población penal ha sido atribuido por el Comité para la Prevención de la Tortura, dependiente del Consejo de Europa, a «problemas estructurales que se relacionan con la inflación penal y de las políticas, independiente de la tasa de delitos» (CLIQUEENNOIS, SNACKEN y VAN ZYL

Una extendida sensación de inseguridad ante riesgos (reales o aparentes) que surgen de actividades y tecnologías nuevas, la impotencia de la Administración para contener determinados fenómenos porque en ella se han instalado proceso de corrupción y la tendencia globalizadora de la sociedad mundial que permite formas de criminalidad difícilmente controlable con los mecanismos tradicionales son apuntadas como causas de la expansión<sup>1028</sup>. Desde la dogmática penal, el análisis de la expansión se ha efectuado –principal, pero no excluyentemente, con el aporte de SILVA SÁNCHEZ<sup>1029</sup>– desde una

---

SMIT, 2021, p. 15).

Sin embargo, como lo ha mostrado recientemente BRANDARIZ-GARCÍA (2021, pp. 2-3), en una buena parte del mundo occidental, y dentro de ellos principalmente países europeos (Alemania, Bielorrusia, Bulgaria, Chile, Chipre, Croacia, España, Estados Unidos de Norteamérica, Estonia, Estonia, Finlandia, Georgia, Israel, Japón Kazajstán, Letonia, Luxemburgo, México, Países Bajos, Rumania, Rusia, Suecia, Ucrania) ha registrado disminuciones de la tasa de encarcelamiento a partir de 2008. Si este indicador se toma como medida de la expansión del Derecho Penal, debería concluir, sobre la base de ese dato empírico, que la expansión es un fenómeno que va en retroceso. Sin embargo, esa conclusión no es correcta. Primero, porque hay un conjunto variado de países que, en el mismo período, han registrado aumentos de dicha tasa de encarcelamiento; en algunos casos, con cifras alarmantes. Segundo, porque la expansión no es necesariamente un fenómeno cuantitativo que se pueda medir solo a través de la tasa de encarcelamiento. La expansión, como se analizará seguidamente, se refiere también a otros parámetros cualitativos que no necesariamente se expresan en la cantidad de personas privadas de libertad sirviendo una pena.

1028 DÍAZ PITA y FARALDO-CABANA (2002, pp. 123-124).

1029 SILVA SÁNCHEZ (2011). Entre las obras monográficas que tratan el tema, pueden indicarse: LANDA GOROSTIZA, J. (2001). *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal (a la vez una propuesta interpretativa de la «normativa antidiscriminatoria» del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente jurisprudencia)*. Granada: Comares; GRACIA MARTIN, L. (2003). *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia: a la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad*. Valencia: Tirant lo Blanch; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (2012). *Viejo y nuevo derecho penal: principios y desafíos del derecho penal de hoy*. Madrid: Iustel. Entre las colaboraciones en obras colectivas publicadas en España, pueden citarse: FERNANDO NIÑO, L. (2004). La ideología de la defensa social y la expansión del Derecho penal. En Pérez Álvarez, F. (coord.), *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, pp. 1095-1104; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2003); TERRADILLOS BASOCO, J. (2004). Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico. En Acale Sánchez, Ma. (coord.), *Temas de derecho penal económico*. Madrid: Trotta, pp. 219-240; DONINI, M. (2004). ¿Una nueva Edad Media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del derecho penal económico. En Acale Sánchez, Ma. (coord.), *Temas de derecho penal económico*. Madrid: Trotta, 197-218; ALONSO GALLO, J. (2006). Errores y sesgos cognitivos en la expansión del Derecho Penal. En Jaime Alonso Gallo. En Díaz Maroto y Villarejo, J. (coord.), *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*. Madrid: Colex, pp. 31-48; PÉREZ CEPEDA, A. (2008). De la sociedad neoliberal del riesgo a la expansión del Derecho penal. En Muñoz Conde, F. (coord.), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 163-200; ZIFFER, P. (2008). El delito de asociación ilícita frente al «derecho penal en expansión». En Cancio Meliá, M.; Pozuelo Pérez, L. y Rodríguez Mourullo, G. (coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*. Madrid: Civitas, pp. 495-515; ROMEO CASABONA, C. (2008). La expansión del Derecho penal en el campo de la biotecnología humana: últimas tendencias. En Mir Puig, S. (dir.), *Derecho penal del siglo XXI*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pp. 83-152; FERNÁNDEZ CRUZ, J. (2008). La teoría de la elección racional y la crítica a la expansión del Derecho penal: la paradoja de la Política criminal neoliberal. Su aplicación a la delincuencia económica y a los aparatos jerárquicos de la delincuencia organizada. En AA.VV., *Intersecciones teóricas en criminología: acción, elección racional y teoría etiológica*. Madrid: Dykinson,

perspectiva conceptual, propio de la metodología de la ciencia jurídica.

La expansión del Derecho Penal puede ser considerada, en primer lugar, como un fenómeno normativo (que denominaré *expansión normativa*) que reconoce tres ámbitos de concreción. El primero, se refiere a la *extensión del contenido de la prohibición penal* y comprende las decisiones de incorporar nuevas prohibiciones penales o ampliar las ya existentes, agregando nuevos modos de comisión o circunstancias típicas antes no previstas, o la modificación de condicionantes fácticas o normativas para la aplicación de esas prohibiciones. Dentro de esta perspectiva, debe agregarse un fenómeno que la doctrina trata como similar a la expansión, que consiste en el *giro preventivo* que puede asumir el Derecho Penal. El segundo ámbito, está relacionado con la *intensidad de la reacción penal* asignada a una determinada prohibición. En esta, sin que agreguen nuevas prohibiciones, se profundiza el rigor de las existentes por el aumento de los marcos penales existentes, la modificación de las reglas de determinación de la pena, la incorporación de nuevas circunstancias agravatorias de responsabilidad penal o la reforma de normas que dificulten o impidan la sustitución de penas privativas de libertad por otras de ejecución en libertad, pero siempre sin que se incluyan nuevas prohibiciones penales.

---

pp. 149-172; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. (2009). Expansión del Derecho penal y límites constitucionales. En Carbonell Mateu, J.; González Cussac, J.; Orts Berenguer, E.; Cuerda Arnau, Ma. (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1655-1672; FELIP I SABORIT, D. (2011). Observaciones a «La expansión» diez años después. En Robles Planas, R. y Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P. (coords.), *La crisis del derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Atelier, pp. 65-88; SILVA SANCHEZ, J. (2011). Expansión del derecho penal y blanqueo de capitales. En Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (coords.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. Ponencias y conclusiones del congreso internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 213-214; GIL GIL, A. (2013). Imputación de crímenes internacionales, ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución. En Gil Gil, A. y Maculan, E. (coords.), *Intervención delictiva y derecho penal internacional: reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*. Madrid: Dykinson, pp. 511-587; BAJO FERNÁNDEZ, M. (2013). Los delitos económicos como manifestación característica de la expansión del Derecho Penal. En Álvarez García, F.; Cobos Gómez de Linares, M.; Gómez Pavón, P.; Manjón-Cabeza Olmeda, A.; Martínez Guerra, A. (coords.), *Libro homenaje al prof. Luis Rodríguez Ramos*. Madrid: Dykinson, pp. 407-416; DE HOYOS SANCHO, M. (2018). Los efectos expansivos del derecho de la Unión Europea sobre las garantías en el proceso penal. En Jiménez Conde, F. (dir.), *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales: I Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, Murcia, 2018*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 43-58; MIRANDA RODRIGUES, A. (2019). Entre la expansión y los límites del Derecho penal económico bajo la influencia del Derecho de la Unión Europea: los procesos Taricco I y II. En Cancio Meliá, M.; Maraver Gómez, M.; Fakhouri Gómez, Y.; Rodríguez Horcajo, D.; Basso, G. y Jorge Barreiro, A. (coords.), *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, vol. I. Madrid: UAM Ediciones, pp. 245-259; MIRANDA DA SILVA FILHO, A. (2020). Populismo penal y blanqueo de capitales: expansión legislativa y recrudescimiento jurisprudencial en la era de los juicios mediáticos. En Demetrio Crespo, E.; Caro Coria, D. y Escobar Bravo, M. (eds.), *Problemas y retos actuales del Derecho penal económico*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 99-109; RODRÍGUEZ RAMOS, L. (2020). ¿Resurrección del Derecho penal de autor?: Una puerta abierta a la arbitraria expansión del *Rei publicae munus et ius puniendi*. En De Vicente Remesal, J.; Díaz y García Conlledo, M.; Paredes Castañón, J.; Olaizola Nogales, I.; Trapero Barreales, Ma.; Roso Cañadillas, R. y Lombana Villalba, J. (dirs.), *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*. Madrid: Reus, pp. 391-405. El listado tendría una extensión desmesurada si a él se agregan los artículos publicados en revistas científicas españolas, razón por la que se han omitido.

El tercer ámbito de la expansión normativa consiste en el *alcance de la prohibición penal*, de naturaleza cualitativa y que se desdobra en dos aspectos: (a) el alcance intersubjetivo (referido a los colectivos de personas alcanzadas por la prohibición penal); y (b) el alcance de la protección, vinculado con los intereses penalmente protegidos y aquellos que se decide no proteger, basado en el criterio de dañosidad y los deberes jurídicos de pluralismo. Todos los aspectos antes mencionados pueden contribuir a un aumento de la tasa de personas condenadas, pero la distinción precedentemente trazada está enfocada, principalmente, en las decisiones normativas adoptadas por el legislador y cómo ellas se relacionan con la concepción que este maneja del sistema penal, su uso y su nivel de rigurosidad.

Solo por una cuestión de nomenclatura que, creo, puede ayudar a clarificar el esquema propuesto, propongo denominar *expansión penal en sentido estricto* a aquel fenómeno en el que la actitud punitivista se vuelca hacia el reclamo de la inclusión de nuevas prohibiciones penales, agregándolas a las ya existentes y, por tanto, produciendo un crecimiento del catálogo de delitos disponibles. La expansión en sentido estricto se refiere, entonces, a la primera perspectiva (extensión del contenido de la prohibición penal). Por otro lado, propongo denominar *inflación penal* al fenómeno que se produce en virtud de la segunda y tercera perspectivas, esto es, aquellas que se relacionan con la intensidad de la reacción penal y el alcance de la prohibición penal. Esta distinción se mueve en el ámbito conceptual y no pretende dar cuenta de la realidad fáctica. En esta, tanto la expansión en sentido estricto como la inflación pueden presentarse mezcladas, así como también los diferentes ámbitos de concreción.

Como criterio de evaluación, la expansión normativa debería concebirse con una preocupación fundamentalmente cualitativa del conjunto de prohibiciones penales y de los efectos que estas producen.

La expansión reconoce un segundo tipo como un fenómeno aplicativo (que denominaré *expansión aplicativa*) que no se presenta a través de cambios normativos, sino por las posibilidades fácticas que determinan la aplicación del Derecho Penal existente. La expansión aplicativa reconoce, por su parte, dos ámbitos de concreción.

El primero, se relaciona con la *capacidad de persecución*, esto es, con la cantidad y calidad de recursos policiales de carácter investigativo y de persecución propiamente tales (como jueces y fiscales) que, en un momento determinado, se destinen a la aplicación efectiva de la norma penal. Esta perspectiva remite al nivel de eficacia de un sistema de persecución penal, es decir, a la forma en la que las policías efectúan su trabajo, que los jueces de instrucción conducen las investigaciones y que los tribunales juzgan los casos.

El segundo ámbito de concreción consiste en la *orientación de la aplicación*, esto es, el conjunto de discursos sobre la norma penal y la comprensión de que ellas tengan los agentes encargados de su aplicación. En términos del funcionamiento dinámico del Derecho, la pretensión de que el proceso de adjudicación o calificación jurídica, por el que se pretende establecer si una conducta calza o no dentro de la descripción de un tipo penal, se basa única o simplemente en un razonamiento silogístico, disimula un proceso mucho más complejo de aplicación jurídica. La realidad muestra que ese proceso enfren-

ta una realidad fáctica y normativa borrosa, por un lado; y por otro, que tiene una fuerte carga valorativa por parte del aplicador de la ley y en el que este interviene mucho más de lo que el silogismo pretende<sup>1030</sup>. Por eso, no existe una cosa tal como ser la boca de la ley y el fenómeno de aplicación del Derecho obliga a reconocer que el juez, en una parte importante, contribuye a escribir las palabras que se pronunciarán en nombre de la ley. Es la discusión tradicional entre el formalismo y el realismo jurídicos. Para la primera teoría, la adjudicación es un proceso de aplicación neutral de principios a un conjunto de hechos generando una decisión políticamente neutra. Para la segunda, en cambio, al adjudicar, los jueces siguen sus propias ideologías políticas, sociales o económicas<sup>1031</sup>.

La expansión como fenómeno normativo presenta un alto grado de formalización porque él se expresa a través de cambios en el Ordenamiento jurídico que son fácilmente identificables. Para determinar si se ha presentado o no expansión en este sentido, basta con leer el Boletín Oficial del Estado. La expansión como fenómeno aplicativo, en cambio, tiene una naturaleza desformalizada porque se él se presenta en una realidad fáctica, cuyo conocimiento requiere metodologías diferentes de tipo cuantitativo que son mucho más costosas de aplicar que el conocimiento dogmático necesario para la expansión normativa.

Independiente de la naturaleza y forma de conocimiento de uno y otro, lo importante es que, este contexto, la tasa de personas condenadas es solo un indicador de que alguna de las perspectivas con las que se ha caracterizado el fenómeno ha ocurrido, pero no entrega mucha información sobre cuál o cuáles de ellas pudieran haberse verificado. Porque todas las perspectivas antes indicadas pueden conducir a dicha expansión. Pero también esas mismas variables, cuando adquieren en alguna forma un sentido negativo, pueden dar lugar a un fenómeno inverso: la contracción el sistema penal.

Por otro lado, estimo que uno de los problemas en la definición del concepto de expansión es la ausencia de criterios para determinar cuándo ella es deseable y cuándo, indeseable. Es decir, si el concepto de expansión tiene un sentido descriptivo, será necesario otro aparato conceptual anexo que le permita al jurista adoptar una posición frente a esa expansión en términos de su admisibilidad o inadmisibilidad. En cambio, si al propio concepto se le asigna una connotación negativa, los fundamentos para esa consideración parecieran no estar lo suficientemente expresados. En mi opinión, la expansión/contracción del Derecho Penal es un criterio que, a lo sumo, se le puede asignar un sentido exclusivamente descriptivo, pero no sirve para adoptar juicios sobre su admisibilidad. Un aumento de un marco penal o la inclusión de un nuevo tipo penal no es, por sí mismo, un comportamiento que dé cuenta de un debilitamiento por ese sistema penal de su carácter democrático. Esos comportamientos pueden representar, precisamente, la verificación de un programa de igualdad en la distribución de las prohibiciones penales y, por tanto, plenamente compatible con el sistema democrático. Lo mismo ocurre con una contracción, como el fenómeno contrario. Esa es una de las razones por

---

1030 CLAES y KROLIKOWSKI (2009, pp. 102-103)

1031 ROBERTSON (2018, p. 190).

las que la propuesta de SILVA SÁNCHEZ de un Derecho Penal de dos velocidades<sup>1032</sup> no puede ser inmediatamente aceptada. ¿Por qué buena razón las prohibiciones que conforman los delitos económicos deberían tener un tratamiento diferenciado a los delitos contra el patrimonio? Desde la perspectiva de la igualdad, «la pregunta a la hora de tipificar delitos económicos debe ser si se justifica que una determinada vulneración de las regulaciones económicas sea punible tal como lo es el hurto»<sup>1033</sup>. Podrá discutirse si es razonable prohibir penalmente el hurto por una cuantía de 1 euro, pero, en la medida que se estime que sí lo es, otras afectaciones por igual monto deberían tener el mismo tratamiento del sistema penal.

En la evaluación que se haga de los fenómenos de expansión/contracción, la juridicidad proporcional tiene un rol importante que desarrollar. En la medida que la juridicidad proporcional opera como un estatuto de limitación de la potestad punitiva, ella actuará controlando la modificación de las variables. Como el criterio del cumplimiento o incumplimiento de la juridicidad proporcional opera en términos absolutos, la variación positiva de las variables que logre superar ese test, serán constitucionalmente admisibles. De esta forma, esas variaciones positivas, como la inclusión de nuevas prohibiciones penales, el aumento de un marco penal o la introducción de una circunstancia agravante de responsabilidad, que cumplan con la juridicidad penal, serán variaciones admisibles, aunque fácticamente produzcan un aumento de la tasa de condenados. En otras palabras, que un funcionamiento óptimo de la juridicidad proporcional debería garantizar que cualquier expansión del sistema penal será admisible y, por tanto, que debemos considerar que esa expansión lo es solo en sentido descriptivo.

---

1032 SILVA SÁNCHEZ (2011, *pássim*).

1033 HERNÁNDEZ BASUALTO (2005, p. 109). Tal como ha sido propuesto, el criterio tiene aplicabilidad en forma directa en los delitos contra contenido patrimonial en los que el perjuicio puede medirse cuantitativamente de una forma directa, pero no fuera de ese ámbito por no ser posible la medición cuantitativa del perjuicio. Sin embargo, no puede desconocerse que el criterio formulado tiene un gran valor ilustrativo sobre la problemática que le subyace y que se relaciona con el programa de igualdad en materia penal. En atención a ese valor, un esfuerzo por aplicarlo fuera del ámbito de los delitos con daño cuantificable, con los debidos ajustes, puede ser un esfuerzo útil.

El baremo del hurto se ha propuesto como una respuesta frente a un fuerte déficit en materia de igualdad, en el sentido aquí indicado, que presenta el Ordenamiento jurídico chileno. Al respecto, por ejemplo, WINTER ETCHEBERRY (2013, pp. 93-ss) ha mostrado la existencia de un trato privilegiado para los empresarios; que la ausencia de desarrollo en materia de derecho penal económico ha sido una opción deliberada del legislador y que el Ministerio Público (el órgano encargado de la persecución penal) ha dado un trato desigual a los casos: en algunos de ellos ha forzado los tipos penales existentes para llevar los casos a juicio, y en otros, ha desdeñado esa posibilidad. En un sentido similar se ha manifestado HERNÁNDEZ BASUALTO (2005, p. 109), para quien «...la práctica discriminatoria no ya sólo del aparato de justicia criminal, sino de la propia legislación, la que en la selección de las conductas punibles tiende a excluir las conductas propias *-exclusivas-* de los sectores más acomodados, lo que exige una justificación muy fuerte».

*Tabla 3. Cuadro resumen de los tipos de expansión y sus ámbitos de concreción*

Tipo de expansión	Ámbito de concreción
Expansión normativa	• extensión del contenido de la prohibición penal / giro preventivo (expansión en sentido estricto)
	• intensidad de la reacción penal (inflación penal)
	• alcance de la prohibición penal (inflación penal)
Expansión aplicativa	• capacidad de persecución
	• orientación de la aplicación

El comportamiento del modelo penal español ha sido ambivalente. A pesar de que pueden apreciarse claros signos de expansión normativa, la tasa de condenados en España ha presentado una tendencia a la baja a partir de 2008. Mientras en ese año, la tasa de condenados fue de 164,5 personas por cada 100 mil habitantes, esta descendió sostenidamente hasta que en 2018 fue de 126,2<sup>1034</sup>. Una descripción completa de este fenómeno, así como de sus causas, excede los márgenes de esta investigación por lo que solo cabe en esta oportunidad hacer una somera referencia a él.

Después del término de la dictadura Franquista se inició un proceso de democratización del Derecho Penal que se había dictado hasta durante ese período. Este proceso culmina con el dictado del CPe de 1995. Sin embargo, la experiencia dictatorial parece estar tan lejana como olvidada, porque «docenas de reformas legales [al CPe de 1995] han hecho a la legislación Española más severa, con pocas excepciones»<sup>1035</sup>, algunas de ellas con un dudoso carácter materialmente democrático.

Sin considerar la legislación penal especial, la «desenfrenada actividad legisladora penal»<sup>1036</sup> ha producido que el CPe ha sido modificado en 32 oportunidades<sup>1037</sup>, a un promedio de 1,3 modificaciones por año desde su entrada en vigor en 1996. De los 639 artículos que componían su texto original, 378 de ellos han sido reformados. Es cierto que estos datos numéricos son insuficientes para determinar si la política criminal ha tenido o no un giro expansivo, pero sirven como un prólogo para dicha tarea. SERRANO

1034 Fuente: Eurostat [[https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/crim\\_pris\\_cap/default/table?lang=en](https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/crim_pris_cap/default/table?lang=en)], Online data code: CRIM\_PRIS\_CAP

1035 BRANDARIZ-GARCÍA (2018a, p. 312).

1036 DÍEZ RIPOLLÉS (2017, p. 7).

1037 Tales reformas han sido operadas por las siguientes leyes: L.O. 2/1998; L.O. 7/1998; L.O. 11/1999; L.O. 14/1999; L.O. 2/2000; L.O. 3/2000; L.O. 4/2000; L.O. 5/2000; L.O. 7/2000; L.O. 8/2000; L.O. 3/2002; L.O. 9/2002; L.O. 1/2003; L.O. 7/2003; L.O. 11/2003; L.O. 15/2003; L.O. 20/2003; L.O. 1/2004; L.O. 2/2005; L.O. 4/2005; L.O. 7/2006; L.O. 13/2007; L.O. 15/2007; L.O. 2/2010; L.O. 5/2010; L.O. 3/2011; L.O. 7/2012; L.O. 1/2015; L.O. 2/2015; L.O. 1/2019; L.O. 2/2019 y L.O. 2/2020.

GÓMEZ apuesta a que la principal nota característica de la política criminal es su carácter líquido, es decir, aquella que no termina de adoptar una forma definitiva y ello se traduce en que los acuerdos sobre el contenido de las normas penales alcanzados en sede parlamentaria cuando se aprueba una ley de reforma, duran poco<sup>1038</sup>. Y sobre la intensidad de las diversas reformas, por ejemplo, la operada por la L.O. 1/2015 («la más desastrosa, desde el punto de vista técnico»<sup>1039</sup> de la historia penal española) llevó a VIVES ANTÓN a referirse a ella como el «Código Penal de 2015»<sup>1040</sup>, caracterizado por un

reiterado abuso de cláusulas generales a la hora de formular los preceptos sancionadores, cláusulas de cierre que intentan que nada que pueda parecer reprochable escape de la pena; y abundan también las enumeraciones farragosas, que procuran castigarlo todo. Se trata de una suerte de delirio punitivo, que se expresa de modo especialmente claro en las áreas de la delincuencia con mayor impacto en la opinión pública: terrorismo, drogas tóxicas y estupefacientes, delincuencia sexual, etc., etc.<sup>1041</sup>

En materia de expansión normativa en el ámbito de la extensión del contenido de las prohibiciones penales puede verse el análisis que efectúan DÍAZ PITA y FARALDO-CABANA a las reformas introducidas al CPe por diversas leyes orgánicas<sup>1042</sup>. En este sentido, puede mencionarse como ejemplo la reforma introducida al artículo 311 CPe por medio de la L.O. 7/2012, que pasó a sancionar penalmente la ocupación simultánea de una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social o sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo, y la inclusión por la L.O. 1/2015 del tipo penal del artículo 311 bis CPe, «precepto absolutamente innecesario»<sup>1043</sup> que sanciona el emplear o dar ocupación de forma reiterada a ciudadanos extranjeros o niños y adolescentes españoles que carezcan de permiso de trabajo. En estos casos, los objetivos –no declarados– fueron «nutrir con nuevas cotizaciones e impuestos las famélicas arcas públicas [y...] el fortalecimiento de la política estatal –y europea– destinada a reprimir la inmigración clandestina, desincentivando la contratación de mano de obra extracomunitaria irregular»<sup>1044</sup>. Asimismo, también mencionarse en este ámbito de expansión normativa a la reforma sobre los delitos en el contexto del tráfico viario introducida por la L.O. 2/2019 que posee un reconocido carácter punitivista<sup>1045</sup>.

---

1038 SERRANO GÓMEZ (2010, p. 3).

1039 ÁLVAREZ GARCÍA (2021, p. 133).

1040 VIVES ANTÓN (2015, p. 23). Estudios específicos sobre los distintos aspectos de esta reforma, pueden consultarse en los trabajos que componen la obra colectiva de GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), GÓRRIZ ROYO y MATALLÍN EVANGELIO (coords.) (2015).

1041 VIVES ANTÓN (2015, p. 27).

1042 DÍAZ PITA y FARALDO-CABANA (2002, pp. 128-145).

1043 NAVARRO CARDOSO (2018, p. 1060).

1044 HORTAL IBARRA (2018, p. 70). Con relación al fortalecimiento de la política europea en materia de inmigración, en el mismo sentido, NAVARRO CARDOSO (2018, pp. 1051-1052).

1045 En su Preámbulo puede leerse que el objetivo de la reforma fue garantizar una «mayor sanción para determinadas conductas particularmente graves con resultado de muerte, en particular cuando el conductor

Aunque específica y, por tanto, carente de la capacidad de otorgar fundamento a conclusiones generales, la regulación de la multireincidencia es, sin embargo, un elemento sintomático sobre la orientación expansiva de la política criminal. En la Exposición de Motivos de la L.O. 8/1983 se fundamentó la derogación de dicha institución, argumentándose que:

La exasperación del castigo del delito futuro, de por sí contraria al principio <non bis in ídem>, puesto que conduce a que un solo hecho genere consecuencias punitivas en más de una sola ocasión, se ha mostrado además como poco eficaz solución en el tratamiento de la profesionalidad o habitualidad delictiva; a ello se une la intolerabilidad de mantener una regla que permite llevar la pena más allá del límite legal de castigo previsto para la concreta figura del delito, posibilidad que pugna con el cabal entendimiento del significado del principio de legalidad en un Estado de Derecho.

Veinte años después de su derogación, la multireincidencia es repuesta en la legislación penal, por medio de la L.O. 11/2003, cuya Exposición de Motivos, considera a esta agravación de la responsabilidad penal

compatible con el principio de responsabilidad por el hecho, siendo el juzgador el que, ponderando la magnitud de pena impuesta en las condiciones precedentes y el número de éstas, así como la gravedad de la lesión o el peligro para el bien jurídico producido por el nuevo hecho, imponga, en su caso, la pena superior en grado.

En solo veinte años, mutaron la valoración jurídica sobre la multireincidencia y el criterio para su admisibilidad, pero sin que se hayan registrado modificaciones sustanciales en las normas fundamentales en el período que pudieran explicar el cambio sobre los criterios de racionalidad democrática.

Con relación al ámbito de la intensidad de la reacción penal, puede mencionarse como ejemplo, las reformas introducidas a las reglas de cumplimiento de las penas privativas de libertad. Estas se han hecho paulatinamente más rigurosas con las sucesivas reformas, por medio de la eliminación del sistema de redención de penas por el trabajo que contenía la anterior legislación<sup>1046</sup> que, en la práctica, suponía una reducción de un tercio de la condena<sup>1047</sup>; la disminución de la duración mínima de la pena de prisión de seis a tres meses, un «un considerable retroceso en la tendencia a la supresión de las penas cortas de privación de libertad de cumplimiento continuo o ininterrumpido»<sup>1048</sup>; el endurecimiento de los requisitos para la suspensión de la ejecución de las penas pri-

---

del vehículo de motor o ciclomotor conduzca bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas o exceso de velocidad», respondiendo, de esta forma, a una «importante demanda social, ante el incremento de accidentes en los que resultan afectados peatones y ciclistas por imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor».

1046 BRANDARIZ-GARCÍA (2018a, p. 312).

1047 LÓPEZ PEREGRÍN (2003, p. 6).

1048 CEREZO MIR (2004, p. 21).

vativas de libertad no superiores a dos años, la concesión de la libertad condicional<sup>1049</sup> (que incluye el pago efectivo de la responsabilidad civil derivada del delito), el acceso a la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario<sup>1050</sup>; el aumento del máximo de cumplimiento efectivo de la condena para los casos de concurso real, de 30 años en el sistema original del CPe de 1995, a 40 años<sup>1051</sup> o la eliminación de la pena de arresto de fin de semana, entre otras<sup>1052</sup>. Asimismo, el espíritu descriminalizador de las faltas que tuvo la reforma operada por la L.O. 1/2015 solo alcanzó a un tercio de las figuras que, como tales, preveía el CPe. Las dos terceras partes de tales conductas no solo fueron descriminalizadas, sino que se aumentó la intensidad de sus penas. Para tales conductas se conservó su carácter de ilícito penal y se las incorporó a las categorías de «delitos menos graves antes existentes o en nuevos delitos menos graves que se crean para acogerlos»<sup>1053</sup>, produciendo, entre otras consecuencias, «agravar las penas de buena parte de las Infracciones que se quedan en el Código Penal, que constituyen la mayoría, así como empeorar la posición de la persona infractora con carácter general»<sup>1054</sup>.

Puede citarse como ejemplo de una expansión normativa en el ámbito del alcance de la prohibición penal la incorporación de los delitos de corrupción entre particulares, por medio de la L.O. 5/2010, la L.O. 1/2015 y la L.O. 1/2019. La introducción de estos tipos penales tiene como efecto el aumento del alcance de las prohibiciones, porque recae sobre un fenómeno que, antes de la modificación, solo estaba prohibido en el ámbito del ejercicio de las funciones públicas. A partir de esta introducción, básicamente el mismo tipo de comportamientos están ahora prohibidos en el ámbito de la empresa privada. Actualmente ubicados en los artículos 286 bis a 286 quáter, estos tutelan «los intereses económicos legítimos de los empresarios competidores»<sup>1055</sup> con una orientación a la protección de la competencia leal. La eliminación del elemento de infracción del deber del empleado o colaborador («incumpliendo sus obligaciones») de la forma activa del delito de corrupción entre particulares, efectuada por la L.O. 1/2015 al tipo penal del artículo 286 bis CPe<sup>1056</sup>, ha producido un efecto ilustrativo. Como la infrac-

---

1049 CEREZO MIR (2004, p. 18).

1050 CEREZO MIR (2004, p. 18).

1051 LÓPEZ PEREGRÍN (2003, p. 6).

1052 Estas reformas comenzaron con el dictado de la L.O. 7/2003. En su Exposición de Motivos estos cambios se justifican, por un lado, recurriendo a la seguridad jurídica, garantizando «el derecho del ciudadano a conocer con certeza cuál es la forma en la que se van a aplicar las penas, a saber, en definitiva, en qué se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta», en atención a la existencia de «amplios ámbitos de discrecionalidad, ámbitos variables en los que resulta oportuno, según la mejor doctrina, establecer reglas para hacer un pronóstico más certero de la pena a cumplir». Sin que se afirme expresamente en la Exposición de Motivos, más que una preocupación por la seguridad jurídica, lo que parece haber es la intención de restar espacios de discrecionalidad judicial.

1053 FARALDO-CABANA (2016, p. 33; 2014, p. 4).

1054 FARALDO-CABANA (2016, p. 209).

1055 FARALDO-CABANA (2002, p. 72).

1056 El texto del apartado 1 del artículo 286 bis CPe (introducido por la L.O. 5/2010), disponía: «Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o

ción de deberes se refería a los que poseían los directivos administradores, empleados o colaboradores ante el titular de la empresa o mandante, el tipo original daba cuenta de una «una política criminal sectaria o parcial, más atenta al enriquecimiento indebido de los empleados de los empresarios que a la efectiva distorsión del mercado»<sup>1057</sup>. Su eliminación, entonces, provocó un aumento del alcance de la prohibición penal, porque bajo la nueva redacción, el sujeto activo de la conducta puede ser tanto aquel que posee estos deberes, es decir, se encuentra en una situación de subordinación, como quien no los tiene, es decir, el propietario de la empresa ilícitamente beneficiada.

Los distintos ámbitos de concreción de la expansión normativa pueden presentarse en forma compleja. Es lo que ocurrió, por ejemplo, con la L.O. 1/2004 que incorporó medidas de protección integral contra la violencia de género que avanzó en la intervención penal de la violencia de género, «un problema cuya solución se buscaba tradicionalmente en el seno de la familia, siendo considerado como un asunto privado»<sup>1058</sup>. La complejidad consiste en que en esta reforma se produjeron todos los ámbitos de concreción de la expansión normativa.

Con relación a la expansión aplicativa, un terreno más complejo de identificar, BRANDARIZ-GARCÍA destaca cómo, a pesar de las reformas democratizadoras de la legislación adoptadas después del término de la dictadura Franquista, «es en el nivel de las prácticas institucionales donde las inercias del período dictatorial y las consecuencias de la falta de una profunda ruptura política pueden sentirse con mayor intensidad»<sup>1059</sup>. No es posible en esta oportunidad ahondar sobre esta cuestión, porque hacerlo implicaría rebasar los objetivos de esta investigación.

En este periplo reformador, la única descriminalización efectiva realizada fue la de los delitos vinculados con el servicio militar obligatorio que contenían los artículos 527, 528 y 604, por medio de la L.O. 3/2002<sup>1060</sup>. Adicionalmente, debe mencionarse la morigeración de las penas de los delitos de tráfico de drogas, operada por la L.O. 5/2010, por una doble vía. La primera, por la reducción del máximo de pena para el tráfico de sustancias estupefacientes que causen grave daño a la salud (las llamadas «drogas duras»), que descendió de 9 años a 6 años; y la segunda, por la introducción de una rebaja facultativa

---

ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, *incumpliendo sus obligaciones* en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales...». Después de la reforma operada por la L.O. 1/2015, la conducta, incluida ahora en el apartado 2 de la misma disposición, tiene el siguiente tenor: «...quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales».

1057 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2019, p. 417).

1058 FARALDO-CABANA (2007, p. 143).

1059 BRANDARIZ-GARCÍA (2018a, p. 312).

1060 DE LA MATA (2007c, p. 19). La L.O. 7/2012 derogó los artículos 309, 627 y 628 del texto original del CPe, pero ello no puede considerarse una descriminalización, porque las conductas que eran punibles de acuerdo con esas normas lo son igualmente, después de la reforma, según los artículos 305 y siguientes con la nueva redacción otorgada por la L.O. 7/2012.

de pena de un grado «en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable» (en ambos casos, reformas introducidas al artículo 368 CPe)<sup>1061</sup>.

### 30.2. Abuso de los efectos simbólicos del Derecho Penal

Una de las funciones del Derecho Penal es la motivación del respeto de determinados bienes o bienes. Por esa razón, el Ordenamiento jurídico en general y las leyes penales, en particular<sup>1062</sup>, producen efectos simbólicos que «tiene lugar no en la realidad exterior (puesto que no se aplican), sino en la mente de los políticos y de los electores»<sup>1063</sup>; o, en la conceptualización de DÍEZ RIPOLLÉS, que prefiere sustituir el término «simbólico» «por otro menos prejuicioso»<sup>1064</sup> de efectos expresivo-integradores. A juicio de este autor, este efecto consiste en aquel que la prohibición penal y la pena, por un lado, suscita emociones o sentimientos en las conciencias (efecto expresivo) y, por otro, genera determinadas representaciones valorativas en las mentes (efecto integrador)<sup>1065</sup>. Los efectos expresivo-integradores operan junto a los materiales que son aquellos que producen cambios perceptibles o tangibles en la realidad, expresados en la modificación de conductas por parte de las personas<sup>1066</sup>. El problema de legitimidad de los efectos simbólicos (o expresivo-integradores) surge cuando se abusa de ellos, si «se producen a través de la pena efectos sociopersonales expresivo-integradores que carecen de legitimidad no por su naturaleza, sino porque no se acomodan a las decisiones político-criminales que fundamentan la pena»<sup>1067</sup>. En un sentido similar, HASSEMER describe la ilegitimidad del efecto simbólico como aquella en la que, en el Derecho Penal

las funciones latentes [como «desde la satisfacción de una <necesidad de actuar> a un apaciguamiento de la población hasta la demostración de un Estado fuerte»] predominen sobre las manifiestas: del cual puede esperarse que realice a través de la norma y su aplicación otros objetivos, fuera de los descritos en ella<sup>1068</sup>.

Una posición diferente es la que sostienen DÍAZ PITA y FARALDO-CABANA. A juicio de estas autoras, el Derecho Penal simbólico es aquel que no produce efecto alguno, negándole sustancialidad a cuestiones como el respeto por el consenso sobre la necesidad de proteger ciertos valores o la demostración de la capacidad coactiva del Estado.

---

1061 Esta modificación es, a juicio de BRANDARIZ-GARCÍA (2014b, pp. 324-327), una de las causas inmediatas que podría explicar el descenso de la población penal en España, tanto en el número de personas condenadas que cumplen sus penas en formas efectiva, como de aquellos imputados que se encuentran sometidos a la medida cautelar de prisión preventiva.

1062 HASSEMER (1991, p. 19).

1063 SILVA SÁNCHEZ (1992, p. 305)

1064 DÍEZ RIPOLLÉS (2003a, p. 151).

1065 DÍEZ RIPOLLÉS (2003a, p. 151).

1066 DÍEZ RIPOLLÉS (2003a, p. 151).

1067 DÍEZ RIPOLLÉS (2003a, p. 161).

1068 Esta cita y la anidada en ella, HASSEMER (1991, p. 24).

Los efectos simbólicos para estas autoras serían «efectos especiales» cinematográficos con los que «el legislador deslumbra al ciudadano, lo entretiene y poco más. No es que sean efectos ilegítimos, es que no producen ninguno»<sup>1069</sup>. Las normas simbólicas actuarían como un placebo, «careciendo de capacidad para solventar los problemas a los que van dirigidas pero produciendo en la sociedad el convencimiento de que lo conseguirán»<sup>1070</sup>. Esta conceptualización del simbolismo del Derecho penal es, desde luego, más estrecha que las anteriormente revisadas, ya que la reduce a un problema de diferencia entre una eficacia aparentada versus una ineficacia real. Desde luego, cuesta definir lo que en cada caso se entenderá por eficacia y, en consecuencia, cuál es el nivel de eficacia que se requerirá para hacer la evaluación. ¿Se trata de una eficacia causal empíricamente demostrable o de otro tipo de eficacia? Las autoras precisan que Derecho Penal simbólico no es «aquel que no logra sus objetivos, puesto que si así fuera todo el Derecho Penal merecería esta calificación»<sup>1071</sup>, afirmación que se inserta a propósito de la protección penal de la vida por medio del delito de homicidio, «decisión coherente y acertada para el desenvolvimiento de una convivencia pacífica y en libertad»<sup>1072</sup>; el hecho que personas sigan ejecutando conductas homicidas, a pesar de la existencia del delito de homicidio, no permite tildar dicha norma como Derecho Penal simbólico. Las autoras reconocen que las normas penales tienen unos determinados fines que, de alguna forma, se relacionan con la protección de bienes jurídicos imprescindibles y que debe aceptarse que el Derecho Penal no esté siempre en condiciones de lograr todos sus fines.

Por eso estimo, siguiendo a GARCÍA ARÁN<sup>1073</sup>, que el problema de los efectos simbólicos no sería uno de ineficacia real/eficacia aparente de la norma, sino de relación equilibrada entre unos efectos materiales (capacidad de lograr la adaptación de conductas) y otros simbólicos que se relacionan con la capacidad de motivar (por adhesión o por temor a la persecución penal) el respeto por valores protegidos. Si se acepta que ambos tipos de efectos conviven en todas las normas penales, mientras los efectos materiales tengan preeminencia y sean la razón primera para el uso del Derecho Penal, no se presenta problema alguno. En cambio, cuando los efectos simbólicos adquieren preeminencia por sobre los materiales se produce una situación que debe llamar a la alerta; el extremo sería una norma en la que solo es posible reconocer efectos simbólicos sin efectos materiales. Cuando el simbolismo (afectivo-emocional) se transforma en la razón de la acción estatal, se produce lo que se ha denominado *emocracia*<sup>1074</sup>. Si en una ley penal los efectos simbólicos adquieren predominio por sobre los materiales o, incluso, si la ley carece de estos últimos y solo presenta efectos simbólicos, se produce una distorsión de esa ley penal, ya que la «norma simbólica tiene considerable aptitud para desvalorar el

---

1069 DÍAZ PITA y FARALDO-CABANA (2002, p. 127).

1070 DÍAZ PITA y FARALDO-CABANA (2002, pp. 127-128)

1071 DÍAZ PITA y FARALDO-CABANA (2002, p. 127).

1072 DÍAZ PITA y FARALDO-CABANA (2002, p. 127).

1073 GARCÍA ARÁN (2008, pp. 197-200).

1074 GÓRRIZ ROYO (2020, p. 6).

comportamiento que sanciona, pero poca capacidad para evitarlo»<sup>1075</sup>.

Siguiendo la propuesta de y asumiendo la legitimidad de los efectos simbólicos o expresivo-integradores y su presencia en todas las leyes penales, el problema de su abuso Por efectos materiales entenderé el fin y las funciones del Derecho Penal<sup>1076</sup>. Los efectos simbólicos pueden contribuir a la realización del fin y de las funciones del Derecho Penal y, por tanto, ellos no pueden ser considerados ineficaces. Pero

Desde el punto de vista de la juridicidad proporcional, el problema de las leyes simbólicas consiste en que, como en ella el mensaje desvalorizador «se convierte en su fin principal y deja de ser un mero instrumento para la producción de efectos materiales»<sup>1077</sup>, la norma dejaría de responder a fin adecuado (minimización de la violencia) y, por tanto, al carecer de él, debe ser juzgada como desproporcionada.

### 30.3. Populismo penal y fenómenos encubiertos

El populismo penal, como estrategia política, puede provocar un comportamiento anormal del Derecho Penal, en la medida que el producto de tal estrategia puede ser una norma penal que se distancie de los postulados democráticos; en clave de juridicidad proporcional, el populismo penal puede generar injerencias indebidas en los derechos fundamentales, por medio de prohibiciones penales desproporcionadas. Sin embargo, en términos conceptuales, el análisis del populismo penal es una tarea compleja. Esa complejidad se produce porque en las ciencias sociales no hay un consenso acabado en torno a una definición de populismo<sup>1078</sup>, aunque algunos acuerdos sí existen con relación a sus aspectos estructurales. Esa falta de consenso se irradia al uso que la dogmática penal y la Criminología hacen del concepto, lo que provoca que, aplicado el populismo al sistema penal, lo que se denomina populismo penal, se utilice en términos extensivos, dando cuenta de otros fenómenos distintos.

La falta de coincidencia conceptual del populismo penal con el populismo en general se manifiesta con especial fuerza en dos aspectos. El primero, en la estructura que subyace a los fenómenos de los que se quiere dar cuenta; el segundo, en torno a la valoración democrática.

De acuerdo con los consensos en los aspectos estructurales a los que se ha llegado en las ciencias sociales, el populismo (en general, sin el calificativo <penal>) es «una ideología que considera a la sociedad dividida en última instancia en dos grupos homogéneos y antagónicos, <el pueblo puro> versus <la élite corrupta>, y que sostiene que la política debe ser una expresión de la voluntad générale (voluntad general) del pueblo»<sup>1079</sup>, con el «objetivo de reunir a todos aquellos ciudadanos que están enojados por la actual

---

1075 GARCÍA ARÁN (2008, p. 196).

1076 Ver *Supra* §26.2.

1077 GARCÍA ARÁN (2008, p. 196).

1078 CANOVAN (1981, pp. 1-ss, 1999, p. 3); MACKERT (2019, pp. 1-2); COLLIOT-THÉLÈNE (2019, pp. 17-20); FITZI (2019, pp. 48-49).

1079 MUDDE (2004, p. 543). Describiéndolo también como una ideología, TAGGART (2019, p. 79).

situación política»<sup>1080</sup>, es decir, como «un llamado <al pueblo> en contra tanto de la estructura organizada de poder, como de las ideas y valores dominantes de la sociedad»<sup>1081</sup>. Por ello, las fuerzas populistas son siempre anti-*establishment*, pero sin compartir una idea común sobre quién integra la élite cuestionada<sup>1082</sup>. En síntesis, si se toma el concepto manejado por las ciencias sociales sobre populismo, el populismo penal debería ser entendido como aquella estrategia en la que su objetivo debería «imponer sanciones severas a oligarcas corruptos a través de formas populares de justicia»<sup>1083</sup>.

El sentido con el que la dogmática penal y la Criminología han adoptado el concepto es diferente, en este punto, al de las ciencias sociales. En aquellas, el sentido del populismo *penal* es, en realidad, más próximo a una «demagogia vindicativa»<sup>1084</sup>.

Para BOTTOMS –a quien se debe el mérito de la introducción del concepto de «punitivismo populista»–, este supone tres premisas que lo hacen «atractivo para algunos políticos»:

porque creen que el recurso a una mayor punitividad tendrá un efecto en la reducción de la tasa de criminalidad a través de la disuasión general y/o la incapacitación; en segundo lugar, porque creen que puede ayudar a fortalecer el consenso moral en la sociedad contra ciertos tipos de actividad, especialmente cuando, como en el campo de las drogas, existe un grado de contestación moral en relación con la actividad en cuestión; y en tercer lugar, creen que la adopción de una postura «punitividad populista» satisfará a una circunscripción electoral en particular<sup>1085</sup>.

Para PRATT, uno de sus principales descriptores desde la esfera de la criminología, ...el populismo *penal* se trata de la forma en la que se cree que los delincuentes y condenados se han visto favorecidos a expensas de las víctimas de los delitos en particular y del público respetuoso de la ley en general... Y como el populismo en sí mismo, el populismo penal toma la forma de <sentimientos e intuiciones> más que sobre algún tipo de indicador más cuantificable...<sup>1086</sup>.

Como se ve, entre ambas conceptualizaciones existe una diferencia fundamental a nivel de enfoque. En la propuesta de BOTTOMS, la estrategia penal representa para los políticos una alternativa para enfrentar la delincuencia como un problema social; los beneficios electoralistas, medidos en votos, aparecen como uno más de tales beneficios. En la propuesta de PRATT, en cambio, el enfoque consiste en una separación entre dos colectivos dentro de la comunidad; el primero, los «buenos ciudadanos» y el segundo, los «malos ciudadanos». El Derecho Penal es, entonces, una herramienta de protección de

---

1080 ROVIRA KALTWASSER (2019, p. 72).

1081 CANOVAN (1999, p. 2).

1082 ROVIRA KALTWASSER (2019, p. 67).

1083 VERGARA (2019b).

1084 CUNEO NASH (2018, p. 81).

1085 Esta cita y las dos anteriores, BOTTOMS (1995, pp. 39-40).

1086 PRATT (2007, p. 12).

los primeros en contra de las amenazas que representan los segundos. Sin que en las ciencias penales haya un completo consenso<sup>1087</sup>, como ocurre en las ciencias sociales, el populismo penal considera como una condición estructural la existencia de un segmento de la sociedad perjudicado por la actividad criminal. Se trataría de las personas respetuosas de la ley que están a merced de aquellos dispuestos a quebrantar las normas. La dualidad «pueblo/élite corrupta» del concepto general de populismo, adoptaría, en el área del sistema penal, la específica significación de «ciudadanos honestos/delincuentes». Cuenta con una posición crítica de los ciudadanos honestos sobre «lo que parece haber sido la insidiosa inversión de las prioridades del sentido común: proteger el bienestar y la seguridad de la «gente común» que obedece la ley, castigando a aquellos cuyos crímenes lo ponen en peligro»<sup>1088</sup>. El populismo, entonces, encarnaría la aspiración de ese segmento perjudicado por una sociedad en la que las leyes penales se hagan más fuertes o se cumplan efectivamente. De esta forma, a diferencia del populismo en general en el que la relación es solo entre dos actores, el populismo penal opera, en realidad, sobre una relación triádica: los (1) ciudadanos honestos frente a los (2) delincuentes que exigen del (3) legislador leyes penales más duras/de los operadores (policías, fiscales y jueces) mayor rigurosidad en la aplicación de las normas existentes. El perjuicio del sector que reclama es causado por los delincuentes y por unos gobernantes que no reaccionan con la suficiente rapidez y fuerza frente al delito. En el populismo en general, en cambio, el perjuicio es operado por la propia élite gobernante que, en atención a su grado de corrupción, no está interesada en conferir a los perjudicados mayores niveles de bienestar. Esta conceptualización del populismo punitivo tiene una notable cercanía con la explicación de GARLAND sobre la «criminología del otro»<sup>1089</sup>; y de ahí a la sustitución del «otro-delincuente» por el «otro-enemigo» hay solo un paso de distancia. Estos dos sentidos tienden a confundirse en el desarrollo y aplicación del concepto de populismo punitivo.

El rendimiento electoral de la adopción de una estrategia de profundización de la punitividad parece haber sido especialmente convincente para los operadores jurídicos en un momento determinado. En ese período, se le atribuye especial importancia a la reacción de la opinión pública frente al delito y a cómo esta puede transformarse en votos en el «mercado electoral»<sup>1090</sup>; se produce el desplazamiento de los expertos, anterior-

---

1087 El populismo penal podría presentarse como un fenómeno que conduce a un modelo autoritario o a una renovación de las bases del modelo jurídico. Con relación a lo último, por ejemplo, a juicio de KADISH (1988, p. 534), fue una forma de populismo lo que hizo surgir en Estados Unidos de Norteamérica la tendencia codificadora en la que se inserta la construcción del *Model Penal Code*. Este autor explica esta tendencia como la concesión de participación popular a las grandes masas, desafiando con ello a las gobernantes élites privilegiadas y grandes poderes económicos. Una forma de otorgar esa participación política popular fue poner en manos de representantes electos por la mayoría la determinación del contenido de la norma penal, expresada en leyes producidas por esos representantes. De esta forma, no solo se contaría con leyes accesibles y comprensibles por todos, sino también se sustraería a los jueces la función de hacer y declarar la norma sin participación democrática, al sustituirse la dependencia del *common law* por leyes aprobadas por instancias representativas.

1088 PRATT (2007, p. 12).

1089 GARLAND (2001, *pássim*).

1090 S. HALL (1988, p. 47).

mente ubicados en el centro del proceso de toma de decisiones, por grupos de acción política y asesores políticos y se recurre a una propaganda en la que las personas «no son ni reales ni inclusivas, sino que de hecho son un subconjunto mítico y construido de toda la población»<sup>1091</sup>, basada en «frases altisonantes: «La prisión funciona», «Tres strikes [golpes] y estás fuera», «La verdad en la condena», «Prisiones sin lujos», «Condenas adultas para delitos adultos», «Tolerancia cero», «Duro con el delito, duro con las causas del delito»<sup>1092</sup>, estrategias que «pertenecen sin duda a lo que para muchos observadores [europeos] constituye el catálogo de excesos y extravagancias político-criminales estadounidense»<sup>1093</sup>.

Siendo un patrimonio común a izquierdas y derechas, el populismo penal intenta describir un retroceso en la conformación liberal-ilustrada del sistema de persecución penal y poner el acento más que en las libertades individuales (incluidos los imputados y condenados), en el derecho a mayores niveles de seguridad<sup>1094</sup>; con algo en lo que se «demanda que los derechos de las víctimas, los derechos de las comunidades, deben tener preeminencia sobre los derechos de los criminales individuales»<sup>1095</sup>. Se ha considerado que el populismo penal «ha llegado a ser un fenómeno que representa una dramática reconfiguración de la potestad punitiva que ha sido característica de la moderna sociedad de post-guerra»<sup>1096</sup>. Como explica CHEVIGNY, «[e]l populismo del miedo es una política enormemente exitosa porque sirve para intimidar y demonizar a algunos [pobres, marginales] y, al mismo tiempo, para disciplinar al resto [clase media] a quienes se les enseña a tener miedo de esos demonios»<sup>1097</sup>. El populismo penal recurre, principal, pero no exclusivamente, a la privación de libertad como herramienta y «[s]i tenemos presente el alto componente emotivo que envuelve al derecho penal, el crecimiento de los medios de comunicación y la competencia entre ellos, no resulta difícil concluir que el discurso de los políticos recurra al derecho penal»<sup>1098</sup>.

En síntesis, el populismo penal tendría siempre una connotación negativa porque reduce una configuración del Derecho Penal que se considera más cercana a una aspiración democrática; el populismo penal puede producir un Derecho Penal autoritario. Populismo penal se identifica, entonces, como un proceso de retroceso democrático.

Estas asociaciones conceptuales me hacen pensar en la necesidad de su revisión. En las ciencias sociales se discute la relación del populismo con la democracia, en términos de la compatibilidad del primero con la segunda<sup>1099</sup>. En este aspecto, parece convincente la explicación de que el populismo es una dinámica compatible con el juego democrá-

---

1091 MUDDE (2004, p. 546).

1092 GARLAND (2001, p. 45).

1093 CASTIÑEIRA y RAGUÉS (2004, p. 83, 2014, p. 147).

1094 PRATT (2007, p. 20).

1095 PRATT (2007, p. 30).

1096 PRATT (2007, p. 24).

1097 CHEVIGNY (2003, pp. 80-81).

1098 FERNÁNDEZ CRUZ (2013, p. 337).

1099 VERGARA (2019a, p. 229).

tico y las permanentes tensiones que, dentro de él, se dan entre su comprensión como forma de salvación (redentora) y de organización para la solución de conflictos (pragmática)<sup>1100</sup>. En consecuencia, no todo producto normativo u organizativo del populismo puede ser considerado antidemocrático o que, por su propia definición, vaya a tensionar los fundamentos de legitimidad que confiere la democracia. El populismo penal, por su parte, supone una permanente tensión con valores fundamentales del sistema democrático, de modo que, si sus reclamos fueran de todo escuchados, el sistema penal que surgiría sería mucho respetuoso de los derechos fundamentales de las personas.

De esta forma, estimo que la connotación negativa del populismo penal no puede sostenerse si se la compara con lo que las ciencias sociales han entendido por populismo. ¿Significa eso, entonces, que el incremento del rigor punitivo del sistema penal y que su uso electoralista, con sus consecuentes costes de libertad, deben ser considerados como expresiones legítimamente democráticas? La respuesta a ese interrogante es negativa. La utilización del sistema penal para fines diferentes de los que el sistema democrático tolera (dentro de los cuales no está, por ejemplo, la obtención de votos a costa de la libertad) debe ser considerado como antidemocrático. Lo que ocurre es que el concepto de populismo penal ha sido usado como un paraguas extenso que da cobertura a fenómenos que tienen una lógica y una expresión diferentes.

Por ejemplo, los discursos que se han tildado como populismo penal efectuados desde la derecha nada tienen que ver con el populismo como fenómeno sociopolítico. Los pretendidos <populismos penales de derechas> son, en realidad, movimientos reaccionarios «porque buscan restaurar un orden social anterior [...] que movilizan a los segmentos pobres y subordinados de la sociedad para protestar contra las élites en el nombre del pueblo, pero que, sin embargo, sirven para mantener o restaurar las jerarquías sociales»<sup>1101</sup>. Esta aproximación nada tiene que ver con las aspiraciones de una clase dominada de revelarse en contra de una élite gobernante; tiene más que ver con una estrategia de aparentar una forma de compartir el poder político con las masas excluidas del proceso de toma de decisiones.

En la medida que lo que se pretende como populismo penal «se alimenta de la división y el disenso más que del consenso [y que actúa] como si ahora existiera un gran abismo entre las expectativas penales del público en general y las políticas y prácticas de las autoridades de justicia penal»<sup>1102</sup>, aunque se aproxima a la idea de revelación popular, lo central es la utilización electoralista del discurso. Es esta vinculación entre la adopción de una estrategia represiva a través del Derecho Penal con las rentabilidades político-electorales, lo que a mi juicio hace que el concepto de populismo penal –o, al menos, este aspecto de él– se encuentre más cercano, en realidad, a un modelo de demagogia vindicativa. Según este, «quien quiera detentar el poder político –y en consecuencia, también el económico– se verá tentado a utilizar todos los medios necesarios para obte-

---

1100 CANOVAN (1999, *pássim*).

1101 HARDT y NEGRI (2017, p. 51).

1102 PRATT (2007, p. 13).

nerlo»<sup>1103</sup>; y dentro de ellos, están los bélicos contra la delincuencia «sin importar si realmente el endurecimiento penal supone una real disminución de [ella]»<sup>1104</sup>. Estas cuestiones dan lugar, como lo ha sostenido PRATT a una «dramática reconfiguración del poder de castigar que ha sido característico de la sociedad moderna de postguerra»<sup>1105</sup>. Explicar este nuevo escenario de ejercicio de la potestad punitiva a través de la etiqueta del populismo penal tiene como riesgo soslayar la realidad, encubriendo con esa denominación, aparentemente menos perversa, un fenómeno distinto, con una mayor carga valorativa negativa: el fascismo penal, cuyo objetivo es «imponer y defender un orden legal, moral y económico a través de leyes severas que se usan en contra de enemigos internos, socavando la protección de los derechos individuales y el debido proceso»<sup>1106</sup>, estrechamente vinculado al «populismo autoritario» de S. HALL<sup>1107</sup>. El peligro de una aproximación de carácter fascista se relaciona estrechamente con el hecho de que una determinada *doxa* adquiera un carácter fuertemente hegemónico, una «normalidad» política como la define COLLIOT-THÉLÈNE<sup>1108</sup>. Esta normalidad hegemónica define «los límites entre las opiniones que son aceptables para la expresión pública y las que están proscritas o consideradas sospechosas»<sup>1109</sup>. Entre las consideradas aceptadas en el contexto europeo están, a juicio de la autora, la condena del racismo y otras formas de discriminación, «pero también el apoyo de una determinada política económica, cuyas palabras clave son libertad de mercado, rigor presupuestario y flexibilidad laboral», es decir, tanto «la adhesión a los valores humanistas como la aceptación de la globalización neoliberal»<sup>1110</sup>. El problema de este esquema hegemónico consiste, a mi juicio, en situar en un mismo nivel de importancia ambos elementos. Que la adhesión a valores humanistas, como el respeto de la dignidad humana, sea considerada la normalidad política parece no ser tan problemático como sí lo es incorporar a ese mismo conjunto la defensa de la ideología económica.

La juridicidad proporcional ofrece buenas herramientas para enfrentar estos fenómenos, con independencia absoluta de la etiqueta que se use para describirlos. Como se ha analizado, en la lógica de la juridicidad proporcional, lo importante es la justificación, con base jurídica, de la injerencia sobre la libertad y los demás derechos fundamentales

---

1103 CUNEO NASH (2018, p. 81).

1104 CUNEO NASH (2018, p. 81).

1105 PRATT (2007, p. 24).

1106 VERGARA (2019b).

1107 Propuesto por S. HALL (1988, p. 84) como elemento analítico de las políticas Thatcheristas, y definido en los siguientes términos:

[...] describe un cambio en el balance de las fuerzas sociales y políticas y en las formas de autoridad política y regulación social institucionalizadas en la sociedad a través del estado. Implicó un intento de cambiar el centro de gravedad en la sociedad y el estado más cercano a un polo <autoritario> de poder. Intentó imponer un nuevo régimen de disciplina social y de liderazgo <desde arriba> en una sociedad cada vez más percibida como sin timón y fuera de control.

1108 COLLIOT-THÉLÈNE (2019, p. 18).

1109 COLLIOT-THÉLÈNE (2019, p. 18).

1110 COLLIOT-THÉLÈNE (2019, p. 18).

que la prohibición penal restrinja. Esa justificación debe hacerse en clave juridificada, de modo que la utilización electoralista del sistema penal o la autoprotección del discurso hegemónico en materia económica no podrán configurar un fin adecuado en la lógica de la juridicidad proporcional.

#### 30.4. Actitud punitivista

Frente al sistema penal se puede adoptar una actitud de mayor o menor aceptación hacia él. Tal actitud consiste en una definición compartida sobre la asignación al sistema penal de un rol más o menos prioritario como herramienta en la solución de conflictos sociales y la atribución a él de mayores o menores niveles de confianza en su eficacia para el cumplimiento de esa función. Se trata de una percepción sobre el sistema penal y, como tal, la evidencia empírica sobre la correspondencia de esa definición subjetiva con el funcionamiento material del sistema y de sus posibilidades reales de cumplir tales funciones deja de ser determinante.

Una *actitud punitivista* es directamente proporcional a la adhesión al sistema penal, que puede apreciarse cualitativamente con relación a dos criterios: el mayor grado de prioridad que se confiere al sistema penal como herramienta de solución de conflictos y la mayor confianza en su eficacia como herramienta de control social, «un sentimiento social que ahora parece casi espasmódicamente invocar la violencia punitiva como panacea para muchos de nuestros problemas»<sup>1111</sup>. Se trata de una actitud en la que «el público está más inclinado hacia la venganza y poco preocupado por el principio de proporcionalidad»<sup>1112</sup>, marcando, de esta forma, una tendencia al crecimiento del sistema penal. Y que, a su vez, da lugar a lo que GARLAND describe como un «modo específico de acción penal»: el *penal control*<sup>1113</sup>.

El primer criterio se concreta en los parámetros dentro de los que se hace necesario (e, incluso, imprescindible) recurrir al sistema penal; y el segundo, en los criterios para que la determinación de la pena a aplicar se considere justa. Según el primer criterio, la actitud punitivista exhibe una disminución del estándar que determinado cuando es tolerable (o necesario) recurrir al sistema penal; en una versión extrema, casi cualquier conducta que se considere desviada, lesiva o peligrosa puede llegar a constituir legítimamente una prohibición penal. Se produce, de esta forma, una presión para el crecimiento del conjunto de prohibiciones penales. Según el segundo criterio, esto es, el de la medida justa de la pena, dicha actitud se expresa en la aspiración de un tratamiento penológico más intenso. De acuerdo con este criterio, el conjunto de prohibiciones penales no necesariamente crece, pero las existentes se profundizan, decidiéndose aumentos de pena, formas más rigurosas para su individualización judicial o para su ejecución efectiva. En síntesis, una actitud punitivista puede reclamar o más delitos o penas más rigurosas, o ambas a la vez.

---

1111 PALAZZO (2017, p. 15).

1112 BACIGALUPO ZAPATER (2010, p. 27).

1113 GARLAND (2017, pp. 7-ss, 2020, p. 7).

En tanto posición radicada en la subjetividad, la actitud punitivista puede ser explicada desde una perspectiva instrumental o desde otra moral. De acuerdo con la primera, la actitud punitivista actúa como la satisfacción de la necesidad de autoprotección frente al delito, disminuyendo con ello la posibilidad de ser víctima de él. Según la segunda, la actitud punitivista es una posición moral que busca, mediante el sistema penal, una forma de recomponer la vigencia de las normas quebrantadas por el delito y el delincuente<sup>1114</sup>. En ambas explicaciones, la actitud punitivista determina tendencias a la hora de optar por mecanismos concretos de solución de conflictos; y como tal, puede presentarse en, al menos, tres grupos relevantes de actores. El primero, constituido por el grupo mayoritario y amorfo representado por la sociedad, el colectivo social o la opinión pública. El segundo, es un grupo más reducido y, por tanto, más trazable, integrado por los operadores del sistema político dentro del aparato del Estado, es decir, quienes toman las decisiones legislativas o moldean la política criminal primaria. Y el tercero, aun más reducido y con pretensiones de tecnicidad, compuesto por los operadores del sistema de justicia criminal, entre los que se cuentan los agentes policiales, los fiscales y los jueces. Entre los tres grupos se producen una serie de relaciones complejas que se explican dentro de las lógicas de una democracia representativa y con atribución especializada de funciones en órganos diferenciados<sup>1115</sup>.

Entre la mayor o menor actitud punitivista y el modelo de legitimación del sistema penal, existe una relación. Esta consiste en que los últimos adoptan una posición respecto de la primera. Así, en un modelo garantista como en uno de Derecho Penal mínimo, se presupone una actitud menos punitivista. Una actitud abiertamente punitivista, por el contrario, se espera en un modelo de securitización.

Una actitud proclive al punitivismo puede producir como resultado un comportamiento anormal del Derecho Penal, no solo en la generación de las normas penales, sino también en su aplicación. La extensión de las prohibiciones penales puede producirse tanto mediante la creación de nuevas prohibiciones penales como por medio de una interpretación extensiva o de una aplicación analógica de las existentes. Asimismo, una actitud proclive al punitivismo puede legitimar su uso cuando se pretende con ello la generación de sentimientos de valoración, es decir, la producción de un efecto llamada con relación a las prohibiciones penales. Por último, también puede expresarse como una forma de venganza de las clases oprimidas frente a las élites gobernantes o para lograr una férrea protección de los valores y consensos hegemónicos. Como se ve, la actitud punitivista puede ser el antecedente socialmente subjetivo para la producción de los fenómenos de la expansión normativa o aplicativa del Derecho Penal, del abuso de sus efectos expresivo-integradores o del populismo o de los fenómenos que quedan

---

1114 TYLER y BOECKMANN (1997, pp. 239-ss). Utilizando métodos cuantitativos, y aplicado el estudio en California, los investigadores pudieron determinar una fuerte influencia del enfoque moral en el apoyo de las personas a medidas legislativas para aumentar la punitividad del sistema penal, vinculada con preocupaciones sobre la cohesión moral. En cambio, la disposición al recorte de garantías procesales para el imputado, estaban vinculadas más a un enfoque instrumental (pp. 258-259).

1115 STUNTZ (2001). Sobre las causas de la actitud punitivista, ver ADRIAENSEN y AERTSEN (2015); GERBER y JACKSON (2016).

encubiertos por él.

En atención a que la actitud punitivista puede operar como el desencadenante de tales fenómenos, habría que explorar los posibles rendimientos de la juridicidad proporcional frente a ella. En este punto, debe reconocerse, la juridicidad proporcional tiene limitaciones. Estas están determinadas por la naturaleza de la juridicidad proporcional, ya que ella está llamada a operar como un control jurídico formalizado de normas penales, y no de meras intenciones o de subjetividades sociopolíticas. Frente a la actitud punitivista en sí misma, es decir, como tal subjetividad colectiva, el remedio posible es la educación y la generación de conocimientos que estén enfocados a desvirtuar los mitos que pueden esconderse detrás de tal actitud. Si ella logra concretarse en la producción de normas jurídicas, la juridicidad proporcional sí puede reaccionar, detectando la inspiración punitivista y sometiéndola al test en que ella consiste.



## Capítulo V.

# La revolución de los derechos fundamentales

### 31. Introducción al Capítulo V

No es causal que el centro de gravedad de la legalidad penal en la comprensión tradicional esté ubicado en la protección del ciudadano frente al ejercicio por el Estado de la potestad punitiva; así como tampoco lo es que ella haya pretendido dispensar protección al individuo frente a la soberanía estatal. Que en la base de la legalidad penal se encuentre una relación dual, construida entre el individuo y el Estado-nación<sup>1116</sup>, es particularmente clara y, a su vez, especialmente indicativa de la forma en que se concibieron los derechos civiles a partir de la Ilustración en el Estado liberal clásico. En este, las Constituciones –y dentro de ellas, los derechos– eran concebidas como constricciones al ejercicio del poder estatal, ya que su poder causó el temor de los liberales clásicos. BUCHANAN distingue un conjunto de «elementos organizacionales-procedimentales» para conseguir esa finalidad de restricción, como la división de la soberanía entre distintos niveles de autoridad y, dentro de ellos, la separación de esos poderes en distintas ramas<sup>1117</sup>. A ello habría que agregar que la legalidad penal se encuentra, precisamente, dentro de esos elementos de organización y actuación del Estado liberal clásico, tal como se ha analizado precedentemente.

En lo que interesa a este punto, es que la comprensión tradicional de la legalidad penal pertenece a una concepción liberal clásica de los derechos individuales, es decir, que se inserta dentro del concepto de los derechos civiles. La legalidad penal es concebida como una garantía de la libertad frente al ejercicio posiblemente arbitrario de la potestad punitiva.

Como los conceptos jurídicos evolucionan y en cada época designan cosas diferentes, es claro también que el significado histórico no deja, necesariamente, de ser irrele-

---

1116 MOYN (2011, p. 38).

1117 BUCHANAN (1994, p. 3).

vante<sup>1118</sup>. En esa perspectiva, a partir de la segunda mitad del siglo XX, hemos asistido a una profunda evolución en la concepción de los derechos de las personas, que puede ser graficada como el paso de los <derechos del hombre> a los <derechos fundamentales>, un proceso que se ha conocido como la revolución de los derechos humanos. Tanto la cercanía histórica de este proceso, como la intensidad de los cambios económicos y el impacto de estos en las formas de organización política, posiblemente nos ha impedido dimensionar su trascendencia y la profundidad del surgimiento del concepto de derecho fundamental. La revolución de los derechos humanos y la «victoria del fundamentalismo de mercado han sido simultáneos»<sup>1119</sup>.

La concepción clásica de los derechos –los <derechos del hombre>– carece de la densidad conceptual suficiente para generar un diálogo en sintonía con los discursos acuñados a la luz de la revolución de los derechos humanos. Como la legalidad penal es tributaria de esa concepción clásica de los derechos, debería concluirse que su propia conceptualización producirá desajustes en el escenario de la revolución de los derechos humanos. La juridicidad proporcional, en cambio, cuya conceptualización jurídica surge más cercana a la revolución de los derechos humanos, debería ser más permeable a esos discursos.

Esta es la hipótesis de trabajo de este Capítulo V. Para ello, comenzando con un apartado de introducción del concepto (§32), el análisis de la revolución de los derechos humanos se abordará desde tres aspectos que pertenecen a su esencia (eficacia horizontal de los derechos (§33), la supranacionalización de estos (§35) y el rol que desempeñan en la justificación de la acción estatal (§34)). Estos tres aspectos se emplearán como baremos de comparación del rendimiento que en ellos se puede obtener de la legalidad penal y de la juridicidad proporcional.

### 32. La «revolución de los derechos fundamentales»

El proceso por el cual el discurso de los derechos humanos o fundamentales ha permeado la acción política y jurídica de los Estados y de organizaciones civiles, y ha superado las fronteras nacionales para instalarse en un escenario supranacional<sup>1120</sup>, ha sido calificado como una verdadera revolución (la *human rights revolution*<sup>1121</sup>), cuya intensidad, en el plano conceptual y en el de sus efectos políticos y jurídicos, es comparable con el que, en su tiempo, tuvo la Ilustración; y que BOBBIO ha calificado como un «signo premonitorio del progreso moral de la humanidad»<sup>1122</sup>. Un reflejo de su intensidad es

---

1118 ALSTON (2013, pp. 2051-2052).

1119 MOYN (2018, p. 147).

1120 MUTUA (2016, pp. 111-ss).

1121 En este sentido, a modo ejemplar, ver SOHN (1982); D'AMATO (1988, 1995); BUERGENTHAL (1991, 1997); SHESTACK (1997); JUSS (1998); STEPHAN (2000); BARAK (2008); LIPPMAN (2008); HAFNER-BUTON y RON (2009, p. 361); MOYN (2011, 2014, 2017, 2018); AA.VV. (2012); HITCHCOCK (2015); DURANTI (2017); COWELL (2018); SLOSS y SANDHOLTZ (2019).

1122 BOBBIO (1997, p. 158).

que la teoría de los derechos humanos ha sido caracterizada como una ideología política independiente y significativamente diferente de otras ideologías como el liberalismo, el marxismo o la social democracia<sup>1123</sup>. Que un acusado pueda invocar ante el tribunal penal que lo enjuicia el texto de la Constitución como argumento de defensa amparado en un derecho fundamental, que los derechos sean parte de los argumentos con los que se critican o alaban decisiones de política criminal, que el Estado pueda ser condenado por tribunales supranacionales por la forma en que ejercita la potestad punitiva contraria a los derechos o que determinadas conductas puedan ser enjuiciadas porque se consideran constitutivas de delito por tribunales supranacionales que no aplican una ley nacional, sino una internacional, son expresiones concretas de la revolución de los derechos fundamentales<sup>1124</sup>.

El concepto de revolución de los derechos humanos, al menos como se usa por la doctrina anglosajona consultada, se enmarca en el proceso de internacionalización de los derechos humanos. En esta investigación, opto por una versión más extensa de ese concepto, que incluye tanto la indicada internacionalización, como aspectos de la evolución de los derechos fundamentales en el ámbito interno o nacional.

En efecto, estimo que la evolución de los derechos fundamentales en el plano conceptual, pero también en el ejercicio político y jurídico, da cuenta de un proceso profundo, con carácter revolucionario. A esta evolución confluyen distintos procesos como el de constitucionalización del Derecho y la protección supranacional de los derechos fundamentales.

De esta forma, la revolución que estamos viviendo, operada desde el discurso y la lógica de los derechos fundamentales, se expresa en tres perspectivas.

En una perspectiva nacional o interna, la revolución de los derechos fundamentales consiste en que los derechos dejan de actuar en una relación dual entre el Estado y la persona, es decir, que dejan de ser una protección solo frente al poder soberano del Estado. Los derechos fundamentales adquieren eficacia normativa directa (o eficacia horizontal) en todas las concretas relaciones que se verifican, no solo entre los particu-

---

1123 ARAT (2008, p. 913).

1124 Debe advertirse que la ideología de los derechos humanos no constituye un espacio teórico y práctico dominado por el consenso. Por el contrario, este ámbito del pensamiento y de la realidad ofrece variadas posibilidades de análisis críticos. El núcleo central de las posiciones críticas ha sido sintetizado por KENNEDY (2004) de una forma especialmente clara: este consiste en denunciar el error de la premisa de que «un poco más de derechos humanos nunca puede empeorar las cosas» (p. 34). El movimiento crítico de los discursos consuetudinarios en torno a la ideología de los derechos humanos no es un movimiento negacionista sobre su importancia y sus posibilidades. Se reconoce que «[l]os derechos humanos representan la respuesta más efectiva hasta ahora ideada para un amplio rango de amenazadas estándares a la dignidad humana que las economías de mercado y los estados burocratizados han hecho casi universales a través del globo» (DONNELLY, 2007, pp. 287-288). Por el contrario, la crítica se enfoca en las distorsiones que se producen en la aplicación de tal ideología a la realidad (HAFNER-BURTON y RON, 2009; KENNEDY, 2004; MUTUA, 2002). Se cuestiona, por ejemplo, cómo la ideología de los derechos humanos puede usarse para intentar legitimar un programa expansivo de la represión penal, para encubrir desigualdades estructurales, para conferirle al neoliberalismo un carácter hegemónico, para la construcción de discursos totalizadores o que opera sobre lógicas de universalización que aplastan la diversidad cultural. Esta visión crítica (no negadora) de la ideología de los derechos humanos será relevante cuando se analice el fin adecuado dentro del test de proporcionalidad (ver *Infra* §26.2.2.1).

lares y la Administración, sino también entre particulares directamente<sup>1125</sup>. Aunque no existe consenso sobre el verdadero alcance de esta eficacia horizontal de los derechos<sup>1126</sup>, lo cierto es que este punto de inflexión significó que el respeto de los derechos por parte de los particulares dejara de ser un deber moral para pasar a ser un deber jurídico<sup>1127</sup>. Esta perspectiva es expresión, principalmente, del fenómeno de la constitucionalización del Derecho.

La segunda perspectiva en la que se manifiesta la revolución de los derechos fundamentales consiste en un nuevo rol que estos pasan a desempeñar. Los derechos fundamentales dejan de ser solo constricciones al ejercicio del poder estatal, para pasar a ser elementos que orientan, en forma positiva o activa, la definición de políticas públicas y acciones estatales; es decir, que los derechos fundamentales dejan de ser solo razones para la abstención, para pasar a ser razones para la acción estatal.

Finalmente, la tercera perspectiva consiste en que, junto con su dimensión nacional, los derechos fundamentales adquieren ahora una perspectiva supranacional, ya que pasan a ser intereses protegidos por la comunidad internacional respecto del ejercicio de un poder soberano.

Debe reconocerse que el funcionamiento del Derecho Penal de acuerdo con el discurso de los derechos fundamentales tiene más de aspiración dogmática que de realidad tangible. Aunque cada vez es más común leer sentencias de la jurisdicción penal que hacen referencia a la retórica propia del discurso de los derechos fundamentales y en la que tal retórica actúa como insumo directo en los procesos de argumentación judicial, también es cierto que ello opera así más por una decisión deliberada de los operadores jurídicos que por una determinación estructural que haga que el sistema funcione así. La adopción por un tribunal penal en su sentencia de una argumentación en clave de derechos fundamentales o de una legalista, como su contrario, se usa, a menudo, como criterio de medición sobre el nivel de conservadurismo/progresismo, de antigüedad/moderno u otras categorías que, en general, denotan menos o más adecuación a una forma diferente de comprender el Derecho, respectivamente. Lo más relevante es determinar, primero que todo, qué tan preparadas están las estructuras tradicionales del Derecho Penal para funcionar de acuerdo con el discurso de los derechos humanos. Sin que esta evaluación parezca siempre relevante, estimo que la dogmática ha incurrido en un error estratégico que ha conducido a una fuerte asimetría entre el programa de derechos y

---

1125 ALEXY (1993, pp. 510-ss); BERNAL PULIDO (2014, pp. 500-ss). Sobre la discusión en España en torno de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, con abundante bibliografía citada, BELADIEZ ROJO (2017, pp. 76-77, nota al pie n° 1). Sobre la eficacia entre particulares del CEDH, ver ARZOS SATISTEBAN (2017, *pássim*) y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA (2017, *pássim*).

1126 BELADIEZ ROJO (2017, p. 77) explica que el desacuerdo se relaciona con la determinación de si la Constitución obliga o no directamente a los particulares quienes tendrían, por tanto, el deber jurídico de acatar los derechos fundamentales; si en virtud de esta eficacia horizontal, la Constitución contiene un mandato para que el legislador desarrolle el nivel de vinculabilidad de los derechos en las relaciones reguladas por el derecho privado; y si esta eficacia horizontal vincula también a los órganos jurisdiccionales, en el sentido de que estos deben aplicar e interpretar las normas de derecho privado a la luz de los derechos fundamentales.

1127 BOROWSKI (2020, pp. 18-ss).

garantías y la realidad del Derecho Penal, asimetría que representa, en realidad, un proyecto parcialmente fallido de un sistema penal en clave de derechos. Este se explica, por una parte, en la ansiedad por obtener del Derecho Penal respuestas coherentes con las que se podrían esperar de él en un mundo ideal, caracterizado por un Derecho Penal completamente adaptado a la ideología de los derechos fundamentales. Por otro lado, se explica porque se ha desarrollado un abanico nutrido de aquellos principios constitucionales que vendrían a limitar el ejercicio de la potestad punitiva, pero el reconocimiento positivo de tales principios se ha buscado erróneamente dentro de la geografía del texto constitucional. La legalidad penal es un buen ejemplo de la incapacidad parcial de plena adaptación a la ideología de los derechos fundamentales –como se analizará seguidamente–; y que la juridicidad proporcional, en cambio, está conceptualmente mejor preparada para enfrentar esa tarea.

### 33. La eficacia horizontal de los derechos: el modelo constitucional

En los orígenes del constitucionalismo, la Constitución fue concebida solo como un instrumento *político* destinado a distribuir y regular el ejercicio del poder estatal. Ella se construyó básicamente en torno a regulaciones orgánicas de separación de poderes, determinando los ámbitos de competencias de legislador, del ejecutivo y de los jueces. Aunque en dicha concepción, las Constituciones podían prever una parte dogmática, esta no estaba dotada de un contenido axiológico abundante y los catálogos de derechos que incluían se concebían de acuerdo con la comprensión liberal-clásica, es decir, como constricciones al poder estatal garantizando que ciertos espacios de actuación de las personas quedaban al margen de la injerencia del Estado.

En la década de 1970, de la mano de la dogmática penal italiana, este escenario comenzó a cambiar: surge la orientación sustancial o constitucional del Derecho Penal<sup>1128</sup>, evolución que, a su vez, se inscribe en un proceso de transformación de todo el Derecho, representado por su *constitucionalización*<sup>1129</sup>, esto es «un proceso de transformación de un ordenamiento jurídico al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente «impregnado» por las normas constitucionales»<sup>1130</sup>. La configuración de la Constitución como una norma política y, a la vez, jurídica (una «Constitución invasora»<sup>1131</sup>) corresponde al proceso de constitucionalización del Derecho en el marco del *neoconstitucionalismo*<sup>1132</sup>, registrado principalmente a partir de la segunda mitad del siglo

---

1128 DONINI (2001, pp. 27-28).

1129 BERNARDI (2011, p. 15).

1130 GUASTINI (2009, p. 49).

1131 GUASTINI (2009, p. 49); COMANDUCCI (2009, p. 83).

1132 Denominación utilizada para oponerle «de un lado, al constitucionalismo clásico y, por otro, al viejo positivismo jurídico» (FERRAJOLI, 2014, p. 24, nota al pie n° 11). Además de la vigencia efectiva y horizontal de los derechos y de la directa aplicación de las disposiciones constitucionales, POZZOLO (a quien FERRAJOLI (2014, p. 24, nota al pie n° 11)) atribuye la incorporación de la expresión al léxico filosófico-jurídico) sintetiza sus formulaciones en cuatro tópicos: (a) existencia en el Ordenamiento de normas y principios en el sentido propuesto por DWORKIN; (b) la ponderación como particular método interpretativo de los principios

xx<sup>1133</sup>. Este proceso significa una nueva comprensión del rol de la Constitución como norma jurídica eficaz. Como sostiene FAVOREU, durante el siglo XIX y gran parte del siglo recién pasado, el sistema jurídico tuvo como su eje central a la ley, mientras que la Constitución ejerció un rol regulador, una *norma normarum*<sup>1134</sup>; actualmente, en cambio, el eje central es la propia Constitución y el regulador, la jurisdicción constitucional, produciéndose una reordenación alrededor de estos dos elementos<sup>1135</sup>. En esta nueva lógica, la Constitución está dotada de valores que son, a su vez, los valores del sistema<sup>1136</sup> y su sistema de preferencia, de modo que la Constitución también viene a solucionar los conflictos relacionados con la preeminencia de unos valores sobre otros<sup>1137</sup>. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*, concepto producido por la jurisprudencia y doctrina alemanas<sup>1138</sup> y que, al igual que la proporcionalidad, se ha extendido por el mundo<sup>1139</sup>) es una de las principales derivaciones de la constitucionalización del Derecho, según lo cual «las normas constitucionales declarativas de derechos, que nadie discute que gozan de una auténtica eficacia jurídica frente al Estado, han de ser también directamente aplicables en las relaciones entre particulares, siempre y cuando, y

---

y la subsunción, propia de las normas (o reglas); (c) la Constitución como criterio de legitimidad de las normas infraconstitucionales, incluida la ley; y (d) un especial rol de los jueces manifestada en la interpretación creativa de la jurisprudencia (POZZOLO, 1998, pp. 340-342).

GUASTINI (2009, pp. 50-58), por su parte, propone como criterios identificadores de la constitucionalización del Derecho, los siguientes: (a) la existencia de una Constitución rígida, es decir, un texto no solo escrito, sino que también protegido con relación a la legislación común, en el que esta última no tiene eficacia activa contra la primera; (b) control jurisdiccional del cumplimiento de la Constitución, es decir, la posibilidad de revisión del contenido de la legislación por un tribunal independiente, ya sea preventivo (antes de la entrada en vigor de la legislación) o *a posteriori*, de eficacia general (impidiendo que una ley inconstitucional llegue a tener vigor) o particular (impidiendo que una ley inconstitucional pueda ser aplicada en un caso concreto); (c) un consenso entre los operadores jurídicos sobre la fuerza vinculante de la Constitución; (d) una actitud de interpretación extensiva del texto constitucional por los operadores jurídicos, que permita salvar las lagunas de regulación que pudiere contener; (e) la interpretación por los operadores jurídicos del completo sistema normativo a la luz de las disposiciones constitucionales; y (f) una influencia concreta y real de la Constitución en las relaciones políticas. PRIETO SANCHÍS, a su turno, enuncia cinco elementos característicos del neoconstitucionalismo: (a) más principios que reglas; (b) más ponderación que subsunción; (c) una omnipresencia reguladora de la Constitución en desmedro de la que antes ostentó la ley; (d) presencia de controles jurisdiccionales sobre la producción legislativa; y (e) pluralidad axiológica (PRIETO SANCHÍS, 2009, p. 131).

Sobre el fenómeno del neoconstitucionalismo, ver AA.VV./CARBONELL (ed.) (2007); PRIETO SANCHÍS (2008, p. 123); ATIENZA (2007, pp. 199-ss); ALONSO ÁLAMO (2009, pp. 63-ss); AA.VV./CARBONELL (ed.) (2009); MONTIEL FERNÁNDEZ (2017, pp. 13, 20-ss).

1133 FEREJOHN y PASQUINO (2003, p. 250); GOZZI (2007, p. 252).

1134 PRIETO SANCHÍS (2009, p. 127): «...como norma reguladora de las fuentes del Derecho y, con ello, reguladora de la distribución y del ejercicio del poder entre los órganos estatales [...] que garantiza solo el pluralismo en la formación parlamentaria de la ley...».

1135 FAVOREU (2001, p. 43).

1136 PALAZZO (1998, p. 153).

1137 QUINTERO OLIVARES, GONZÁLEZ BONDIA y FALLADA GARCÍA-VALLE (2015, pp. 73-74).

1138 BOMHOFF (2013, pp. 77-ss).

1139 BOBEK (2013, pp. 60-61).

esto es lo importante, uno de los sujetos sea un poder privado»<sup>1140</sup>. La nota característica más relevante que marca el paso de los <derechos del hombre> a los <derechos humanos o fundamentales> está determinada por el campo de acción de esos y estos. Así, mientras en los primeros, su rango de operatividad era la relación del ciudadano frente al Estado, en los segundos, ese campo de acción se amplía y diversifica: ya no es solo la relación persona-Estado, sino que ella se agrega también la relación persona-persona.

De esta forma, las disposiciones orgánicas de la Constitución regulan la forma de producción de las normas; mientras que los derechos fundamentales adquieren el rol de normas sobre el contenido de esas normas, es decir, que determinan «el significado, o sea, la sustancia de las normas producidas, condicionando la validez a su coherencia con las expectativas formuladas a través de ellos»<sup>1141</sup>.

El Derecho Penal no ha estado inmune al contagio del proceso de constitucionalización. En una orientación constitucional del Derecho Penal, es la Constitución la que determina, en primer lugar, los presupuestos formales de producción del Derecho punitivo. Pero, además, y he aquí lo novedoso, los parámetros de acuerdo con los que el contenido de la norma penal puede considerarse legítimo, también deben extraerse de la propia Constitución.

Cuando la Constitución, junto con desempeñar esa función materialmente legitimadora, pasa a ser una fuente formal del Derecho en su conjunto<sup>1142</sup> pasa a serlo también del Derecho Penal. Por tanto, la Constitución pasa a ser directamente aplicable a las concretas relaciones jurídicamente reguladas. Esto produce como consecuencia que el órgano jurisdiccional ya no solo está vinculado a la ley: junto con ella, además, queda sometido a las prescripciones constitucionales<sup>1143</sup>. Así, el conflicto penal que subyace a la ejecución de una conducta que reviste los caracteres de delito puede ser resuelto por los operadores jurídicos con la ayuda de argumentos fundados directamente en la Constitución o en los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a los ordenamientos internos<sup>1144</sup>. A poco de la entrada en vigor de la CE, en 1980, ESCRIVÁ GRE-

---

1140 RUIPÉREZ ALAMILLO (2004, p. 1172). Sobre la eficacia horizontal, ver también ARROYO CISNEROS (2015), BILBAO UBILLOS (2017, *pássim*), BOROWSKI (2020, *pássim*).

1141 FERRAJOLI (2008, p. 81).

1142 ALDUNATE LIZANA (2009, p. 478).

1143 QUINTERO OLIVARES, JARIA I MANZANO y PIGRAU SOLÉ (2015, p. 12).

1144 Como, de hecho, ocurrió, por ejemplo, en la STCe 24/2004, FJ 8º, que precisó, en clave constitucional, el elemento normativo <armas prohibidas>, incluido por el legislador en el tipo penal del artículo 563 CPe, cuya tenencia sanciona. El TCe declaró que el elemento normativo <armas prohibidas> que contiene el tipo del artículo 563 CPe es más restrictivo que las definiciones contenidas en normas administrativas. De esta forma, la calificación como <arma prohibida> que pueda hacerse de acuerdo con regulaciones administrativas, no es aplicable para decidir la tipicidad de la conducta con relación delito antes indicado. Por el contrario, a juicio del TCe solo son <armas prohibidas>, en el sentido del tipo penal, los elementos que reúnan los tres requisitos que la misma sentencia desarrolla. El TCe declaró que

A través de esta interpretación restrictiva el tipo resulta compatible con las exigencias constitucionales derivadas del principio de legalidad, tanto desde la perspectiva de las garantías formales y materiales inherentes al principio de reserva de ley, como desde la perspectiva de la proporcionalidad de la reacción penal; pues bien solamente así entendido el precepto puede ser declarado conforme a la Constitución» STCe 24/2004, FJ 8º).

GORI, situado en las antípodas de CUELLO CALÓN y ORTEGO COSTALES, defendió el rol de la Constitución en la configuración y aplicación del Derecho Penal, identificando para ellas tres funciones: (a) una incidencia directa en la práctica, (b) una de orientación político-criminal; y (c) una dogmática; según esta última, «[l]a Constitución permite la elaboración de posturas doctrinales, en relación con la interpretación de la ley, la teoría del delito, la teoría de la pena, etc.»<sup>1145</sup>.

El tribunal puede y debe aplicar la ley penal de acuerdo con la interpretación de que ella haga, y también debe incluir en dicho proceso a las prescripciones constitucionales. Se ha producido, en palabras de PALAZZO, una «prepotente» legalidad constitucional «que ha alterado profundamente los equilibrios de poder institucional sobre los que se fundaba el *nullum crimen nulla poena sine lege*»<sup>1146</sup>. Por aplicación del principio de jerarquía normativa la interpretación conforme con la Constitución tiene primacía; y los ordenamientos jurídicos prevén diferentes mecanismos de solución para el caso que se produzca conflicto entre el contenido de la ley y la norma constitucional. Cualquiera sea ese mecanismo, concentrado o difuso, lo cierto es que la solución es siempre la misma: preeminencia de la Constitución por sobre el de la ley. Esta ordenación de funcionamiento práctico del Derecho a la luz de una comprensión constitucionalizada de él produce, de todos modos, un efecto que marca una diferencia sustancial con el modelo jurídico ideado por la Ilustración: se desplaza a la ley del carácter central de articulación que había ostentaba monopólicamente, ya que «la ley se ha degradado frente a la Constitución»<sup>1147</sup>.

Que la Constitución tenga eficacia normativa directa en las sentencias que dictan los tribunales penales, esto es, que tales órganos jurisdiccionales puedan resolver los asuntos sometidos a su conocimiento aplicando directamente la Constitución, ha producido como consecuencia el término de la vinculación estricta del juez a la ley<sup>1148</sup>. En este nuevo escenario, el juez penal está, antes que todo, vinculado a la Constitución; y solo lo estará a la ley si esta se conforma con el texto constitucional, especialmente, en los relacionado con los derechos fundamentales. Lo anterior significa, por ejemplo, que la subsunción típica de una conducta sometida a enjuiciamiento ya no solo se decide por medio de la comparación de la conducta *sub iudice* con el tenor del tipo penal, sino el

---

Pero también puede aplicarse en sentido inverso, como ocurre con una antigua sentencia (STS 3806/1980) en la que se rechazó un recurso de casación interpuesto por una ciudadana y un ciudadano, ambos españoles, condenados por un delito de aborto, pero que ellos habían ejecutado en Inglaterra para salvar la prohibición penal que entonces regía en España para la interrupción del embarazo causando la muerte del feto. El TS consideró que a este caso podían aplicarse las reglas de extraterritorialidad de la ley penal española (artículo 339 de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870, vigente al momento del juzgamiento de los hechos), porque tanto el sujeto activo de la conducta (mujer que aborta) como el pasivo (embrión) tenían nacionalidad española (o una expectativa a dicha nacionalidad). Asimismo, que la vida del *nasciturus* es un bien constitucionalmente protegido, elemento que determina la necesidad de penalizar la interrupción de su embarazo.

1145 ESCRIVÁ GREGORI (1980, pp. 147-149).

1146 PALAZZO (2010, p. 105, 2013, p. 146).

1147 VIVES ANTÓN (2011, p. 666).

1148 VIVES ANTÓN (2011, pp. 666-667).

recurso interpretativo a la Constitución puede decidir sobre el encuadramiento típico. En este primer aspecto de la revolución de los derechos humanos se ha producido un fenómeno que consiste en que el desarrollo dogmático de la constitucionalización del Derecho Penal ha sido asimétrico con el desarrollo legislativo y, en menor medida, con el jurisdiccional. La constitucionalización del Derecho Penal ha sido emprendida por la dogmática penal como un reclamo de mayores niveles de legitimidad del ejercicio de la potestad punitiva, tanto a nivel de producción normativa, como de aplicación jurisdiccional de la norma penal; es decir, se ha entendido como una estrategia de limitación del contenido del ejercicio de la potestad punitiva, por medio de unos supuestos principios constitucionales que deberían ser respetados por el legislador y por el juez penal. Se ha creído ver en la constitucionalización del Derecho Penal, en síntesis, una protección frente a los excesos del legislador que operaría, ya en sede parlamentaria al momento de discutirse el contenido de la norma penal, como en sede jurisdiccional, cuando la norma penal debe ser aplicada.

### 33.1. Legalidad penal y constitucionalización del Derecho

En 1941, ORTEGO COSTALES afirmaba que, en España, la legalidad penal estaba lo suficientemente positivizada en el artículo 1º, 2º y 23 del CPe, disposiciones que, a su juicio, ofrecían una «férrea expresión de la máxima «nullum crimen, nulla poena sine lege»»<sup>1149</sup>, sin hacer alusión alguna a una norma fundamental. En 1951 CUELLO CALÓN reflexionó asegurando que una sobrevaloración de la importancia de las normas penales había llevado a los constituyentes a incluirlas en los textos constitucionales vigentes en ese momento. Este autor reclamó que tales normas penales, como la legalidad penal, la personalidad de la pena y la irretroactividad, entre otras, «en lugar de ser incluidas en la ley fundamental del Estado, hallarían asiento más adecuado en disposiciones de la legislación penal común»<sup>1150</sup>. La propuesta del primero y el reclamo del segundo, deben ser evaluados en atención al tiempo de ambas formulaciones. Prescindiendo del compromiso ideológico de los autores citados con la dictadura Franquista, y la utilización que esta hizo de la legalidad penal como forma de legitimación, tales afirmaciones deben ser comprendidas dentro del contexto sobre el rol original que se le asignaba a la Constitución en el Estado legalista. Junto con considerar a la Constitución como una norma política, cuya función no era más que prever las fronteras de las distintas parcelas de ejercicio del poder estatal<sup>1151</sup>, la posición de los autores citados demuestra que ya en ese

---

1149 ORTEGO COSTALES (1941, p. 58).

1150 CUELLO CALÓN (1951, pp. 38-39).

1151 Esta visión de la función de la Constitución se aprecia con claridad en la obra de LABOULAYE (1869, p. 201), cuando, preguntándose sobre qué es la Constitución, se responde: «[n]o se contiene en ella una sola disposición que no pueda violarse por medio de una ley»; y añade:

[...] al lado de la constitucion, hay cámaras que hacen leyes que no siempre están de acuerdo con aquella. Por ejemplo, hoy la constitución proclama los principios de 1789, y nadie podrá poner en duda que la libertad religiosa figura entre aquellos principios. Pues bien, si mañana intentase abrir una iglesia nueva, se me encausaría en virtud de una ley que regula las asociaciones, y no podría abrir mi iglesia sin la correspondiente autorizacion

momento histórico, la legalidad penal había sido desprendida de su rol de limitación del poder. Porque si la norma fundamental era un compendio de reglas sobre cómo ejercer el poder político, habría sido esperable que los autores reclamaran que la legalidad penal estuviera dentro de esas reglas.

La postura de ORTEGO COSTALES y de CUELLO CALÓN, citadas en el párrafo anterior, son expresivas de una orientación sistemática de la dogmática penal caracterizada por la reducción de sus relaciones con la Constitución<sup>1152</sup>. En esta lógica, la Constitución actúa como un límite, principalmente, de carácter formal a la potestad punitiva, estableciendo un conjunto de parámetros dentro de los que ella debe ejercerse, pero sin preocupación por el contenido material. Las relaciones del Derecho Penal con la Constitución se agotan en la definición de los aspectos formales de producción normativa, de modo que, aunque los ciudadanos no quedaran a merced de la voluntad criminalizadora del ejecutivo, sí lo quedaban a la del legislador.

La Exposición de Motivos del CPe1995, junto con afirmar que la legislación penal ocupa un lugar preeminente dentro del ordenamiento jurídico, en tanto regulación de la fuerza estatal, recuerda que el Código Penal ha sido considerado una especie de «Constitución negativa»<sup>1153</sup>. A renglón seguido, la misma Exposición de Motivos afirma que la iniciativa, que luego sería el CPe1995, pretendía la «adaptación positiva [de la legislación penal] a los valores constitucionales». El cambio conceptual es evidente. La «Constitución negativa» no se refiere solo a que los derechos que la Constitución asegura son posteriormente restringidos por el Código Penal. Por el contrario, a tales conceptos debe atribuírseles un sentido más profundo que se relaciona con una orientación sustancial del Derecho Penal. Esto es, que las relaciones del Derecho Penal, tanto objetivo como subjetivo, con la Constitución van más allá que las meras cuestiones formales. De todos modos, la Constitución como fuente de la legitimidad del Derecho Penal puede describirse desde una versión fuerte, como la sostenida por DONINI<sup>1154</sup> en la dogmática italiana, hasta las versiones más moderadas o débiles que se encuentran en la

---

administrativa (p. 200).

Y, comparando la eficacia de la Constitución en el modelo francés con el de Estados Unidos de Norteamérica, destaca la inexistencia de un control jurisdiccional sobre la vigencia de la Constitución, en los siguientes términos:

¿Por qué se acusa a los franceses de acudir á los motines para zanjar todas las cuestiones? Porque no tienen confianza en la justicia política. Están perfectamente seguros que entre las cuarenta mil leyes registradas en el *Boletín de las leyes* se ha de encontrar siempre una por la cual serán condenados (p. 204).

1152 DURÁN MIGLIARDI (2011, pp. 145-146).

1153 ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC (2019, p. 44). No existe claridad sobre el origen de esta expresión. Todo parece indicar que fue usada por primera vez en la Exposición de Motivos del CPe de 1995. Tampoco existe consenso sobre su significado. Utilizan la expresión en el sentido indicado, ZULGADÍA ESPINAR (2006, p. 1347); DONINI (2012, p. xlv); CORRECHER MIRA (2018, p. 25). Una versión débil, por ejemplo, en MIR PUIG (2011, pp. 58-ss). Una crítica al concepto, calificado como efectista, «pero que no se corresponde con la realidad», en QUINTERO OLIVARES, GONZÁLEZ BONDIA, y FALLADA GARCÍA-VALLE (2015, pp. 97-ss).

1154 DONINI (2001, pp. 24-ss, 2012, pp. xlv-xlvi).

dogmática española o chilena<sup>1155</sup>.

La influencia que el Estado legalista ejerció sobre la legalidad permite describirla, desde esta perspectiva, como su perfecta armonización con el sentido político restringido que tenía la Constitución y las garantías previstas en ella. De ahí su carácter esencialmente formal. El problema que surge consiste en determinar en qué medida la legalidad penal es coherente con las nuevas funciones atribuidas a la Constitución, con la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y, en consecuencia, qué tanto rendimiento puede obtenerse de la legalidad penal en el nuevo escenario conceptual del neoconstitucionalismo.

### 33.1.1. Legalidad penal: entre lo formal y lo material

En la estructuración tradicional de los límites (jurídicos o metajurídicos) del Derecho Penal se acostumbra a distinguir entre límites materiales y formales<sup>1156</sup>. Los materiales se refieren al contenido de las normas penales, constituidos por un conjunto de principios, reglas o mandatos que se abocan a los límites máximos<sup>1157</sup> o infranqueables en cuanto a su contenido; mientras que los formales se refieren a la configuración normativa del Derecho Penal, es decir, los que se relacionan con su forma de producción. Ha sido un campo poco propicio a los consensos determinar si la legalidad penal un sentido formal o material. La opción entre un sentido formal o uno material se plantea en la doctrina como una cuestión vinculada estrechamente con la necesidad de prever limitaciones sustanciales al Derecho Penal, impidiendo que este sea dotado de un «contenido liberticida»<sup>1158</sup>. El problema no es menor, si se considera que la cultura jurídica continental le ha otorgado a la legalidad penal un lugar preeminente en la configuración jurídico-política del modelo penal<sup>1159</sup>; y para destacarlo, se la considera un «principio

---

1155 Al respecto, para MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN (2021b) la legitimidad del Derecho Penal está condicionada

[...] a la existencia de nuestra actual sociedad democrática, inmersa en una comunidad de naciones que acepta como único criterio legitimador del ejercicio de la soberanía nacional el respeto de los derechos y garantías contemplados en los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes (p. 54).

La legitimidad, a juicio de estos autores, se obtiene por medio del respeto a los principios fundamentales de legalidad y reserva.

1156 En este sentido, por ejemplo, QUINTERO OLIVARES, JARIA I MANZANO y PIGRAU SOLÉ (2015, p. 31).

1157 CLAES y KROLIKOWSKI (2009, p. 92). Así, por ejemplo, en virtud de la exigencia de culpabilidad (que es uno de esos límites materiales), estaría vedada la posibilidad de prever supuestos de responsabilidad penal objetiva. La posibilidad de exigirle al sujeto en concreto un comportamiento conforme a Derecho en el caso que este haya decidido verificar la conducta típica, se instituye en ese elemento básico que fundamenta el reproche de culpabilidad. Lo mismo ocurre, por ejemplo, con la exigencia de *ultima ratio*. De acuerdo con esta, se pretende que el Derecho Penal sea utilizado como estrategia de control social solo después que se constate la inexistencia de otro mecanismo de control menos agresivo que el Derecho Penal; si existe alguna otra forma de control, debe preferirse esta al Derecho Penal.

1158 PALAZZO (2018, p. 90).

1159 La incorporación de la institución de la legalidad penal es relativamente nueva en la dogmática. De hecho, en la literatura jurídica del siglo XIX no hay referencias expresas a la legalidad penal. Es lo que ocurre,

cardinal del sistema penal»<sup>1160</sup> o un «logro evolutivo»<sup>1161</sup> de este.

Tanto la jurisprudencia constitucional<sup>1162</sup> como la doctrina se han esforzado por de-

---

por ejemplo, con la obra de DE PASO Y DELGADO y DE TORO Y MOYA, comentando el artículo 2º del CPe de 1850, señala (solo) que «[n]o serán castigados otros actos ú omisiones que los que la ley con anterioridad haya calificado de delitos ó faltas» (1848, p. 43); DE ARAMBURU Y ARREGUI (1860), POLLEDO CUETO (1864); SILVELA (1848), quien solo menciona una críptica referencia cuando indica que «...sólo puede ser castigado como criminoso el hecho descrito en una ley penal con todos sus accidentes de forma, manera, etc...» (p. 222); ORTOLAN (1878); VILLARRAZO Y GONZÁLEZ (1874), para quien «delito es la violación del Derecho...» (p. 26) y que «[n]o solamente es el Código la única fuente del Derecho criminal» (p. 20); GÓMEZ DE LA SERNA (1840).

Hasta donde he podido rastrear, la expresión «legalidad penal» se usó por primera vez por MONER en un artículo sobre el delito de usurpación de aguas, aunque no en un sentido estrictamente garantista. Al respecto, ese autor escribió que

Si para la usurpacion del derecho de aguas que puede ser tan real como el de cualquiera otra cosa jurídica, no existiese otra penalidad que la de los artículos 489 y 498 del repetido Código penal, resultaria que estaria sin sancion este derecho de propiedad, ó que mediaría una verdadera antinomia entre la legalidad civil que lo constituye y organiza, y la legalidad penal que lo abandona ó descuida, ó por lo menos lo limita; lo que es ciertamente contrario á la unidad legal del derecho de un pais, ó á su respetabilidad (MONER, 1868, p. 59).

En el volumen XLVIII, de 1876, de la misma *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* la expresión «legalidad penal» se empleó para designar una de las secciones de la publicación periódica («Legalidad penal – Cuerpo del delito») (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1876), vol. XLVIII, pág. 143).

Luego, la utilizó DE MINTEGUIAGA (1911, pp. 79-105), aunque en un sentido completamente descriptivo: para referirse en forma crítica a la regulación que contenía el CPe 1870 sobre los delitos que protegían la religión. El autor, reclama la incorporación a la legislación de delitos contra la Iglesia Católica, en los que el objeto de protección sea la misma religión; y no critica la técnica utilizada que los sitúa entre los delitos contra los derechos garantidos por la Constitución.

En su obra *Tribunales para niños*, CUELLO CALÓN (1917, p. 134, nota al pie nº 1) hace una referencia marginal a la legalidad penal, cuando se refiere al impacto que ella ha tenido en la dogmática francesa.

Distinto es lo que ocurrió con la utilización de la fórmula latina que FEUERBACH acuñó en su *Lehrbuch*. Esta ya aparece citada en la obra de Joanni DE WAL y Meinardo SIDERIUS de 1808 publicada en Holanda (*Disputatio philosophico-juridica de conjunctioe populorum ad pacem perpetuam*. Groninga: Oomkens Typographum, §20): «Como el primer principio del Derecho criminal, para protegerme, que propuso claramente Feuerbach [...] De ahí se sigue que no hay castigo sin ley, no hay castigo sin crimen, no hay crimen sin ley penal». La cita al axioma *nullum crimen sine poena legali* se contiene también en la obra de Conrad Franz ROSSHIRT de 1828 (*Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts nach dem Quellen des gemeinen Deutschen Rechts*. Heilderberg-Leipzig: Karl Gross, pp. 24, 26).

La primera referencia al axioma en la dogmática española la he encontrado en la obra de Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (1866, p. 388). Este autor hace referencia al *nullum crimen...* en el apartado que él dedica a Feuerbach y a su teoría de la coacción psicológica, enfocando el análisis desde esa perspectiva.

1160 FIANDACA (2007, p. 1248).

1161 PIÑA ROCHEFORT (2014, p. 240).

1162 El TCe ha sentado como criterio jurisprudencial que la legalidad penal, aplicable tanto al Derecho Penal como al Derecho Administrativo sancionador, comprende una doble garantía formal y material. Se inició este criterio en STCe 42/1987, FJ 2º:

El derecho fundamental [a la legalidad] incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, extendiéndola incluso al Ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las

rivar de la legalidad penal un contenido material de carácter limitador de la potestad punitiva<sup>1163</sup>. Al respecto, por ejemplo, se ha distinguido entre un «tenor literal» de la legalidad penal que se concreta en la reserva de ley, y un «significado esencial» que «comporta múltiples exigencias materiales»<sup>1164</sup> que «afectarían al «quomodo» de las leyes penales (que deben ser claras, precisas, escritas, estrictas e irretroactivas)»<sup>1165</sup>. También se ha propuesto la distinción entre una garantía *formal* que emana de la legalidad penal y que consiste en la exigencia de una ley previa, de una garantía *material* que se identifica con el mandato de *lex certa*<sup>1166</sup>. O la diferenciación entre una garantía formal, constituida por la legalidad penal, y una sustancial, formada por principios que atañen al contenido del Derecho Penal, como el principio de ofensividad, el bien jurídico como objeto de la tutela penal o el principio de tipicidad<sup>1167</sup>. En síntesis, se plantea para la legalidad penal una dimensión sustancial que «refleja algunos valores cruciales» y que se concreta en un «conjunto de líneas sustantivas de conductas, dirigidas al legislador, al ejecutivo y a los jueces, en orden a restringir el uso arbitrario del poder del Estado»<sup>1168</sup>. En apoyo del carácter sustancial de la legalidad penal, se estima, que esta garantía no se describe completamente completa si a ella no se agregan, adicionalmente, unos ciertos requisitos que se pretenden materiales: *lex scripta, certa, stricta y previa*. Desde su núcleo duro anidado en el corazón del Derecho Penal sustantivo, la legalidad penal como principio político, adicionalmente, irradia a otras áreas vinculadas: al proceso penal, en el que adquiere la forma de obligatoriedad de la persecución penal y de definición legal del procedimiento penal (legalidad procesal); a la del tribunal que debe determinar si concurren o no los presupuestos normativos en los que consiste la responsabilidad penal, el tribunal que debe ser establecido por la ley (legalidad jurisdiccional); y a la de la ejecución de la pena (legalidad de ejecución).

---

normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término «legislación vigente» contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora.

Posteriormente, este criterio fue fijado en SsTCe 3/1988, FJ 4º; 69/1989, FJ 1º; 150/1989, FJ 5º; 219/1989, FJ 2º; 22/1990, FJ 7º; 61/1990, FJ 7º; 83/1990, FJ 2º; 127/1990, FJ 3º; 118/1992, FJ 2º. 21/1993, FJ 4º; 145/1993, FJ 4º; 26/1994, FJ 4º; 24/1996, FJ 2º; 133/1999, FJ 2º; 276/2000, FJ 6º; 25/2002, FJ 4º; 113/2002, FJ 3º; 50/2003, FJ 4º; 52/2003, FJ 7º; 100/2003, FJ 3º; 129/2003, FJ 4º; 161/2003, FJ 2º; 24/2004, FJ 2º; 25/2004, FJ 4º; 218/2005, FJ 2º; 297/2005, FJ 6º; 104/2009, FJ 2º; 135/2010, FJ 4º; 144/2011, FJ 4º; 90/2012, FJ 4º; 166/2012, FJ 5º; 13/2013, FJ 2º; 218/2013, FJ 4º; 185/2014, FJ 8º; 199/2014, FJ 3º; 10/2015, FJ 3º; y 160/2019, FJ 2º.

1163 Ver, por ejemplo, VIVES ANTÓN (2011, pp. 736-726), quien integra en al legalidad penal el principio de intervención mínima. En consecuencia, el carácter de límite material de la legalidad penal alcanza también a la pena: «Una legalidad arbitraria, que sancionase conductas inocuas o amenazara con castigos gravísimos conductas apenas dañinas no respondería a las exigencias de racionalización dimanantes del principio de legalidad».

1164 COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN (1999, p. 71).

1165 QUINTERO OLIVARES et al (2002, p. 69).

1166 RUIZ ROBLEDO (2003).

1167 PALAZZO (2018, pp. 57-58; 90-92; 100-ss)

1168 CLAES y KROLIKOWSKI (2009, p. 92).

El TCe ha declarado que el aspecto material de la legalidad penal se manifiesta en el mandato de *predeterminación normativa* de las conductas descritas como delitos y de las penas asociadas a ellos, imponiendo al legislador un deber de describirlas con la mayor precisión posible con el fin de hacerlas predictibles: «[n]o cabe, por ello, constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que su efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador»<sup>1169</sup>. Pero, en estricto rigor, el mandato de predeterminación normativa es también de carácter formal, porque se relaciona con los requisitos sobre cómo producir una norma penal.

Debe reconocerse –como, a mi juicio, acertadamente lo hace ARROYO ZAPATERO– que en estos esfuerzos dogmáticos hay una asimetría en lo que la doctrina entiende como contenido de la legalidad penal y lo que esta es de acuerdo con los textos positivos que le dan su fisonomía, situación en la que «la configuración doctrinal es de mayor amplitud que la del artículo [25.1] de la Constitución»<sup>1170</sup>.

Podría argumentarse, entonces, que la relación de la potestad punitiva con la legalidad penal tiene, en consecuencia, un carácter formal<sup>1171</sup> «porque se refiere a la manera como el Estado ejerce su facultad de castigar»<sup>1172</sup>. Lo anterior, significaría que de la legalidad penal emana un único estándar que, en estricto rigor, se refiere solo a la forma en que la potestad punitiva puede ejercerse válidamente<sup>1173</sup> que se expresa en el axioma *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Comparto esa argumentación y la consideración de la legalidad penal como una garantía de carácter formal se sustenta, a mi juicio, en los siguientes argumentos.

En primer lugar, porque los pretendidos aspectos materiales que, tanto la doctrina como la jurisprudencia relevan de la garantía de legalidad penal, son, en realidad, aspectos formales derivados del carácter de regla de atribución competencial que tiene la legalidad penal. A mi juicio, el mandato de determinación no puede considerarse un componente material de la legalidad penal, porque esta solo entrega información sobre la forma en la que el legislador debe ejercer su potestad, pero no sobre el contenido que ese ejercicio puede llegar a tener.

En segundo lugar, porque encontrar un fundamento positivo de los pretendidos aspectos materiales de la legalidad penal resultará infructuoso. En este sentido, MIR PUIG<sup>1174</sup> indica que la CE solo recoge expresamente la denominada garantía criminal (artículo 25) y la irretroactividad (artículo 9.3); pero las disposiciones constitucionales no

---

1169 STCe 160/2019, FJ 2º.

1170 ARROYO ZAPATERO (1983, p. 10)

1171 QUINTERO OLIVARES (1976, pp. 47-ss).

1172 GARRIDO MONTT (2001, p. 31).

1173 En este sentido, por ejemplo, la STCe 142/1999 refiriéndose a la garantía formal de la legalidad penal como una «...autolimitación que se impone el propio Estado con el objeto de impedir la arbitrariedad o el abuso de poder, de modo que expresa su potestad punitiva a través del instrumento de la ley y sólo la ejercita en la medida en que está prevista en la ley» (FJ 3º). Criterio reiterado en STCe 24/2004, FJ 2º.

1174 MIR PUIG (2016, pp. 114-116)

expresan la garantía penal, judicial y de ejecución, no aluden al mandato de determinación ni se refieren a las medidas de seguridad. Si se quiere, el material normativo contenido en la CE es, evidentemente, escaso; y, de hecho, la doctrina ha denunciado una pobre o mala redacción del artículo 25.1 CE<sup>1175</sup>. Consciente de la escasez de material normativo en la CE, y para salvar el inconveniente, dotando a la legalidad penal de un contenido material, QUINTERO OLIVARES recurre a un argumento de carácter histórico. Afirma que el sentido formal de la legalidad penal debe entenderse asociado a su surgimiento en el contexto histórico-político del Estado liberal de derecho. Dicha concepción en clave liberal pretendió la satisfacción de unas exigencias distintas de las actuales, de modo que su actual interpretación debe hacerse a la luz de los problemas contemporáneos<sup>1176</sup>. Aunque QUINTERO OLIVARES tiene razón en la necesidad de actualizar los institutos jurídicos, la propia evolución de la legalidad penal contradice su tesis. Como se analizó a propósito de la crisis de la legalidad penal, esta ha venido perdiendo su carácter de garantía, de modo que, lo que ha llegado a nosotros es una versión mucho más débil que su originaria formulación ilustrada.

Desde su construcción teórica, la legalidad penal tuvo el componente formal y este se expresó en la codificación como estrategia de fijación del Derecho. Esta orientación formal estuvo determinada por el positivismo, que tendió a rigidizar los criterios de imputación; y una larga influencia de la tradición del Derecho romano, tendencias que no lograron permear del todo el sistema anglosajón<sup>1177</sup>. De este enfoque continental de la legalidad penal se derivan dos aspectos, cada uno de los cuales tiene su propio destinatario: el legislador y el órgano jurisdiccional<sup>1178</sup>. Con relación a este último, tiene impac-

---

1175 Al respecto, por ejemplo, COBO DEL ROSAL y BOIX REIG (1982, p. 192); GARCÍA RIVAS (1992, p. 17); RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ (1994, pp. 177-178); COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN (1999, pp. 75-80); SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (coord.) (2005, p. 102); QUINTERO OLIVARES, MORALES PRATS y PRATS CANUT (2002, p. 74); MIR PUIG (2016, p. 114); MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (2019, pp. 91-92); QUINTANAR DÍEZ, ORTIZ NAVARRO y ZAVALA LÓPEZ-GÓMEZ (2020, p. 24). CARBONELL MATEU (1999, p. 112) califica como «ambigua» la referencia del artículo 25.1 CE a la «legislación vigente» y no a la ley.

1176 QUINTERO OLIVARES (2002, pp. 69-70).

1177 BASSIOUNI (2013, p. 127).

1178 Una opinión distinta, en KUHLEN (2012, p. 154), para quien el primer destinatario de la legalidad penal es aquel que está llamado a aplicar el derecho, es decir, el órgano jurisdiccional; mientras que la legalidad penal solo está dirigida al legislador en forma mediata y parcial. Así, para este autor resultaría «poco sensato» dirigir al legislador la prohibición de analogía y de derecho consuetudinario, toda vez que este se encuentra vinculado por la regla de *lex scripta*, de modo que, tales prohibiciones solo adquieren sentido al momento de la aplicación de la ley penal.

No comparto esta esquematización. Aunque es cierto que la prohibición de aplicación de la analogía y del derecho consuetudinario tendrán más fuerza al momento de la aplicación del derecho, también es cierto que el legislador se encuentra limitado por esas mismas prohibiciones. Nada impide que el legislador apruebe una ley que permita recurrir al derecho consuetudinario o que permita una integración analógica del Derecho Penal. La nulidad de esa ley que sería imprescindible declarar por medio de un control de constitucionalidad, demuestra que la legalidad penal también tiene como destinatario al legislador, aun en lo que se refiere a las prohibiciones de analogía y de derecho consuetudinario. Y, de hecho, el recurso del derecho consuetudinario ya está formalmente permitido desde la incorporación del CEDH y del PIDCP con relación al Derecho internacional (al respecto, ver *Infra*, §35).

to sobre la posición institucional de los jueces: se establece una sólida división entre la función legislativa y su aplicación; a los jueces se les impide la primera y se les atribuye la segunda, pero con una fuerte vinculación al tenor literal de la ley.

Junto con el componente formal, en su origen durante la Ilustración, la cultura jurídica continental le atribuyó a la legalidad penal un rol de garantía de los ciudadanos frente al ejercicio del poder estatal, protegiéndolos de posibles abusos. Esta forma de comprender la legalidad penal ha llegado hasta nuestros días; y es, en general, la perspectiva analítica a la que, hasta hoy, recurre la dogmática penal. Al momento de su surgimiento, la legalidad penal actúa como garantía de la libertad tal como esta se concibió como derecho de primera generación, esto es, en la forma de los derechos civiles y políticos<sup>1179</sup>. Estos son «considerados como derechos de defensa (Abwehrrechte) de las libertades del individuo, que exigen la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera»<sup>1180</sup>, es decir, como una protección de la libertad de los ciudadanos frente a eventuales abusos del poder del Estado. Como se ve, esta comprensión tradicional se enmarca en una concepción de los derechos (entre ellos, el de la libertad personal) como barreras protectoras frente a un ejercicio despótico del poder del Estado; son derechos que emanan de la cláusula básica del pacto social y, como tales, corresponden a la noción de los derechos del *Homme* y del *Citoyen*, tributaria del más puro y original liberalismo clásico. Los derechos del hombre-ciudadano tienen sentido y justificación en un contexto interno o nacional, en una relación entre la persona titular de los derechos y el Estado-nación<sup>1181</sup>, como forma de preservar ese núcleo esencial de la persona. Los derechos <del hombre> son institutos de distribución del poder, en el sentido de representar espacios inmunes de regulación estatal y que, por tanto, norman una relación de permanente tensión antagónica entre el ciudadano y el Estado. Al final de cuentas, lo que se persigue es proteger al ciudadano de cómo se ejerce la potestad punitiva, sin que importe demasiado el contenido de la prohibición que emana de dicha potestad.

A pesar de la necesidad de controlar y limitar el ejercicio de la potestad punitiva, estimo que atribuirle a la legalidad penal una vocación limitadora extensa es pedirle más de lo que ella puede entregar atendido su propio diseño. En este sentido, me parece mucho más coherente con su estructura, y también con su base en la legislación positiva, atribuirle a la legalidad penal un carácter de garantía formal. Ello no conlleva una pretensión de abandono de la legalidad penal, sino tan solo tender a su correcta descripción; y, de esta forma, imaginar cómo, en conjunción con otros institutos, la legalidad penal podría ofrecer su mayor rendimiento posible como una de las garantías de libertad previstas en los ordenamientos jurídicos.

Que la legalidad penal tenga una sustancia formal significa que su verdadero campo de acción se encuentra no en la determinación del contenido de la norma penal, sino en una distinta: la legalidad penal es una regla que determina el sistema de fuentes del Derecho Penal, es decir, actúa solo como una regla de determinación competencial.

---

1179 Ver *Supra*, nota al pie n° 1204.

1180 PÉREZ LUÑO (1991b, p. 205).

1181 CMIEL (2012, p. 36).

El carácter formal de la legalidad penal se expresa con toda nitidez en la identificación que se ha hecho de ella con la *reserva de ley*, es decir, con la reducción de las fuentes formales del Derecho Penal a la *ley parlamentaria*<sup>1182</sup>. La *reserva de ley* en que consiste la legalidad penal se ha visto, también, como una vía posible de limitación del ejercicio de la potestad punitiva. De hecho, los operadores jurídicos del modelo español han llegado al consenso<sup>1183</sup> que, en este, se satisface el estándar de legalidad penal solo si la reserva de ley es a la ley orgánica (y no a la ley común). Con esto, se quiere apuntar a la previsión de un quórum para la aprobación de una ley penal más elevado que el necesario para una ley común. Ello tiene como finalidad hacer más difícil la aprobación de una ley penal, exigiéndose consensos más firmes, o que reúnan mayor cantidad de votos de parlamentarios, dentro del proceso legislativo.

Este sentido limitador es expuesto por CARBONELL MATEU, para quien, en el ordenamiento español, la reserva de ley es a ley orgánica<sup>1184 - 1185</sup>. Esta premisa la fundamenta

---

1182 En este carácter formal de la legalidad penal determinando el sistema de fuentes del Derecho Penal: POLITOFF LIFSCHITZ (2000, pp. 76-77): «La única fuente inmediata y directa del Derecho Penal es la ley propiamente tal, esto es, aquella que se ha dictado conforme a las exigencias materiales y formales de la Constitución»; PIÑA ROCHEFORT (2014, p. 244) y COUSIÑO MAC IVER (1975, p. 81); VIVES ANTÓN (2011, p. 730): «...el principio de legalidad es una *norma objetiva* de la Constitución, que limita las posibles fuentes del derecho penal reduciéndolas a la ley — «*praevia, scripta et stricta*»».

1183 Califico la solución como de consenso porque es innegable que la reserva de ley orgánica no está expresamente contenida en el artículo 81.1 CE. Sobre la base de este texto normativo, solo puede concluirse en la reserva de ley orgánica a través de una interpretación extensiva de la fórmula constitucional según lo cual «Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas». La ley penal, más que de <desarrollo>, es una ley de restricción de derechos fundamentales y para estas últimas la CE prevé una regla especial contenida en su artículo 53.1 que autoriza a la <ley> (no orgánica) regular tales derechos. El consenso alcanzado sobre esta materia se plasmó en la aprobación del CPe 1995 que se hizo con el quórum de ley orgánica (a excepción de determinadas disposiciones de dicho *corpus* que se aprobaron como ley ordinaria), mediante la L.O. 10/1995.

La jurisprudencia constitucional tuvo una evolución en la materia. En la STCe 25/1984, la magistratura constitucional declaró que la legalidad penal implica una reserva de ley, pero que dicha reserva lo sea de ley orgánica «es algo que no puede deducirse sin más de la conexión del art. 81.1 con el mencionado art. 25.1. El desarrollo al que se refiere el art. 81.1 y que requiere Ley Orgánica tendrá lugar cuando sean objeto de las correspondientes normas sancionadoras los «derechos fundamentales»» (FJ 3), cuestión esta última sobre la que el TCe no entró por restricción de la competencia «dados los términos en que la cuestión de constitucionalidad se ha planteado». Ocho años después el TCe cambia de posición jurídica y declara la reserva de ley orgánica, pero con matices. A su juicio, la Constitución sí prevé un estándar de reserva absoluta de ley orgánica «respecto de las normas penales que establezcan penas privativas de libertad» (STCe 118/1992, FJ 2) y su fundamento normativo no está en la remisión a la legislación del artículo 25.1 CE, sino que en la disposición que protege la libertad y la seguridad como derechos individuales del artículo 17 de la Constitución: «La remisión a la Ley que lleva a cabo el art. 17.1 de la C.E. ha de entenderse como remisión a la Ley orgánica, de manera que la imposición de una pena de privación de libertad prevista en una norma sin ese carácter constituye una vulneración de las garantías del derecho a la libertad y, por ello, una violación de ese derecho fundamental» (FJ 2).

1184 Una completa exposición del debate sobre la cuestión de la reserva de ley y de reserva de ley orgánica, en MADRID CONESA (1983, pp. 47-59); RUIZ ROBLEDO (2003, pp. 119-130); LASCURAÍN SÁNCHEZ (2011, pp. 73-74).

1185 En el ordenamiento jurídico español, de la reserva de ley se derivan las siguientes premisas:

(a) La primera, se relaciona con la disposición constitucional prevista en el artículo 25.1 CE, según lo cual la condena penal solo puede imponerse en la medida en que, al momento de ejecutarse la conducta que fun-

en que la intervención que representa el Derecho Penal tiene como consecuencia necesaria la afectación de derechos fundamentales y, dentro de ellos, de la libertad; por esa condición del Derecho Penal, la ley penal es relativa al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, que es el supuesto previsto por el artículo 81.1 CE para la exigencia del quórum especial de aprobación de ley que rige para las leyes orgánicas<sup>1186</sup>. O MONTIEL FERNÁNDEZ, quien ve en la reserva de ley orgánica un sentido de conveniencia en atención «al grado de injerencia» que tienen las leyes penales sobre los derechos fundamentales<sup>1187</sup>. En Italia, la doctrina ha propuesto la exigencia de un quórum calificado de aprobación de la ley penal, como garantía para un ejercicio razonable por parte del legislador de su competencia punitiva<sup>1188</sup>, en la medida que, en ese ordenamiento jurídico, la reserva de ley es a la ley común. La reserva de ley orgánica, aunque deseable, no hace más confirmar el carácter estrictamente formal de la legalidad penal. Que la ley penal deba ser aprobada por un quórum especial refuerza las exigencias de representatividad y consenso en su aprobación. Pero ello redundante, en definitiva, en la misma tesis inicial: la protección que ella dispensa es mostrar a las personas el catálogo de conductas penalmente prohibidas para que estas puedan decidir, de manera informada, si las ejecutan o no. La exigencia de un quórum calificado de aprobación de una ley penal no garantiza, en lo absoluto, un contenido *favor libertatis* de la ley penal; solo garantiza, en el mejor de los casos, la concurrencia de un mayor número de parlamentarios por la aprobación de esa ley, dejando la vigencia de la libertad de las personas entregada a las mayorías parlamentarias, estables o circunstanciales.

### 33.1.2. La constitucionalización del Derecho

Un adecuado proceso de constitucionalización del Derecho Penal supone que los límites materiales estén presentes en la Constitución, ya sea en forma expresa o tácita.

Sin embargo, el enfoque tradicional ha debido lidiar con un problema básico: tanto la CE como, en general otras Constituciones salvo muy puntuales excepciones, no prevén reglas expresas que se refieran a los límites materiales.

---

damenta la condena, esta haya estado descrita como tal «según la legislación vigente en aquel momento». La referencia constitucional a la «legislación vigente» debe ser entendida como efectuada a la ley en particular, es decir, a aquellas normas aprobadas por el Parlamento de acuerdo con los procedimientos constitucionalmente previstos en el Capítulo II del Título III de la CE («De la elaboración de las leyes»);

(b) La segunda, que el ejercicio de la potestad punitiva requiere, adicionalmente, que esa ley que describe delitos y determina las penas a imponer solo puede ser una ley orgánica, en los términos del artículo 81 CE; y

(c) La tercera, que por <ley> debe entenderse la norma jurídica aprobada en ejercicio de la potestad legislativa por las Cortes Generales (en virtud del procedimiento previsto en el artículo 87 y siguientes CE), excluyéndose cualquiera otra norma jurídica aprobada en virtud de competencias constitucionalmente asignadas, como la normativa autonómica prevista en el artículo 150 CE, la legislación delegada en virtud del artículo 82 CE, o la de emergencia a que se refiere el artículo 86 CE.

1186 CARBONELL MATEU (1999, p. 36). Adhiere también a la reserva de ley orgánica, MORALES PRATS (2016, pp. 77-78).

1187 MONTIEL FERNÁNDEZ (2017, p. 11).

1188 FORNASARI (2018, pp. 169-170).

La ausencia de una positivización expresa de tales límites materiales significa que los textos constitucionales, como el español, carecen de disposiciones de las que, de acuerdo con su literalidad, puedan extraerse normas, principalmente aplicables tanto al legislador, y en menor medida al juez, al momento de ejercitar la potestad punitiva. Prácticamente, las únicas disposiciones de ese tipo son la que consagra la legalidad penal, la que prevé para las penas privativas de libertad y medidas de seguridad una orientación a la reeducación y reinserción social y la prohibición de los trabajos forzados como penas, todas ellas contenidas en el artículo 25 CE.

Para MONTIEL FERNÁNDEZ, por ejemplo, resulta paradójico que, a pesar del avance conceptual que representa el neoconstitucionalismo<sup>1189</sup> y su difusión no sólo entre la dogmática, sino también entre los operadores jurídicos, no se haya logrado aún una completa integración de los derechos constitucionales en la comprensión del Derecho Penal<sup>1190</sup>. Y es que, en parte, esta paradoja resulta de la pobreza de conceptos penales previstos en los textos constitucionales modernos.

La superación de este inconveniente se ha intentado hacer por medio de tres estrategias que han sido descritas por DÍEZ RIPOLLÉS<sup>1191</sup>. La primera, que tales limitaciones deben buscarse en un conjunto de derechos fundamentales originarios, que darían legitimación externa al Derecho Penal. La segunda, influida por el positivismo jurídico, se deriva de la propia adopción por el Estado de un específico modelo ideológico; en el caso español, de la adhesión por la Constitución a un Estado social y democrático de Derecho y, desde él, deberían extraerse aquellos principios limitadores. La tercera vía, plantea que los principios de limitación al ejercicio de la potestad punitiva deben extraerse de la «sociedad en su conjunto con sus precomprensiones y convicciones vulgares, y los sujetos que se encargarían de elaborarlas conceptualmente [serían] las élites jurídicas»<sup>1192</sup>.

Así las cosas, los esfuerzos constitucionalizadores que ha efectuado la dogmática penal han producido una paradoja: a pesar del profundo desarrollo de la parte general del Derecho Penal y la producción de un abundante conjunto de conceptos y categorías, es difícil encontrar para ellos un sustento normativo específico en la Constitución. Esto produce como consecuencia que «el arsenal de criterios de control que la manualística suele categorizar como <principios limitadores del ejercicio del *ius puniendi*>»<sup>1193</sup> tenga posibilidades limitadas de producir plenos rendimientos, ya que ante la ausencia de normas que los positivicen no quedaría otro remedio que ir a buscarlos en «nuestro patrimonio cultural y político»<sup>1194</sup>. La falta de soporte positivo condena a tal arsenal a que su

---

1189 Para distinguirlo del antiguo movimiento constitucionalizador que, a partir de la independencia de Estados Unidos de Norteamérica y la Revolución Francesa planteó la necesidad contar con una Constitución. Al respecto, PIZZORUSSO (2001, p. 292).

1190 MONTIEL FERNÁNDEZ (2017, pp. 4-ss).

1191 DÍEZ RIPOLLÉS (2013, pp. 114-116).

1192 DÍEZ RIPOLLÉS (2013, p. 115).

1193 MAÑALICH RAFFO (2014, p. 556, 2018, p. 64).

1194 QUINTERO OLIVARES, GONZÁLEZ BONDIA y FALLADA GARCÍA-VALLE (2015, p. 101).

aceptación quede subordinada solo a la voluntad de los operadores políticos o jurídicos, pero carentes de fuerza obligatoria como la tendrían si estuvieran positivizados.

La dogmática tiene conciencia que un consenso sobre el contenido y alcance de tales principios limitadores está lejos de alcanzarse<sup>1195</sup>. Entre los legisladores, la adhesión a los principios limitadores estará determinada por la postura ideológica del parlamentario e, incluso, por cuestiones de conveniencia política coyuntural. Y entre los jueces y demás operadores del sistema de persecución penal, la aplicación de los principios se transforma en una mera decisión discrecional, según sea el rol que el operador desempeñe (un defensor tendrá más estímulos para recurrir a los principios limitadores que los que tendrá el fiscal; y el juez, determinará su mayor o menor propensión a tales principios, según sean sus convicciones sobre la función y legitimación del Derecho Penal).

### 33.1.3. La ausencia de principios como un caso de búsqueda errónea

Estimo que el problema se ha generado no por la ausencia de <principios> en el texto constitucional, sino porque las limitaciones materiales al ejercicio de la potestad punitiva se han buscado en lugares equivocados dentro de la ley fundamental. Partiendo del presupuesto que las limitaciones materiales (como el principio de intervención mínima<sup>1196</sup>, el de ofensividad o lesividad, el de *ultima ratio*, la proporcionalidad en el sentido de prohibición de exceso<sup>1197 - 1198</sup> o el de culpabilidad<sup>1199</sup>; en síntesis, un <derecho

---

1195 Con resignación, DÍEZ RIPOLLÉS (2007, p. 103) se lamenta que

«Encerrados, consecuentemente, en la torre de marfil de la dogmática, desdeñosos de los vaivenes políticos, hemos dejado que los encargados de elaborar las leyes operen sin el apoyo de elaboraciones teóricas y sin estar sometidos a constricciones normativas dignas de consideración. Como era de esperar, a la hora de interpretar esas leyes nuestros bienintencionados propósitos han tropezado con los propios límites por nosotros trazados: atrapados en el principio de legalidad, sólo nos queda, o bien cuestionar a éste, con lo que minamos el edificio dogmático laboriosamente construido, o bien esperar tiempos mejores, limitándonos a realizar una insignificante labor de zapa de la ley vigente mediante interpretaciones forzadas de ella».

1196 QUINTERO OLIVARES, JARIA I MANZANO y PIGRAU SOLÉ (2015, pp. 22-ss) afirman del principio de intervención mínima, un «indudable» anclaje constitucional, cuya base en el texto fundamental la califican como «incontrovertible». Esta base está, a juicio de estos autores, en el principio de jerarquía normativa, ya que, según afirman, «de acuerdo con una indicación constitucional debidamente interpretada, el Derecho Penal no debe intervenir en cuestiones que pueden resolver leyes diferentes o inferiores, con respuestas que permiten también mantener la paz pública» (p. 23).

1197 ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC (2019, p. 137). En atención a su falta de reconocimiento expreso, los autores lo fundamentan, por un lado, en los valores del Estado democrático; y en la esencia del sistema de los derechos fundamentales, por otro.

1198 Al respecto RUIZ ROBLEDO (2003, p. 307), para quien:

[...] la proporcionalidad entre delitos y penas [...] no fue recogida por ninguno de los textos constitucionales españoles históricos; tampoco por la Constitución de 1978. Por eso, y aunque alguna doctrina se ha esforzado por razonar su inclusión dentro del artículo 25 de nuestra *Norma normarum*, no puede extrañar que hasta 1999 cada vez que se pretendió que el Tribunal Constitucional la considerara incluida dentro del principio de legalidad diera una respuesta negativa.

1199 BACIGALUPO ZAPATER (1999, pp. 140-141). Aunque reconoce que la culpabilidad no tiene reconocimiento expreso, de todos modos, le otorga el carácter de principio constitucional. Este autor, reflexionando sobre las causas que han hecho que la culpabilidad no esté incluida dentro de los límites materiales, concluye que

penal mínimo»<sup>1200</sup>) no tienen un reconocimiento expreso, se ha intentado encontrarlas en diversas disposiciones de la Constitución<sup>1201</sup>. En realidad, estos deben buscarse en una concreta y específica disposición: el artículo 53.1 CE. Este será el objeto de análisis de la Parte II de esta tesis.

### 33.1.4. La igualdad

Un aspecto particular en el que la revolución de los derechos humanos incide en la configuración de la legalidad penal, se relaciona con un proceso de revigorización del concepto fundamental de igualdad.

No es casual que la DUDH parta señalando que «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos». Otras varias disposiciones de la DUDH insis-

---

estas pueden ser dos. La primera, consiste en que el carácter subjetivo de la culpabilidad puede haberla hecho incompatible en una nascente teoría de los derechos fundamentales; su carácter centrado en las motivaciones del sujeto que actúa debió haberla llevado a que fuera concebida como una cuestión ajena al problema de la limitación del poder estatal. La segunda causa que releva, también de origen histórico, consistiría en que el desarrollo dogmático de la culpabilidad es relativamente reciente; y después de la Segunda Guerra Mundial, la culpabilidad evolucionó como un límite de la pena. Estas dos posibles causas no explican, en todo caso, por qué la culpabilidad no ha llegado a preverse expresamente en las Constituciones más modernas, como la Española de 1978.

ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC (2019, p. 134) reconocen que el principio de culpabilidad no tiene reconocimiento expreso en el texto constitucional, pero advierten que «dado que su fundamento radica en la idea general de libertad, normalmente se entiende derivado del principio de legalidad y del principio de proporcionalidad (prohibición de exceso)».

Aunque para el TC, la culpabilidad está consagrada en la Constitución como un «principio estructural básico del Derecho Penal» (SsTC 150/1991, FJ 4º; 246/1991, FJ 2º; 59/2008, FJ 11º; 57/2010, FJ 9º; 196/2013, FJ 6º; 185/2014, FJ 3º; 14/2021, FJ 5º), QUINTERO OLIVARES y TORRES ROSELL (2015, p. 326) aclaran que ella «es solo la reunión de una serie de garantías [...] y no un concepto autónomo de elaboración doctrinal, que la Constitución desconoce y en cuyo nombre no puede ser impugnada ninguna sentencia».

1200 En palabras de uno de sus principales exponentes, ««Garantismo» y «Derecho Penal mínimo» son, en efecto, términos sinónimos que designan un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva —tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial— someténdola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona» (FERRAJOLI, 2008, p. 193). Un Derecho Penal mínimo aspira a lograr un estado caracterizado por «...las mínimas intervenciones posibles para conseguir tutelar el máximo de bienes jurídicos necesarios para asegurar las libertades de los ciudadanos» (CARBONELL MATEU, 2001, p. 131), reafirmando el valor supremo de la libertad, ya que «...la limitación de libertad en que se concreta la norma penal deberá regirse en todo caso por la garantía de permitir en todo caso el máximo de libertad posible, aspirando en este sentido a minimizar el recurso al Derecho Penal» (CORRECHER MIRA, 2018, p. 118). Asimismo, pone de relieve el carácter de *ultima ratio* del Derecho punitivo porque «[u]n Derecho Penal mínimo no sólo debe penalizar la menor cantidad posible de conductas, reservando la sanción penal para las más insoportables, sino que debe hacerlo reservando a su vez la pena carcelaria para aquellos delitos que adquieran excesiva gravedad. En la actualidad existe, en tal sentido, una violación evidente de esta exigencia de mínima racionalidad del Derecho Penal, emanada del Estado Constitucional y Democrático de Derecho» (VITALE, 1998, p. 115).

1201 En contra, entre otros, GARCÍA RIVAS (1996, pp. 45-ss), para quien el «programa penal de la Constitución sirve de partitura para la composición de los límites en el ejercicio del *ius puniendi* estatal» (p. 45). Entre tales principios, el autor menciona el de exclusiva protección de bienes jurídicos (o de lesividad), el de intervención mínima y el de culpabilidad. Al desarrollarlos, no indica cuál es su fuente, ni aun indirecta, en la CE. Ello solo ocurre cuando analiza el principio de resocialización (p. 64) y el de legalidad penal (pp. 68-ss).

ten en la idea de igualdad a través de variadas prohibiciones de discriminación, concepto que se reitera en los tratados internacionales sobre derechos humanos. En síntesis, la igualdad pertenece a la médula esencial de la ideología de los derechos humanos y define la posición de esta sobre la distribución del poder social<sup>1202</sup>.

Este aspecto significativo de la ideología revolucionaria de los derechos humanos influye directamente en la comprensión que se debe tener de la legalidad penal. Esa influencia, a mi juicio, se manifiesta en que la igualdad pasa a ser un criterio de legitimidad democrática del ejercicio de la potestad punitiva, junto con la representatividad, el consenso, la predictibilidad y la previsibilidad. En otras palabras, que el respeto a la concepción de igualdad (en sentido neutro, como trato igualitario; y en sentido activo, como equidad) emerge también para desempeñar un rol de fundamentación de la legalidad penal.

A diferencia de los otros criterios, la igualdad es algo más compleja porque actúa en diferentes niveles.

En un primer nivel, la igualdad se concreta en la legalidad penal porque ella requiere una aplicación igualitaria de la prohibición penal<sup>1203</sup>. Si la prohibición penal está descrita en una disposición jurídica, ello permite aplicarla dentro de unos márgenes de similitud entre un caso concreto y otro; es decir, que la prohibición penal de matar, por ejemplo, se aplicará, en general por igual, en todos los casos en que la producción de la muerte de una persona sea objetivamente imputable a la conducta activa u omisiva ejecutada por alguien.

Pero el programa de igualdad contenido en la ideología de los derechos humanos requiere, además, otros dos niveles. El primero de ellos se refiere a un problema de extensión de las prohibiciones penales. El segundo, a la obligación de considerar las circunstancias particulares del caso concreto, que pueden configurar causales de justificación o de exculpación.

Con relación al primer aspecto, esto es, el problema de la extensión de la prohibición penal, la igualdad significa que el Estado no puede discriminar en la selección de las conductas dañosas o peligrosas que conformarán las prohibiciones penales. Para todas las acciones que representen iguales daños o puestas en peligro a bienes jurídicos de equivalente trascendencia debe preverse el mismo tratamiento; así, si el legislador decide penalizar atentados leves a la propiedad privada, como ocurre con el hurto, debe también incriminar afectaciones leves a los intereses supraindividuales que son el objeto de protección de lo que se denomina derecho penal económico.

El segundo aspecto se relaciona con la necesidad de que el Derecho Penal garantice que el reproche penal sea también igualitario; y lo será, en la medida en que se consideren las circunstancias particulares en las que el sujeto activo actuó (u omitió el comportamiento debido) al momento de determinarse si concurren o no los presupuestos para la atribución de la responsabilidad penal. Este aspecto, que es propio de la teoría del delito y sobre el que hay mucho camino recorrido, se transforma ahora en una exigencia que

---

1202 ARAT (2008, pp. 915-919).

1203 QUINTERO OLIVARES y TORRES ROSELL (2015, p. 323).

se deriva directamente de la ideología de los derechos humanos. Un sistema penal que sea indiferente a las circunstancias en las que el sujeto actuó, es un sistema penal contrario a los derechos humanos, porque sus resultados serán desiguales. En este sentido, no se verifica el programa de igualdad contenido en la ideología de los derechos humanos, si a todos los que hurtan cosas valoradas en 100 euros se les aplica la pena prevista en el artículo 234.2 CPe, si algunos de ellos actuaron motivados, por ejemplo, por hambre. Considerar al que incurrió en un hurto famélico en una situación distinta de los otros que no actuaron en ese contexto, y aplicarle al primero una solución distinta que al resto, es compatible con la idea de igualdad. En este caso, soluciones diferentes representan un trato igualitario, aunque ello suene como una *contradictio in termini* según la idea estática de igualdad, que reclama tratamientos iguales para todos. El reproche penal no puede ser el mismo para dos personas que hayan verificado una conducta típica, si una de ellas actuó, por ejemplo, en circunstancias de tal manera extraordinarias que le hayan impedido comportarse conforme a Derecho.

### **33.2. Juridicidad proporcional y constitucionalización del Derecho**

Tanto el origen histórico como su propia naturaleza formal, hacen que la legalidad penal tenga dificultades para desenvolverse en un escenario de constitucionalización del Derecho Penal. Aunque la legalidad penal tiene una vocación de garantía de la libertad, lo es con relación a un concepto estático de esta última, coherente con el sentido liberal de ella. Asimismo, la centralidad puesta en la libertad hace producir una postergación de los otros derechos fundamentales, sobre todo aquellos surgidos en etapas posteriores de la evolución. La ausencia de limitaciones materiales en la legalidad penal, esto es, su carácter formal, y su estrecha vinculación con el legislador, la transforman en una garantía cuyo rendimiento se debilita en un escenario de constitucionalización del Derecho.

Todo ello produce que, si el proceso de constitucionalización se aplica a todos los órdenes de protección normativa, incluido el Derecho Civil, en el Derecho Penal esa constitucionalización sería dificultosa atendida la escasa capacidad limitadora del ejercicio de la potestad punitiva que tiene la legalidad penal, uno de los institutos de mayor tradición y desarrollo y sobre el que se ha vertido una confianza absoluta, y la ausencia de material positivo limitador de tal ejercicio en el texto constitucional. La impermeabilidad de legalidad penal a la constitucionalización. La situación sería que un contratante en un negocio civil o mercantil tendría una protección directa dispensada por la Constitución por medio de las limitaciones que se derivan de esta a su contraparte, mientras que tales protecciones no se aplicarían a las personas en su relación con Estado penalizador. El esquema así descrito es verdadero. La superación de esta contradicción requiere, entonces, un esfuerzo para encontrar mecanismos de protección frente al ejercicio de la potestad punitiva y, de esta forma, desplegar en el Derecho Penal el completo contenido de los derechos fundamentales. Una vía para conseguir ese objetivo es incorporar la proporcionalidad al proceso de creación del Derecho Penal y al de su aplicación, tal como se analizará más adelante.

El limitado rendimiento de la legalidad penal en el escenario de la constitucionalización no se presenta, en cambio, con la juridicidad proporcional.

Esta surge en forma relativamente coetánea con el discurso de los derechos fundamentales y el cambio de concepción sobre la función de la Constitución. Además, su propia naturaleza de estatuto limitador de las injerencias, ofrece mejores posibilidades de rendimiento que la legalidad penal. En efecto, como la función de la juridicidad proporcional consiste precisamente en indicar bajo qué supuestos la injerencia sobre un derecho es admisible, en el Derecho Penal tiene mucho que entregar, indicando los casos en los que la prohibición penal y la pena son legítimas.

### 34. Los derechos fundamentales como criterios para la acción estatal

Finalmente, el tercer aspecto en el que se manifiesta la revolución de los derechos humanos, en el sentido en el que aquí es abordada, consiste en el cambio de sentido de los derechos fundamentales. Estos pasan de ser razones para que el Estado deje de hacer en el sentido liberal clásico, para pasar a ser razones que legitiman acciones directas o positivas del Estado. No se trata de la distinción entre derechos de primera generación, por un lado, y de segunda y tercera generación<sup>1204</sup>, por otro, en la que los últimos necesitan para su vigencia efectiva de acciones positivas y directas por parte del Estado. Tampoco se trata de caracterizar los derechos como continentes de expectativas negativas y positivas, como lo propone FERRAJOLI<sup>1205</sup>; y de asignarle al Derecho Penal la función de prevención del dolor infligido por la violación de las expectativas negativas<sup>1206</sup>.

La evolución registrada por los derechos fundamentales se enfoca a un aspecto distinto. La vigencia efectiva de los derechos de libertad y de autonomía ya no se satisface con una mera regulación de los supuestos en los que se violan sus expectativas negativas; por el contrario, estos requieren de acciones positivas y directas que tiendan a su promoción. El cambio en la comprensión de la igualdad es una buena demostración de esto.

---

1204 Sobre la distinción entre generaciones de derechos, ver PIZZORUSSO (2001, pp. 296-ss). Karel VASAK (1977) enunció por primera vez la distinción entre las tres categorías de derechos fundamentales. La primera, denominados derechos de primera generación corresponden a los derechos civiles y políticos, que tienen un carácter negativo, «en el sentido de que su respeto requiere que el estado no haga nada para interferir con las libertades individuales» (p. 29). La categoría siguiente, integrada por los derechos de segunda generación, «requiere acciones positivas de los estados para ser implementados» (p. 29); y ella comprende los derechos sociales, económicos y culturales. Por último, están los derechos de tercera generación, denominados de solidaridad que, como «reflejan una cierta concepción de la vida en comunidad, solo pueden ser implementados por los esfuerzos combinados de todos: individuos, estados y otros agentes, así como también, instituciones públicas y privadas» (p. 29). Dentro de estos últimos se encuentran el derecho al desarrollo, el derecho a un medioambiente saludable y ecológicamente balanceado, el derecho a la paz y el de propiedad sobre la herencia común de la humanidad.

1205 FERRAJOLI (2008, pp. 80-81) hace esta distinción. De acuerdo con ella, de los derechos de libertad y de autonomía surgen expectativas negativas, que consisten en prohibiciones de lesión; mientras que, de los derechos fundamentales de carácter social, en cambio, surgen expectativas positivas que se concretan en obligaciones de prestación.

1206 FERRAJOLI (2008, p. 123).

La igualdad ha dejado de ser la declaración ideal de que todas las personas estamos en un pie igualitario para adoptar decisiones, contratar o ejercer una actividad comercial, tal como era entendida en la visión liberal clásica. Por el contrario, la vigencia efectiva de la igualdad, entendida como equidad, requiere de acciones de corrección de las diferencias de base entre las personas, que les permitan llegar a una posición simétrica frente a otros sujetos. La igualdad se lesiona cuando se discrimina arbitrariamente (afectando la expectativa negativa), pero también se lesiona cuando no se corrigen las diferencias originarias. Igualmente, la comprensión de la libertad también ha sido objeto de esta evolución y su análisis es especialmente relevante para el Derecho Penal. De acuerdo con la idea clásica, la libertad es un atributo predicable en todas las personas; y sobre esta constatación se construyeron las categorías centrales de imputación de responsabilidad penal. Pero ni en el siglo XIX ni hoy, la titularidad de la libertad en todos por igual es algo empíricamente demostrable. Solo algunos tienen libertad de decidir; otros, la tienen en menor medida; y en otros, es prácticamente inexistente. El traspaso al mercado de muchas de las funciones que antes eran de titularidad estatal ha puesto de relieve esa ausencia de libertad, con el predominio de un modelo económico en el que las opciones no se relacionan con el ejercicio de la facultad de elegir, sino con la capacidad económica de elegir. Si los bienes necesarios para la satisfacción de necesidades son transados en el mercado, la libertad es directamente proporcional a la capacidad de transacción dentro del mercado; y esta, a su vez, está determinada por la capacidad económica o financiera. En otras palabras, dentro del mercado, la *libertad* de elección ha sido reemplazada por una *capacidad* para elegir; la libertad de optar se ha transformado en un privilegio. Los padres no tienen libertad para decidir si sus hijos asisten a la educación pública o privada; sus posibilidades reales de elección van a estar determinadas por su capacidad de pagar la educación privada. Asimismo, en el Derecho Penal, la libertad para comportarse conforme a Derecho, que está en la base de la culpabilidad, va a estar en buena medida determinada por una biografía del sujeto con más o menos privaciones económicas, sociales, educacionales o culturales.

Todos los derechos fundamentales van a imponer siempre un deber positivo al legislador para su promoción a través de las herramientas de las que dispone el Estado. Una de esas herramientas es el Derecho Penal y, por tanto, este no puede sustraerse a ese deber de promoción.

### **34.1. Legalidad penal y deber de promoción de los derechos fundamentales**

Finalmente, el aspecto menos explorado de la ideología revolucionaria de los derechos humanos es el del deber de promoción de los derechos fundamentales. El deber promocional de los derechos fundamentales requiere, antes que todo, acciones directas del Estado que tengan por objetivo asegurar la vigencia de ellos, por medio de la adopción de garantías y de mecanismos que permitan y faciliten su ejercicio. Asimismo, requiere un compromiso de las personas individuales y demás actores no estatales en su vigencia. Finalmente, este deber de promoción requiere también que el campo de acción

de cada derecho tenga por objetivo no solo garantizar su ejercicio, sino también garantizar la vigencia de los demás derechos.

La potestad punitiva está doblemente relacionada directamente con el deber de promoción que emana de los derechos fundamentales. Al igual que en los criterios anteriores de constitucionalización y de supranacionalización, la legalidad penal solo se relaciona con el aseguramiento de la libertad, pero no con los demás derechos. Asimismo, esa relación es pasiva porque solo protege la libertad anticipando las conductas que son punibles y la pena que debería imponerse. Atendida su naturaleza formal, la legalidad penal no adquiere un rol activo de promoción de esa libertad, ni establece relaciones con otros derechos.

### **34.2. Juridicidad proporcional y deber de promoción de los derechos fundamentales**

En el caso de la juridicidad proporcional el panorama es esencialmente diferente, porque ella permite que la ley penal adopte un rol activo de promoción de derechos y no solo respecto de la libertad, sino de todos los derechos que pueden verse restringidos por la norma que fundamenta la pena y la pena.

Por su carácter de estatuto limitador de las limitaciones de derechos, la juridicidad proporcional permite indicar cuáles que injerencias previstas en una ley que fundamenta la pena son admisibles. De esta forma, la juridicidad proporcional adopta un rol completamente activo en la promoción de los derechos fundamentales frente a sus posibles injerencias.

Al requerirse un fin adecuado como requisito material para considerar a la norma como proporcional, tanto la selección como la operación de ese fin están movidos por el interés de garantizar la vigencia de los derechos; y determinar en caso de conflicto con otros derechos o valores, cuál de ellos tendrá preeminencia. Así, si se considera que una norma no es proporcional, habrá operado negando la admisión al Ordenamiento jurídico de esa injerencia proyectada; y si se declara que la norma sí es proporcional, la juridicidad proporcional garantiza que el conflicto entre derechos o entre estos y otros valores protegidos, se hará con el menor coste posible a ese derecho restringido.

## **35. La supranacionalización de los derechos fundamentales**

La entrada en vigor del ECPI, el 1 de julio de 2002, es especialmente significativa por la consagración de una jurisdicción penal supranacional para la investigación y enjuiciamiento de los crímenes de competencia de la CPI, esto es, de los crímenes de genocidio<sup>1207</sup>, contra la humanidad<sup>1208</sup>, de guerra<sup>1209</sup> y de agresión<sup>1210</sup>; y con ello, el surgi-

---

1207 Sobre este delito internacional, ver GIL GIL (2019a, pp. 395-ss).

1208 Sobre este delito internacional, ver GIL GIL (2019b, pp. 421-ss).

1209 Sobre este delito internacional, ver LIÑÁN LAFUENTE (2019, pp. 443-ss).

1210 Sobre este delito internacional, ver MACULAN (2019, pp. 473-ss).

miento de un DPI formalizado<sup>1211</sup>, con capacidad vinculante no solo para los Estados, sino también para las personas, independiente del Estado del que sea nacional. Todos los hechos punibles de competencia de la CPI protegen aspectos directamente vinculados con la dignidad humana y, por tanto, se relacionan directamente con la protección de los derechos fundamentales.

El inicio de esta nueva etapa no puede comprenderse sin otro proceso simultáneo que le sirvió de trasfondo: el de la protección supranacional de los derechos fundamentales, esto es, del DIDH<sup>1212</sup> y el que BOBBIO identifica como el tercer paso, y último, en la consolidación de los derechos humanos<sup>1213</sup>. Este significó el rompimiento definitivo del paradigma propio de los derechos del hombre, según el que tales derechos solo podían comprenderse y hacerse efectivos dentro del margen de la soberanía nacional. De acuerdo con el DIDH, en cambio, tanto la definición positiva como el aseguramiento jurisdiccional de los derechos fundamentales, era una cuestión que importaba a la comunidad internacional en su conjunto, de modo que, tanto los ordenamientos nacionales como sus órganos de vigencia (administración y tribunales), se consideraron insuficientes para lograr la efectiva vigencia de tales derechos. Instrumentos jurídicos y organismos supranacionales, pasaron a ser una garantía necesaria de la vigencia de los derechos fundamentales; y, en consecuencia, se requirió que las soberanías nacionales aceptaran la existencia de un poder supranacional. Con ello, los derechos se transformaron en «derechos supraestatales», que actúan como «límites externos y ya no solo internos a los poderes públicos y bases normativas de una democracia internacional muy lejos de ser practicada pero normativamente prefigurada por ellos»<sup>1214</sup>.

El proceso de supranacionalización, tanto del aseguramiento como del cumplimiento de los derechos, ha sido caracterizado por la doctrina angloamericana como revolucionario, porque la superación de las fronteras nacionales ha implicado el desafío del paradigma tradicional de los derechos como fenómenos dentro de los márgenes de

---

1211 RUIZ ROBLEDO (2003, p. 131). Sobre el concepto de DPI, ver GIL GIL (2019, pp. 27-41, 52); GIL GIL y MACULAN (2019, pp. 39-ss).

1212 Por DIDH entiendo el conjunto de normas internacionales y la institucionalidad creada por ellos, destinada a la determinación y aseguramiento de un conjunto de derechos fundamentales. Este aspira al reconocimiento y protección por medio de los Ordenamientos nacionales y, en subsidio, a través de órganos jurisdiccionales supranacionales; y actúa como un estándar mínimo de la vigencia de tales derechos. Este DIDH solo aparece, como lo conocemos actualmente, en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, con la creación de sistemas supranacionales de garantía de los derechos fundamentales.

El DIDH es, en primer lugar, un requerimiento a los Estados para que estos reconozcan determinados derechos humanos y tiendan a su verificar su eficacia real. Solo ante la violación de tales derechos, por la omisión de un Estado en su aseguramiento formal o la ausencia de medidas de eficacia, el sistema supranacional entra a actuar, pero siempre en forma subsidiaria a las jurisdicciones nacionales.

1213 BOBBIO (1997, pp. 154-155, 170). Los dos anteriores son el de la positivización de los derechos humanos y el de la generalización de estos, en ese orden. La supranacionalización de los derechos fundamentales no debe confundirse con otro proceso paralelo que es de la globalización que, como lo ha puesto de relieve FERRAJOLI (1999, p. 60) ha producido una crisis del Derecho, desplazando «los centros de decisión tradicionalmente reservados a su soberanía, en materia militar, de política monetaria y políticas sociales, fuera de los confines de los Estados nacionales».

1214 FERRAJOLI (2009b, p. 26).

la soberanía nacional o estatal<sup>1215</sup> y su reemplazo por una «soberanía interrelacional»<sup>1216</sup>.

Las principales características de la supranacionalización de los derechos fundamentales son dos. La primera, consiste en que los catálogos de derechos fundamentales y de sus garantías, previstos en los ordenamientos nacionales, deben ser integrados por las definiciones sobre el contenido de los derechos y sus instrumentos de protección contenidos en los tratados internacionales aplicables. La segunda, es que los mecanismos de protección jurisdiccional tampoco se agotan en una perspectiva nacional: a ellos deben sumarse instancias jurisdiccionales supranacionales que, por lo general, son vinculantes para los Estados<sup>1217</sup>.

### 35.1. Legalidad penal y la supranacionalización de los derechos fundamentales

Los tratados internacionales sobre derechos humanos contienen su propia regulación sobre la legalidad penal. Es lo que ocurre en el ordenamiento español, en el que, junto con las disposiciones constitucionales sobre legalidad penal, deben considerarse también las de los tratados internacionales incorporados al Derecho interno, como se analizó precedentemente<sup>1218</sup>. Los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España contienen regulaciones sobre la legalidad penal<sup>1219</sup>; específicamente, el artículo 7º CEDH, el artículo 49 CDFUE, el artículo 15 PIDCP y el artículo 40 CDN. Lo anterior significa que la legalidad penal ha sido cubierta por el proceso de supranacionalización, lo que tiene impactos en ella.

De esta forma, la legalidad penal no puede ser comprendida solo con relación al derecho interno. Por el contrario, es obligada la incorporación de la regulación sobre la legalidad penal proveniente del DIDH, ya que la consideración solo de los ordenamientos jurídicos nacionales es insuficiente si se quiere dar cuenta de la regulación de la legalidad penal.

Las diferencias de comprensión de la legalidad penal en las dos culturas jurídicas que históricamente han coexistido en el espacio europeo –y difundidas por una buena parte del globo por los procesos de colonización– no fueron problemáticas mientras ambos sistemas jurídicos funcionaron en sus propios ámbitos territoriales, bajo la fórmula de derechos internos o nacionales aplicables en el territorio de cada Estado. Sin embargo, tales diferencias cobraron relevancia cuando, tanto a propósito de la supranaciona-

---

1215 En este sentido, FALK (FALK, 2009), para quien los «meros gestos de reconocimiento internacional de los derechos humanos» como la DUDH, «tuvieron implicancias «revolucionarias» porque desafiaron conceptualmente las ideas prevaletentes sobre la soberanía incondicional del estado con relación a la gobernanza dentro de sus fronteras».

1216 Sobre el concepto de soberanía interrelacional, NIETO MARTÍN (2019, pp. 21-26).

1217 El proceso de supranacionalización del reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales no debe confundirse con un Derecho Penal global, como es descrito y criticado por NIETO MARTÍN (2019, *pássim*).

1218 Ver *Supra*, § 4.3, p. 79.

1219 Ver Tabla 9, p. 469.

lización de los derechos humanos, como del proceso de integración europea<sup>1220</sup>, debió adoptarse una regulación unitaria sobre la legalidad penal aplicable a ambos contextos de cultura jurídica. Debieron buscarse los acomodos necesarios para compatibilizar las diferencias de contenido de la legalidad penal en la comprensión que de esta se tiene en ambos contextos culturales. Ello produce, a decir de SCOLETTA, que el sistema europeo de derechos humanos desempeña «un importante papel de «homogeneización» de los estándares garantistas en materia penal, que se resuelve en una tendencial y progresiva «elevación» del nivel de tutela de los ciudadanos»<sup>1221</sup>.

El DIDH pretende que la legalidad penal se desempeñe como garantía de libertad. En palabras del TEDH, la legalidad penal «debe ser interpretada y aplicada, como se desprende de su objeto y propósito, de tal manera que brinde garantías efectivas contra el enjuiciamiento arbitrario, la condena y el castigo»<sup>1222</sup>. Por ello, la positivización de la legalidad penal en el DIDH está diseñada para que sea aplicada por países que pertenecen tanto a la cultura jurídica continental como a la anglosajona, compatibilizando la técnica de remisión al legislador (solo la ley puede establecer delitos y penas) que, por lo general adoptan los primeros, pero no los segundos.

La construcción de la legalidad sobre la base tanto del Derecho interno como del DIDH (pero, en general, también Derecho supranacional generado por el proceso de integración europea), se ha descrito como un modelo policéntrico, que permite la supervivencia tanto de la tradición continental como de la anglosajona<sup>1223</sup> y cuya característica

---

1220 Los efectos de la salida del Reino Unido de la Unión Europea en la construcción de un Derecho Penal europeo están aun por determinarse. No obstante, a partir de esa decisión de los británicos, la comprensión de la legalidad penal queda más uniforme entre los restantes socios de la Unión Europea, de modo que no hay obstáculo para que se adopte el enfoque de remisión expresa a la ley en sentido formal en materia de ejercicio de la potestad punitiva.

1221 SCOLETTA (2010, pp. 249-250).

1222 SsTEDH 20166/92, *caso S.W. c. Reino Unido*, § 34 y 20190/92, *caso C.R. c. Reino Unido*, § 32. Este criterio ha sido posteriormente reiterado en SsTEDH 29295/95; 29363/95, *caso Ecer y Zeyrek c. Turquía*, § 29; 34044/96, 35532/97 y 44801/98, *caso Strelitz, Kessler and Krenz c. Alemania*, § 50; 37201/97, *caso K.-H. W. c. Alemania*, § 45; 45771/99, *caso Veeber c. Estonia (n° 2)*, § 30; 55103/00, *caso Pubk c. Estonia*, § 24; 21906/04, *caso Kafkaris c. Chipre*, § 137; 74357/01, 26764/02 y 27434/02, *caso Kuolelis, Bartoševičius y Burokevičius c. Lituania*, § 115; 9174/02, *caso Korbely c. Hungría*, § 69; 12157/05, *caso Liivik c. Estonia*, § 92; 10249/03, *caso Scoppola c. Italia (n° 2)*, § 92; 19359/04, *caso M. c. Alemania*, § 117; 36376/04, *caso Kononov c. Letonia*, § 185; 20134/05, *caso Alimuçaj c. Albania*, § 148; 54468/09, *caso Huhtamäki c. Finlandia*, § 41; 42931/10, *caso Camilleri c. Malta*, § 34; 23341/06, *caso Martirosyan c. Armenia*, § 56; 26261/05 y 26377/06, *caso Kasymakhunov y Saybatalov c. Rusia*, § 76; 20372/11, *caso Vyerentsov c. Ucrania*, § 62; 2312/08 y 34179/08, *caso Maktouf y Damjanović c. Bosnia y Herzegovina*, § 66; 42750/09 (GC), *caso Del Río Prada c. España*, § 77; 17475/09, *caso Varvara c. Italia*, § 52; 7345/12, *caso Glien c. Alemania*, § 118; 24069/03, 197/04, 6201/06 y 10464/07, *caso Öcalan c. Turquía (n° 2)*, § 171; 59552/08, *caso Rohlena c. República Checa*, § 50; 35343/05, *caso Vasiliauskas c. Lituania*, § 153; 23279/14, *caso Bergmann c. Alemania*, § 149; 38395/12, *caso Dallas c. Reino Unido*, § 69; 8927/11, *caso Ruban c. Ucrania*, § 37; 37462/09, *caso Žaja c. Croacia*, §§ 90 y 93; 67503/13, *caso Koprivnikar c. Eslovenia*, § 45; 101/15, *caso Navalnyye c. Rusia*, § 54; 66847/12, *caso Haarde c. Islandia*, § 127; 43977/13, *caso Kadusic c. Suiza*, § 66; 43328/14, *caso Seychell c. Malta*, § 41; 68273/14 y 68271/14, *caso Gestur Jónsson y Ragnar Halldór Hall c. Islandia*, § 87; 10211/12 y 27505/14, *caso Ilmseher c. Alemania*, § 202; 28859/16, *caso Drelingas c. Lituania*, § 27; y 22429/07 y 25195/07, *caso Parmak y Bakir c. Turquía*, § 57.

1223 AMBOS (2006, p. 22) (con idéntico tenor, en español, AMBOS (2008, pp. 43-44)).

central es la rotura de un sistema cerrado de fuentes del Derecho<sup>1224</sup>. A diferencia de la regla general en el Derecho interno de los países de tradición continental, en los que la legalidad penal se define solo con referencia a la *ley* (*sine lege parlamentaria*), en el DIDH se hace remitiéndose a una fórmula más amplia: el derecho; y, dentro de él, tanto el nacional como el internacional<sup>1225</sup>. En consecuencia, en el escenario supranacional el axioma tradicional continental de *nullum crimen nulla poena sine lege* se transforma y adopta una forma distinta: *nullum crimen nulla poena sine iure*<sup>1226</sup>.

La sustitución de <lege> por <iure> tiene consecuencias trascendentes. Ello, en atención a que, en el DIDH, la regla de atribución competencial cerrada sobre la que se construye la legalidad penal en la tradición continental varía su esencia y adopta una técnica más cercana a la de la cultura anglosajona en la materia. En este contexto, la legalidad penal en el DIDH no requiere de una ley formal o escrita (*lege*) para fundamentar la pena, sino de una norma jurídica (*iure*), independiente de la forma de su creación y de su ubicación jerárquica dentro del Ordenamiento jurídico<sup>1227</sup>. Esta versión internacional de la legalidad es un sincretismo entre la comprensión continental y anglosajona de la legalidad penal, sin el que no habría sido posible (o habría sido muy dificultoso) el desarrollo del DPI y del DIDH<sup>1228</sup>.

La versión supranacional de la legalidad penal, construida a partir del DIDH, está diseñada no solo para actuar como garantía de libertad en el ámbito de la construcción y aplicación del Derecho interno, sino también para ser utilizada en el Derecho Penal internacional. En este último, y hasta la entrada en vigor del ECPI, la relación entre legalidad penal y crímenes internacionales se presentó como problemática en su descripción dogmática<sup>1229</sup> y también en su aplicación judicial en tribunales internacionales y nacionales<sup>1230</sup>.

1224 PERRONE (2019, p. 41).

1225 Desde una posición centrada en la comprensión continental de la legalidad penal, CEREZO MIR adopta una posición crítica hacia la definición que proviene del DIDH. Este autor distingue conceptualmente entre una legalidad penal propiamente tal que consiste en aquella que solo habilita a la ley para la creación de los delitos y de la determinación de las penas. La que es definida por el DIDH, en cambio, sería una legalidad penal en sentido amplio que el autor prefiere denominar «juridicidad».

1226 Utilizan la expresión en el sentido indicado: OLLÉ SESÉ (2008, pp. 571-ss); GALLANT (2009, p. 358); SCOLETTA (2010, p. 254); BASSIOUNI (2011, p. 144); OLÁSOLO ALONSO (2013, *pássim*); ARAJÄRVI (2014, p. 129, nota al pie n° 38); MÍNGUEZ ROSIQUE (2016, p. 220, 2018, p. 110); RAUTER (2017, pp. 42-ss).

1227 VALENTINI (2011, p. 193)

1228 BOHLANDER (2011, *pássim*) analiza las diferencias conceptuales entre ambas culturales legales en el contexto del DPI y del funcionamiento de la justicia penal supranacional y cómo estas han debido ser compatibilizadas en esos escenarios. Un análisis sobre la convergencia de las tradiciones jurídicas, en CLAES y KROLIKOWSKI (2009, pp. 97-99).

1229 Al respecto, ver GIL GIL (1999, pp. 66-105)

1230 MARINIELLO (2013, p. 223). Lo anterior se demuestra, por ejemplo, en la alta incidencia de demandas deducidas ante el TEDH que se relacionan con condenas por tribunales internos por delitos contra la humanidad en los que se han alegado eventuales violaciones al artículo 7 CEDH: Decisión TEDH 14685/04, *caso Penart c. Estonia* (inadmisible); Decisión TEDH 23052/04 y 24018/04, *caso Kolk y Kislyiy c. Estonia* (inadmisible); STEDH 36376/04, *caso Kononov c. Letonia* (declara que no hubo violación al artículo 7); STEDH 9174/02, *caso Korbely c. Hungría* (declara violación del artículo 7); STEDH 2312/08 y 34179/08, *caso Maktouf*

La regulación supranacional de la legalidad penal debe convivir con aquella prevista en los Ordenamientos nacionales. Esta dualidad ha sido puesta de relieve por la doctrina, destacándose la existencia de una legalidad *européa* o *convencional* proveniente del DIDH; y una *nacional* o *constitucional*, prevista en los Derechos nacionales<sup>1231</sup>. En una relación de colaboración o coordinación con los Ordenamientos nacionales, el DIDH pretende la armonización de los sistemas jurídicos que coexistan dentro de cada sistema supranacional de derechos fundamentales, ya sea de ámbito regional –como el europeo o el interamericano– o mundial. Las diferencias en la cultura jurídica de los Estados parte, plantea desafíos de convergencia que, en el sistema europeo, el TEDH ha tratado de solventar. Pero también, plantea la necesidad de proporcionar un contenido unitario de la legalidad penal aplicable a todos los Estados miembros del CEDH; es decir, de construir una garantía de igual extensión para todas las personas protegidas por la Convención, independiente de la cultura en la que se inscriba el sistema jurídico del país de origen de la persona protegida. Derivado de todo lo anterior, en el escenario supranacional, la legalidad penal está obligada a experimentar una <normativización>, alejándose del carácter fáctico que se le asigna en la cultura continental<sup>1232</sup>; y, por tanto, con una relativización de su contenido, al menos, analizado desde nuestra perspectiva del *civil law*.

El diseño de las fuentes formales del Derecho Penal decidido por el DIDH tiene dos características: por un lado, un respeto a la autonomía de los Estados parte en la definición de sus criterios de legitimación de las decisiones de política criminal primaria; y por otro, una drástica apertura a las fuentes del Derecho internacional.

### 35.1.1. La autonomía de los Derechos internos

La primera característica de la legalidad penal supranacional consiste en el reconocimiento (limitado<sup>1233</sup>) de la autonomía de los Derechos internos sobre sus propias construcciones de la legalidad penal. De esta forma, los instrumentos internacionales remiten al Derecho interno de cada Estado la decisión sobre las fuentes del Derecho a través de las que se definen las conductas punibles y las penas atribuidas a ellas. Así, para el DIDH es válida tanto la construcción de la legalidad penal como una regla de atribución competencial cerrada –como es propio de la tradición continental (solo la ley)–, como la atribución abierta que se observa en la cultura anglosajona (el *common law*, el

---

y *Damjanović c. Bosnia y Herzegovina* (declara violación del artículo 7); STEDH 35343/05, *caso Vasiliauskas c. Lituania* (declara violación del artículo 7); STEDH 28859/16, *caso Drėlingas c. Lituania* (declara que no hubo violación al artículo 7); STEDH 74613/01, *caso Jorgić c. Alemania* (declara que no hubo violación al artículo 7); y Decisión TEDH 65389/09, *caso Van Anraat c. Holanda* (inadmisible).

1231 BARTOLI (2016, *pássim*).

1232 En este sentido, AMBOS (2005b, pp. 51-64). Tal como se analizará más adelante, la normativización de la legalidad penal no debe entenderse en el sentido de su comprensión funcional-sistémica, sino que de una forma más declarativa.

1233 Tal reconocimiento es limitado, porque –como se analizará seguidamente (ver *Infra* §35.1.5)– el orden supranacional termina imponiendo su propia definición de las fuentes formales habilitadas para la creación del Derecho Penal. Ello ocurre porque el sistema supranacional actúa con posterioridad al sistema nacional.

*case-law* y las normas estatutarias).

De esta forma, el modelo policéntrico se estructura, en primer lugar, con referencia a los Ordenamientos jurídicos nacionales, de acuerdo con las técnicas por las que cada uno haya optado. Supuesta la existencia de Estados de Derecho materiales, se preservan incólumes los criterios de legitimidad democrática de las decisiones de política criminal primaria de cada Estado. Pero no solo del contenido de esas decisiones (a través de la deferencia al legislador y el margen de apreciación<sup>1234</sup> y tribunales internos), sino, lo más importante, a los criterios de legitimación de la producción del Derecho Penal. Así, es irrelevante para el CEDH si la potestad punitiva se encuentra radicada en el legislador, en la administración o en los jueces.

En el sistema europeo, el TEDH ha desarrollado la referencia al «Derecho nacional» contenida en el artículo 7.1 CEDH en un sentido sustancial y no formal. Es decir, no solo en función de la específica fuente que el Ordenamiento jurídico interno habilite, sino en un sentido amplio, como comprensiva tanto de normas escritas como no escritas (*written y unwritten laws*)<sup>1235</sup>, «normas de inferior rango que las leyes»<sup>1236</sup> y la creación judicial del Derecho por los tribunales internos. Sobre el concepto de *derecho* desarrollado por el TEDH se volverá enseguida<sup>1237</sup>.

Una parte de la doctrina ha criticado la técnica escogida por el CEDH que aquí he denominado atribución competencial indeterminada, estimando que ella implica una relativización del rol de garantía de la legalidad penal con relación a la seguridad jurídica, que impactaría tanto en las exigencias de *lex scripta* como de *lex praevia*<sup>1238</sup>. Sin embargo, a mi juicio, esta crítica debe tomarse con cierta distancia. Si la consagración de la legalidad penal prevista en el artículo 7º CEDH se evalúa desde la perspectiva de la tradición continental, ella debería ser, evidentemente, objeto de crítica. Desde esa mirada, el rompimiento del carácter determinado de dicha atribución competencial (solo el *legislador* –la *ley escrita*– puede establecer delitos y penas) puede evaluarse como el rompimiento completo de la legalidad penal; qué sentido tendría la legalidad penal si ya no es únicamente el legislador el autorizado para decidir sobre las conductas punibles y las penas a imponer. Pero si el foco de atención se pone no en el carácter formal de la regla de atribución, sino en su materialidad, esto es, en su rol de garantía de la libertad, la evaluación a que puede ser sometido el artículo 7º CEDH cambia radicalmente. La expectativa de seguridad jurídica que incluye la legalidad penal no solo puede obtenerse a través la actividad legislativa. En otras palabras, que la atribución competencial determinada (solo al legislador), por sí misma, no mejora ni aumenta necesariamente el

---

1234 Sobre el margen de apreciación en la doctrina jurisprudencial del TEDH, ver GERARDS (2019, pp. 160-ss).

1235 STEDH 6538/74, *caso The Sunday Times c. Reino Unido*, § 47.

1236 SsTEDH 11801/85, *caso Kruslin c. Francia*, §29. En el mismo sentido, 21906/04, *caso Kafkaris c. Chipre*, § 139; 54468/09, *caso Huhtamäki c. Finlandia*, § 43; y 20372/11, *caso Vyerentsov c. Ucrania*, § 63.

1237 Ver *Infra*, §35.1.3.

1238 HUERTA TOCILDO (2005, pp. 458-ss); en el mismo sentido, BACIGALUPO ZAPATER (2012, p. 60). AMBOS (2017, p. 237): «la legalidad penal en el sistema supranacional garantiza márgenes suficientemente razonables de certeza y previsibilidad, pero no impide la aplicación de penas fundado en Derecho no escrito».

rol garantista de la legalidad penal; es decir, que esa función de garantía también puede lograrse si la legalidad penal se construye con relación a otras técnicas y métodos de regulación jurídica. Es lo que ocurre en la tradición anglosajona, en la que el recurso exclusivo a la legislación escrita no se considera, obligadamente, sinónimo de garantía frente a la arbitrariedad.

Varias son las vías, a mi modo de ver, que pueden demostrar la afirmación anterior. En una de ellas basta con hacer referencia a lo que la doctrina ha denominado la crisis de la legalidad penal, para demostrar que la ley no es, necesariamente, sinónimo de una efectiva protección del ciudadano.

En el DIDH, por su propia naturaleza y forma de operar, la tensión de la legalidad penal surgirá por la comparación entre el contenido que a esta le asignan los tratados internacionales de derechos humanos y el que le atribuyen las legislaciones nacionales. De esta forma, si el contenido de acuerdo con el Derecho interno es mayor que el de la respectiva norma internacional, se podrá decir que se presenta dicha relativización. A esta evaluación concurrirán, desde luego, la comprensión interna o doméstica que se tenga de la legalidad penal y cómo esta se articula con la interpretación sobre la base de las normas supranacionales.

### **35.1.2. La apertura de las fuentes de la legalidad penal en el DIDH**

La segunda perspectiva en la que se descompone la legalidad penal supranacional consiste en la apertura de las fuentes formales relevantes para el Derecho Penal, al incluir dentro de ellas las propias del Derecho internacional.

En la versión supranacional de la legalidad penal prevista por el DIDH, tanto la conducta típica como la pena, pueden estar determinadas como tales en el Derecho internacional, además de en la norma interna. Aunque la fórmula utilizada en los tratados internacionales es gramaticalmente sencilla, los efectos que de ella se derivan son de gran complejidad, tanto con relación a su interpretación, como con su aplicación.

En el ámbito supranacional la atribución competencial para la definición de los delitos y de las penas es doble. Por un lado, al Derecho interno o nacional, es decir, se le da valor a la atribución que el Ordenamiento jurídico haya efectuado. Pero, por otro lado, la facultad de decidir qué conductas son constitutivas de hechos punibles también se atribuye al Derecho internacional, ampliando el sistema de fuentes formales del Derecho Penal<sup>1239</sup>. Mirado desde el punto de vista del Derecho español, la regla de atribución resultante de la coordinación del artículo 25.1 CE y el artículo 7.1 CEDH puede leerse de la siguiente forma: «Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido verificada, no constituya una infracción según una ley orgánica interna, o de acuerdo con el Derecho internacional».

Un primer aspecto que es necesario abordar es el relativo a la determinación del alcance de la remisión que efectúa el DIDH al «derecho internacional» (que la con-

---

1239 BACIGALUPO ZAPATER (2012, p. 60).

ducta constituya delito según el derecho nacional o *internacional*)<sup>1240</sup>. A diferencia de lo que ocurre con el Derecho interno, identificar el Derecho internacional y determinar de dónde surge, es decir la pregunta por sus fuentes, no es una cuestión de fácil resolución<sup>1241</sup> por la inexistencia de normas de reconocimiento claramente identificables. Una forma de resolver el interrogante, coherente con el sentido de la legalidad penal, es afirmando que la referencia al Derecho internacional que hace el CEDH lo es a las fuentes de aquel, en la forma en que estas están codificadas en el artículo 38 del ECIJ, disposición «ampliamente reconocida como la más autorizada y completa declaración de las fuentes del derecho internacional»<sup>1242</sup>. Estas fuentes son: (a) las convenciones o tratados internacionales, bilaterales o multilaterales; (b) la costumbre internacional; (c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; y (d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones<sup>1243</sup>.

Un análisis detallado de cada una de las fuentes del Derecho internacional excedería el ámbito de esta investigación y no necesariamente aportaría información relevante para su objeto de estudio. Sin perjuicio de ello, algunas menciones son necesarias.

Con la habilitación de los tratados internacionales para decidir la punibilidad de una conducta, se salva, en principio, la regla de *lex scripta* aunque no obligadamente deberían considerarse aseguradas también las reglas de *lex certa* y *stricta*. Tales instrumentos internacionales no necesariamente cuentan con descripciones lo suficientemente claras o desarrolladas que satisfagan la exigencia de taxatividad. Como lo ha demostrado BASSIOUNI, los tratados internacionales suelen adolecer de un déficit de taxatividad en la descripción de las conductas punibles. A su juicio, los redactores de tales instrumentos probablemente o no han tenido la experticia técnica necesaria para cumplir con los estándares de taxatividad o no han actuado con la rigurosidad que se requiere en materia de Derecho Penal, pensando en que muchos de esos tratados deban ser desarrollados por los legisladores internos de los países que los ratifiquen. Como indica este autor, debería hacerse un mayor esfuerzo en la redacción de los tratados, considerando que algunos de

---

1240 El Derecho internacional contiene «un cuerpo de prohibiciones internacionales, dotado de características criminales, que atestiguan la criminalización de ciertos tipos de conductas, independientemente de los métodos o mecanismos particulares de ejecución» (1983, p. 27, 1999b, p. 51) en el sentido de su persecución, que constituyen los delitos o crímenes internacionales. Como lo advierte BASSIOUNI, no existen criterios que permitan determinar la pertenencia de un hecho punible a la categoría de delito internacional, ya que «[l]a única base que ahora existe es empírica o experimental; el derecho internacional convencional o consuetudinario implícita o explícitamente establece que una conducta determinada es parte del derecho penal internacional» (BASSIOUNI, 1983, p. 27). Esta afirmación debe matizarse a partir de la entrada en vigor del ECPI que contiene un catálogo de delitos en sus artículos 6 a 8 bis (AMBOS, 2014, *pássim*; OLLÉ SESÉ, 2019b, pp. 185–189).

1241 SHAW (2008, p. 70).

1242 SHAW (2008, p. 70). AMBOS (AMBOS, 2013) afirma que, siendo el DPI formalmente parte del derecho internacional público, puede hacer uso de las fuentes clásicas del artículo 38 ECIJ.

1243 En el mismo sentido, BASSIOUNI (1999b, p. 55), quien identifica las fuentes del Derecho Penal internacional con las fuentes previstas en el artículo 38 ECIJ cuando afirma que «[l]os delitos internacionales están configurados solo por el derecho internacional, principalmente a través de convenciones, pero también a través de la costumbre. Incluso los principios generales del derecho son una fuente de derecho penal internacional». También MARINIELLO (2013, p. 225).

ellos están destinados a ser directamente perseguibles<sup>1244</sup>.

El cumplimiento del estándar de *lex scripta* de la legalidad penal en su comprensión continental, desde luego, no tiene posibilidades de ser satisfecho cuando se trata de las otras fuentes del Derecho internacional, como la costumbre internacional, los principios generales de derecho, las decisiones judiciales y la *opinio iuris*. La garantía que debería proporcionar la *lex scripta* en la comprensión formal de la legalidad penal, se proporciona por el recurso a los criterios de accesibilidad y predictibilidad, tal como los ha desarrollado el TEDH. Se entiende la legalidad penal en una versión sustantiva más propia de la tradición anglosajona. Adicionalmente, porque las distintas fuentes del Derecho internacional están diseñadas para actuar coordinadamente entre ellas, de modo que la costumbre internacional, los principios generales de derecho y el *case law* supranacional cumplen un rol secundario frente a los tratados internacionales<sup>1245</sup>.

---

1244 BASSIOUNI (2013, pp. 247-249).

1245 Esto es lo que ocurrió, por ejemplo, en el juzgamiento del *caso Korbely c. Letonia* efectuado por el TEDH. En 1994 el demandante había sido acusado como autor de un delito contra la humanidad descrito en el artículo 3.1 de la Convención (IV) relativa a la protección de personas civiles en tiempos de guerra y en la Ley interna letona N° 90 de 1993. Los hechos por los que los tribunales letones condenaron en 2001 al demandante ante el TEDH, consistieron en que el 26 de octubre de 1956 él ordenó la muerte de dos civiles que, junto a un grupo de personas, previamente habían asaltado una estación de policía. El TEDH consideró que esta decisión de condena había infringido el artículo 7.1 CEDH, pues carecía de base legal; en otras palabras, que los hechos por los cuales se había condenado no eran, en realidad, típicos de un delito contra la humanidad en los términos definidos para dicho ilícito por el Derecho internacional al momento en que la conducta fue ejecutada, es decir, en 1956 (STEDH 9174/02, *caso Korbely c. Letonia*, § 95). Al respecto, el TEDH declaró que

[...] los tribunales nacionales limitaron su examen a la cuestión de si [las víctimas] estaban o no bajo la protección del artículo 3 común [de la Convención (IV) relativa a la protección de personas civiles en tiempos de guerra] y no examinaron la cuestión adicional [...] si el acto particular cometido por el demandante debía considerarse como parte de [una] Política estatal que permitiera considerar al hecho dentro de la esfera de los crímenes contra la humanidad, tal como estos debían entenderse en 1956 (STEDH 9174/02, *caso Korbely c. Letonia*, § 84).

Para arribar a estas conclusiones, el TEDH se fundó en los tratados e instrumentos internacionales que sintetiza en su sentencia, la costumbre en el Derecho internacional humanitario y en la *opinio iuris* de juristas destacados que la propia sentencia cita.

Su propio *case law* le ha permitido al TEDH sostener que la expresión «producto medicinal» permitía prever a un comerciante que vender eosina acuosa, alcohol modificado, peróxido de hidrógeno y vitamina C implicaba incurrir en el tipo penal que, en el Derecho nacional francés, prohibía realizar conductas reservadas exclusivamente a los farmacéuticos, dentro de las cuales está la de vender productos medicinales. El TEDH declaró que

[c]on la ayuda de adecuado asesoramiento legal, [el demandante], quien, además era el administrador de un supermercado, podría haber apreciado al momento de ejecutar la conducta, a la luz de la jurisprudencia de la Corte de Casación y de algunos de los tribunales inferiores, que corría un riesgo real de persecución por venta ilegal de productos medicinales (STEDH 17862/91, *caso Cantoni c. Francia*, § 35).

Asimismo, ha declarado que las regulaciones del Derecho internacional sobre comportamientos en tiempos de guerra hicieron también lo suficientemente predecible una persecución penal por crímenes de guerra; el TEDH declaró que

la naturaleza flagrantemente ilegal de los malos tratos y asesinatos de los nueve aldeanos en las circunstancias establecidas de la operación de 27 de mayo de 1944 [...], incluso la reflexión más superficial del demandante habría indicado que, al menos, los actos impugnados corrían el riesgo de ser contrarios a las leyes y costumbres de la guerra tal como se entendían en ese momento y, en particular, corrían el riesgo de constituir crímenes de

La predictibilidad requerida por el estándar de legalidad penal del artículo 7º CEDH también se extiende al marco penológico aplicable. El TEDH declaró un incumplimiento del artículo 7º CEDH cuando el demandante ante el Tribunal europeo no estuvo en condiciones de saber de antemano la pena a que se exponía por el delito de tráfico de drogas que había cometido. El problema estribó en que el Ordenamiento jurídico nacional de Malta preveía dos marcos penales diferentes posibles de aplicar al delito por el que el demandante fue condenado; la pena a imponer iba a depender del tipo de tribunal competente para juzgar penalmente al demandante; y la decisión sobre la determinación del tribunal competente quedaba radicada facultativamente en el fiscal<sup>1246</sup>.

En síntesis, que tanto la regla de atribución como la técnica de remisión contenidas en el tenor literal del artículo 25.1 CE, deben ser adaptadas a la forma en que estas son construidas en el Derecho internacional. De esta forma, a partir de tales tratados, el axioma «*nullum crimen nulla poena sine lege*» ya no sería válido en el Derecho interno español. La incorporación de tales instrumentos internacionales habría modificado su estructura. El nuevo axioma sería, entonces, «*nullum crimen nulla poena sine lege, tratados o principios generales del Derecho internacional*» (o sintéticamente, *nullum crimen, nulla poena sine iure*). Considerando el contenido que tiene la legalidad penal tanto en esos instrumentos internacionales como en las normas nacionales, se puede intentar la siguiente esquematización de la legalidad penal:

*Tabla 4. Esquema comparativo del contenido de la legalidad penal en el Derecho interno español y en el DIDH*

Legalidad penal según el Derecho interno español:	Legalidad penal según el Derecho español integrando los tratados internacionales de derechos humanos:
1. Una persona solo puede ser condenada por la ejecución de una conducta (activa u omisiva) si esta, en el momento de ejecutarse esa conducta, constituye una infracción penal (delito) descrita como tal por: <ul style="list-style-type: none"> <li>a. una ley orgánica en vigor.</li> </ul>	1. Una persona solo podrá ser condenada por la ejecución de una conducta (activa u omisiva) si esta, en el momento de ejecutarse esa conducta, constituye una infracción penal (delito) descrita como tal por: <ul style="list-style-type: none"> <li>a. una ley orgánica en vigor;</li> <li>b. el Derecho internacional en vigor; o</li> <li>c. los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.</li> </ul>

guerra por los cuales, como comandante, podía ser detenido individualmente y penalmente responsable (STEDH 36376/04, caso *Kononov c. Letonia*, §238).

1246 STEDH 42931/10, caso *Camilleri c. Malta*, §§ 41-43.

<p>2. La pena máxima que puede aplicarse en una sentencia condenatoria es aquella prevista para el delito por el que se condena por:</p> <p>a. una ley orgánica en vigor al momento de ejecutarse la conducta prevista como delito.</p>	<p>2. La pena máxima que puede aplicarse en una sentencia condenatoria es aquella prevista para el delito por el que se condena por:</p> <p>a. una ley orgánica en vigor al momento de ejecutarse la conducta prevista como delito;</p>
<p>3. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley, el Derecho internacional o los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas disponen la imposición de una pena más leve para ese delito, el procesado o condenado se beneficiará de ello, debiendo imponérsele esa menor pena.</p>	<p>b. el Derecho internacional en vigor al momento de ejecutarse la conducta prevista como delito; o</p> <p>c. los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas al momento de ejecutarse la conducta considerada como delito.</p> <p>3. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley, el Derecho internacional o los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas disponen la imposición de una pena más leve para ese delito, el procesado o condenado se beneficiará de ello, debiendo imponérsele esa menor pena.</p>

### 35.1.3. El concepto de Derecho (*iure*) en el CEDH

El axioma supranacional *nullum crimen nulla poena sine iure* (o *law*, en la formulación en inglés) requiere, para su adecuada comprensión, la definición de este último término. Al respecto, el TEDH ha declarado que el estándar del CEDH se satisface cuando lo que describe el delito y determina la pena es una «norma jurídica» que, para ser tal, debe reunir atributos cualitativos de accesibilidad y predictibilidad, independiente de su configuración formal. Por tanto, son admisibles, no solo las normas escritas (*statutory law*), sino también las no escritas (*unwritten law*, como el *case-law*, la costumbre o los principios del *common law*), independiente de la posición jerárquica que ellas tengan dentro del Ordenamiento jurídico; y los criterios emanados de las decisiones de los tribunales (*case-law*), según pasa a analizarse.

#### 35.1.3.1. Tenor literal: la diferenciación entre <Ley> y <Law>

Aunque el artículo 7º CEDH lleva por epígrafe «No hay delito sin ley», su texto no utiliza la expresión *ley* para definir el contenido de la legalidad penal. En su versión oficial en español, este dispone que la responsabilidad penal por la que se condena debe surgir de una conducta (activa u omisiva) que «constituya una infracción según el *Derecho nacional o internacional*». De esta forma, el CEDH reemplaza la expresión *ley*, a la que recurren los Ordenamientos nacionales continentales, por la referencia al *Derecho nacional o internacional*<sup>1247</sup>.

<sup>1247</sup> La versión oficial en inglés del mismo instrumento utiliza la expresión «national or international law». En el texto oficial en francés se usa la expresión «droit national ou international»; en alemán, «innerstaatlichem oder internationalem Recht»; y en italiano, «diritto interno o internazionale». Los textos oficiales se encuentran publicados por el TEDH en su página web oficial, disponibles en [<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/convention>]

Como se analizó previamente, existe una diferencia entre <ley> y <law><sup>1248 - 1249</sup>. Sobre la base de la diferencia terminológica y el desarrollo jurisprudencial del TEDH, las disposiciones de los tratados internacionales que se refieren al Derecho nacional o internacional, deben ser leídas con el siguiente tenor: «Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según una norma jurídica (o de Derecho) prevista en el Derecho nacional o internacional que permita conocer anticipadamente (predictibilidad) que: (a) esa conducta constituye un delito y (b) la pena asignada a él (previsibilidad)», según se pasa a analizar.

### 35.1.3.2. Concepto unitario de law/Derecho en el CEDH

El TEDH adhiere a una concepción unitaria del término «*law*» dentro del texto del CEDH. De hecho, la doctrina de que «*law*» o «Derecho» en el texto de la CEDH se refiere tanto al Derecho escrito como también al no escrito (*unwritten law*) fue desarrollada por el TEDH a propósito de las cláusulas particulares de restricción de derechos que contiene la Convención, como la prevista en su artículo 10 respecto de la libertad de expresión. Fue en el caso *The Sunday Times c. Reino Unido*, en el que el Tribunal europeo declaró que

...la palabra «*law*» en la expresión «*prescribed by law*»<sup>[1250]</sup> comprende no solo derecho escrito, sino también no escrito. [...] Sería claramente contrario a la intención de los redactores de la Convención sostener que una restricción impuesta en virtud del derecho consuetudinario no está «prescrita por la ley» por el único motivo de que no se enuncia en la legislación: esto privaría a un Estado del *common law* que es Parte de la Convención de la protección del Artículo 10 (2) y atacar las raíces del sistema legal de ese Estado<sup>1251</sup>.

Esta construcción fue posteriormente profundizada en el caso *Kurslin c. Francia*, cuando el TEDH declaró que

...sería un error exagerar la distinción entre países del *common law* y países continentales [...]. El derecho escrito [*statute law*] es, por supuesto, también de importancia en los países del *common law*. Por el contrario, la jurisprudencia ha desempeñado tradicionalmente un papel importante en los

---

1248 Ver *Supra*, §4.2.1.

1249 Esta diferencia de significado se torna especialmente importante en la interpretación literal de la CDN. El texto oficial en español del artículo 40.2.(a) CDN dispone que «no se alegue que ningún niño ha infringido las *leyes penales*, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas *leyes*, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las *leyes* nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron». En cambio, en su versión oficial en inglés, dispone «No child shall be alleged as, be accused of, or recognized as having infringed the *penal law* by reason of acts or omissions that were not prohibited by national or international *law* at the time they were committed».

1250 «previstas por la ley» en la versión oficial en español del CEDH.

1251 STEDH 6538/74, caso *The Sunday Times c. Reino Unido*, § 47.

países continentales, hasta tal punto que ramas enteras del derecho positivo son, en gran medida, el resultado de las decisiones de los tribunales [...]. Si se pasara por alto la jurisprudencia, la Corte socavaría el sistema legal de los Estados continentales casi tanto como la sentencia de *The Sunday Times* de 26 de abril de 1979 habría <golpeado las raíces> del sistema legal del Reino Unido si se hubiera excluido el *common law* del concepto de <derecho><sup>1252</sup>.

Luego, para interpretar el sentido del artículo 7º CEDH, el TEDH se remite al señalado desarrollo. Así lo ha hecho, por ejemplo, al declarar que «[c]uando se habla de <Derecho/*law*>, el Artículo 7 alude a lo mismo a que se refiere el Convenio en otras partes cuando se utiliza ese término, un concepto que comprende tanto el derecho estatutario como la jurisprudencia»<sup>1253</sup>.

### 35.1.3.3. Interpretación judicial y creación del Derecho Penal

Sobre el rol de la judicatura en la conformación del Derecho Penal, la doctrina del TEDH también ha debido compaginar las dos tradiciones culturales existentes en el ámbito europeo. Sobre esta base, el TEDH ha reconocido que la interpretación por los tribunales, y aun la creación judicial, forma parte de la tradición anglosajona, cuando ha declarado que «en el Reino Unido, como en otros Estados [parte de la Convención] el desarrollo progresivo del derecho penal a través de su creación judicial es una parte de la tradición legal bien asentada y necesaria»<sup>1254</sup>.

El TEDH ha relevado la necesidad de la función jurisdiccional en la interpretación del Derecho Penal en atención a los déficits que presenta el lenguaje en la construcción

---

1252 STEDH 11801/85, *caso Kruslin c. Francia*, § 29.

1253 SsTEDH 25067/94 y 25068/94, *caso Erdoğan e İnce c. Turquía*, § 59; 23536/94 y 24408/94, *caso Başkaya y Okçuoğlu c. Turquía*, § 36; 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 y 33210/96, *caso Coëme y Otros c. Bélgica*, § 145; 37201/97, *caso K.-H.W. c. Alemania*, § 45; 34044/96, 35532/97 y 44801/98, *caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, § 50; 67335/01, *caso Achour c. Alemania*, § 42; 11843/03, 11847/03 y 11849/03, *caso Custers, Deveaux y Turk c. Dinamarca*, § 77; 74613/01, *caso Jorgic c. Alemania*, § 100; 21906/04, *caso Kafkaris c. Chipre*, § 139; 74357/01, 26764/02 y 27434/02, *caso Kuolelis, Bartoševičius y Burokevičius c. Lituania*, § 115; 9174/02, *caso Korbely c. Hungría*, § 70; 62936/00, *caso Moiseyev c. Rusia*, § 233; 16084/90, *caso Protopapa c. Turquía*, § 94; 19359/04, *caso M. c. Alemania*, § 119; 20134/05, *caso Alimuçaj c. Albania*, § 150; 54468/09, *caso Huhtamäki c. Finlandia*, § 43; 61827/09, *caso K c. Alemania*, § 78; 65210/09, *caso G. c. Alemania*, § 69; 42931/10, *caso Camilleri c. Malta*, § 35; 23341/06, *caso Martirosyan c. Armenia*, § 56; 26261/05 y 26377/06, *caso Kasymakhunov y Saybatalov c. Rusia*, § 77; 20372/11, *caso Vyerentsov c. Ucrania*, § 63; 11082/06 y 13772/05, *caso Khodorkovskiy y Lebedev*, § 779; 42750/09, *caso Del Río Prada c. España (GC)*, § 91; 17475/09, *caso Varvara c. Italia*, § 55; 45554/08, *caso Ashlarba c. Georgia*, § 33; 59552/08, *caso Rohlena c. República Checa*, § 50; 35343/05, *caso Vasiliauskas c. Lituania*, § 154; 37462/09, *caso Žaja c. Croacia*, § 90; 67503/13, *caso Koprivnikar c. Eslovenia*, § 48; 22429/07 y 25195/07, *caso Parmak y Bakir c. Turquía*, § 58; 51111/07 y 42747/07, *caso Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia (Nº 2)*, § 568; 45776/16, *caso Jodic c. Rumania*, § 79; y 44612/13 y 45831/13, *caso Georgouleas y Nestoras c. Grecia*, § 55.

1254 STEDH 20166/92, *caso S.W. c. Reino Unido*, § 36; STEDH 36376/04, *caso Kononov c. Letonia*, § 185.

de los tipos penales<sup>1255</sup>. Ha sostenido que «[l]a necesidad de evitar una rigidez excesiva y mantener el ritmo de las circunstancias cambiantes significa que muchas leyes están inevitablemente redactadas en términos que, en mayor o menor medida, son vagos»<sup>1256</sup>; y que, aunque una ley esté claramente redactada, «en cualquier sistema legal, incluido el derecho penal, existe un elemento inevitable de la interpretación judicial»<sup>1257</sup>. En síntesis, que «[e]l Artículo 7 de la Convención no puede ser leído como la proscripción de la clarificación gradual de las normas de responsabilidad penal a través de la interpretación judicial caso a caso»<sup>1258</sup>.

Otro de los límites impuestos por el TEDH a la función judicial en la aplicación del Derecho Penal consiste en la prohibición de una interpretación extensiva de la norma que permita incluir dentro de su ámbito conductas que no calzan con ella, así como también prevé «el principio de que el derecho penal no debe interpretarse ampliamente en detrimento del acusado, por ejemplo, por analogía»<sup>1259</sup>.

En todo caso, para que dicha creación judicial sea admisible en el marco de la legalidad penal, se requiere que tal desarrollo sea «consistente con la esencia del delito y [sus consecuencias] puedan ser razonablemente predictibles»<sup>1260</sup>.

---

1255 En este sentido, STEDH 14307/88, *caso Kokkinakis c. Grecia*, § 34.

1256 STEDH 14307/88, *caso Kokkinakis c. Grecia*, § 40.

1257 STEDH 20166/92, § 36. En el mismo tenor, SsTEDH 20190/92, § 34; 23536/94 y 24408/94, *caso Başkaya y Okşuoğlu c. Turquía*, §39; 37201/97, *caso K.-H.W. c. Alemania*, § 45; 34044/96, 35532/97 y 44801/98, *caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, § 82; 74613/01, § 101; 21906/04, *caso Kafkaris c. Chipre*, § 141; 74357/0126764/02 y 27434/02, *caso Kuolelis, Bartoševičius y Burokevičius c. Lituania*, § 115; 36376/04, § 114; 9174/02, *caso Korbely c. Hungría*, § 71; 62936/00, *caso Moiseyev c. Rusia*, § 234; 54468/09, *caso Huh-tamäki c. Finlandia*, § 45; 42750/09 (GC), § 47; 42931/10, *caso Camilleri c. Malta*, § 36; 23341/06, *caso Martirosyan c. Armenia*, § 57; 2312/08 y 34179/08, *caso Maktouf y Damjanović*, § 66; 11082/06 y 13772/05, *caso Khodorkovskiy y Lebedev*, § 780; 42750/09 (GC), § 92; 17475/09, *caso Varvara c. Italia*, § 55; 45554/08, *caso Ashlarba c. Georgia* § 34; 59552/08, *caso Rohlena c. República Checa*, § 50; 35343/05, *caso Vasiliauskas c. Lituania*, § 155; 37462/09, *caso Žaja c. Croacia*, § 90; 101/15, *caso Navalnyye c. Rusia*, § 55; 66847/12, *caso Haarde c. Islandia*, § 127; 43328/14, *caso Seychell c. Malta*, § 43; 68273/14 y 68271/14, *caso Gestur Jónsson y Ragnar Halldór Hall c. Islandia*, § 89; y 22429/07 y 25195/07, *caso Parmak y Bakir c. Turquía*, § 59.

1258 STEDH 20166/92, § 36; y STEDH 20192/92, *caso C.R. c. Reino Unido*, § 34. En el mismo sentido, posteriormente, SsTEDH 37201/97, § 45; 34044/96, 35532/97 y 44801/98, § 50; 74613/01, § 101; 21906/04, *caso Kafkaris c. Chipre*, § 141; 74357/01, 26764/02 y 27434/02, § 115; 36376/04, § 114; 9174/02, § 71; 62936/00, § 234; 12157/05, *caso Liivik c. Estonia*, § 94; 10249/03, *caso Scoppola c. Italia*, § 101; 36376/04, § 185; STEDH 20134/05, *caso Alimuçaj c. Albania*, § 151; STEDH 54468/09, § 51; 42931/10, § 37, 23341/06, § 57; 26261/05 y 26377/06, *caso Kasymakhunov y Saybatalov c. Rusia*, § 78; 59552/08, § 29; 2312/08 y 34179/08, § 66; 11082/06 y 13772/05, § 780; STEDH 42750/09 (GC), § 93; 17475/09, § 55; 15065/07, *caso Aras con Turquía*, § 54; 59552/08, § 50; 35343/05, § 155; 38395/12, *caso Dallas c. Reino Unido*, § 70; 37462/09, § 90; 101/15, § 55; 66847/12, § 127; 43328/14, § 44; 68273/14 y 68271/14; § 89; 48812/09, *caso Kopytok c. Rusia*, § 34; y 22429/07 y 25195/07, § 59.

1259 STEDH 20372/11, *caso Vyerentsov c. Ucrania*, § 62.

1260 Criterio fijado en SsTEDH 20166/92, *caso S.W. c. Reino Unido*, § 36 y 20190/92, *caso C.R. c. Reino Unido*, § 34. Posteriormente reiterado en SsTEDH 37201/97, *caso K.-H.W. c. Alemania*, § 45; 34044/96, 35532/97 y 44801/98, *caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, § 50; 53984/00, *caso Radio France y Otros c. Francia*, § 20; 74613/01, *caso Jorgic c. Alemania*, § 101; 21906/04, *caso Kafkaris c. Chipre*, § 141; 74357/01, 26764/02 y 27434/02, *caso Kuolelis, Bartoševičius y Burokevičius*, § 115; 36376/04, *caso Kononov c. Letonia*, § 114(c); 9174/02, *caso Korbely c. Hungría*, § 71; 62936/00, *caso Moiseyev c. Rusia*, §§ 234 y 240; 12157/05, *caso*

### 35.1.3.4. Accesibilidad y predictibilidad

Esos dos criterios son, a juicio del TEDH, los que definen la esencia de la legalidad penal como garantía. Los conceptos de accesibilidad y predictibilidad<sup>1261</sup> fueron fijados, como se ha analizado, a partir del caso *The Sunday Times c. Reino Unido*<sup>1262</sup>. Esta sentencia no se trató de eventuales infracciones al artículo 7º CEDH; se dictó a propósito de la interpretación de las cláusulas de restricción de derechos con relación a la libertad de prensa. La argumentación del Tribunal se enfocó en determinar los supuestos dentro de los que podía considerarse verificada la premisa normativa «previstas por la ley»<sup>1263</sup> contenida en los artículos 9.2, 10.2 y 11.2 CEDH.

*Law/ley*, es decir, *iure*, es, en la doctrina del TEDH, una norma jurídica que sea tanto *accesible* como *predictible*. La condición de accesibilidad consiste en que esa norma debe permitir que «...el ciudadano debe ser capaz de tener una indicación de lo que es adecuado en las circunstancias de la norma jurídica aplicable al caso dado»<sup>1264</sup>. Por su parte, la predictibilidad como condición para considerar a una norma como compatible con el CEDH consiste en que ella debe ser «...formulada con suficiente precisión para permitir al ciudadano regular su conducta: él debe ser capaz –si es necesario con adecuado asesoramiento– de prever, con un grado que sea razonable de acuerdo con las circunstancias, las consecuencias que pueda traerle una acción dada»<sup>1265</sup>.

La predictibilidad requerida para satisfacer el estándar del CEDH es, de todos modos, relativo: no requiere una absoluta certeza y, a juicio del Tribunal, deben compatibilizarse tanto la necesidad de predictibilidad con la de construcción de la norma con una cuota de flexibilidad que permita adecuarla a las circunstancias cambiantes. De esta forma, a juicio del TEDH, «...muchas leyes están inevitablemente redactadas en términos que, en mayor o menor medida, son vagas y cuya interpretación y aplicación son

---

*Liivik c. Estonia*, § 94; 10249/03(nº2), caso *Scoppola c. Italia*, § 101; STEDH 20134/05, caso *Alimuçaj c. Albania* § 151; STEDH 54468/09, caso *Huhtamäki c. Finlandia*, § 51; STEDH 42931/10, caso *Camilleri c. Malta*, § 37; STEDH 23341/06, caso *Martirosyan c. Armenia*, § 57; STEDH 26261/05 y 26377/06, caso *Kasymakhunov y Saybatalov c. Rusia*, § 78; STEDH 2312/08 y 34179/08, caso *Maktouf y Damjanović c. Bosnia Herzegovina*, § 66; STEDH 11082/06 y 13772/05, caso *Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia*, § 468; STEDH 42750/09 (GC), caso *Del Río Prada c. España*, § 93; STEDH 17475/09, caso *Varvara c. Italia*, § 55; STEDH 59552/08, caso *Roblena c. República Checa*, § 50; STEDH 38395/12, caso *Dallas c. Reino Unido*, § 70; STEDH 37462/09, caso *Žaja c. Croacia*, §90; STEDH 43328/14, caso *Seychell c. Malta*, § 44; STEDH 68273/14 y 68271/14, caso *Gestur Jónsson y Ragnar Halldór Hall c. Islandia*, § 89; STEDH 24705/16 y 24818/16, caso *Berardi y Mularoni c. San Marino*, § 44; y STEDH 22429/07 y 25195/07, caso *Parmak y Bakir c. Turquía*, § 59.

1261 En el texto oficial de sus sentencias, el TEDH utiliza las expresiones *accessibility* y *foreseeability*, en inglés, respectivamente; y *accessibilité* y *prévisibilité*, en francés, también respectivamente.

1262 STEDH 6538/74, caso *The Sunday Times c. Reino Unido*.

1263 La formulación de la premisa corresponde a la traducción oficial al español del CEDH. En su versión inglesa, se usa la expresión «*prescribed by law*». Es válida, por tanto, la aprehensión sobre la traducción de la palabra <*law*>: según la interpretación del TEDH *law* no es sinónimo de *ley* en sentido formal, sino que de *norma jurídica* o de *Derecho*.

1264 STEDH 6538/74, caso *The Sunday Times c. Reino Unido*, § 49.

1265 SsTEDH 6538/74, caso *The Sunday Times c. Reino Unido*, § 49; 35343/05, caso *Vasiliauskas c. Lituania*, § 157.

cuestiones de la práctica»<sup>1266</sup>. El grado de predictibilidad que una norma debe reunir para adecuarse al estándar de legalidad de acuerdo con el CEDH «...depende en gran medida del contenido del texto en cuestión, del campo que está diseñado a cubrir y del número y calidades de aquellos a los que [norma] se dirige»<sup>1267</sup>. Los criterios de accesibilidad y predictibilidad tienen en la jurisprudencia del TEDH un carácter dinámico.

El desarrollo jurisprudencial que el TEDH ha efectuado de los criterios de accesibilidad y predictibilidad ha sido criticado por la doctrina. MURPHY denuncia inconsistencias en el lenguaje usado por el Tribunal para la definición de ambos criterios, lo que produce como consecuencia la dificultad de determinar el contenido de ambos. A pesar de esta dificultad, el autor estima que la accesibilidad significa que la ley debe ser lo suficientemente clara como para que los individuos puedan decidir sus actuaciones de conformidad con los mandatos jurídicos; mientras que la predictibilidad protege frente a cambios imprevisibles en el desarrollo jurisprudencial de la norma jurídica<sup>1268</sup>. VALENTINI, por su parte también en sentido crítico, sostiene que el TEDH suele «incluir en la «base ontológica» de la evaluación de la previsibilidad, junto con los ingredientes jurídico-normativos, elementos vagos y volátiles inferidos del contexto cultural y sociopolítico (por ejemplo, iniciativas y debates parlamentarios, progreso cultural, evolución de la conciencia social, etc.)»<sup>1269</sup>, parámetros que permiten que «todo llegue a ser predecible»<sup>1270</sup>.

Si el elemento *iure* del axioma *nullum crimen nulla poena sine iure* se construye sobre la base de la accesibilidad y la predictibilidad, entonces, el problema del conocimiento del sentido ilícito de la conducta, es decir, del error de prohibición, cobra especial relevancia<sup>1271</sup>. Tales requisitos implican negar validez al principio *ignorantia juris non excusat* porque, verificado el desconocimiento por parte del sujeto activo del sentido ilícito de su conducta, significa que la norma prohibitiva no ha sido para él accesible o predecible y, por tanto, imponer responsabilidad fundado en tal norma sería contrario al contenido del artículo 7.1 CEDH. Este es el sentido de la decisión del TEDH cuando declaró, por ejemplo, que un oficial de policía no podía recurrir a la defensa de falta de predictibilidad de la persecución penal por hechos que, aunque no constitutivos de delito según el Derecho interno, sí lo eran según el Derecho Penal internacional

---

1266 STEDH 6538/74, caso *The Sunday Times c. Reino Unido*, § 49.

1267 SsTEDH 10890/84, caso *Gropper Radio AG y Otros c. Suiza*, § 68; y 17862/91, caso *Cantoni c. Francia*, § 35. Por eso, se consideró, por ejemplo, que el demandante que era miembro del comité ejecutivo y director general de un banco indudablemente tuvo acceso a un adecuado asesoramiento legal en la ejecución de sus labores, y debió haber previsto que corría el riesgo de ser penalmente perseguido por otorgar fraudulentamente préstamos a empresas que pertenecían al principal accionista del banco (STEDH 15065/07, caso *Aras c. Turquía*, § 57).

1268 MURPHY (2010, p. 199). Una opinión diferente en AYALA GONZÁLEZ (2017, p. 30), para quien la accesibilidad se refiere a la debida publicación de la norma de acuerdo con los procedimientos definidos en la legislación interna.

1269 VALENTINI (2011, p. 195).

1270 VALENTINI (2011, p. 195).

1271 SCHABAS (2015, p. 341).

...teniendo en mente la naturaleza flagrantemente antijurídica de sus actos, que incluyeron asesinatos y tortura de personas bosnias en el contexto de un ataque generalizado y sistemático contra población civil bosnia de la Municipalidad de Višegrad, incluso la reflexión más superficial del demandante habría indicado que corría el riesgo de constituir un crimen de lesa humanidad por el cual podría ser considerado penalmente responsable<sup>1272</sup>.

Por otro lado, la ausencia de una norma jurídica que actúe como «base legal suficientemente clara»<sup>1273</sup> impide el establecimiento de responsabilidad penal; y su establecimiento, por esta circunstancia, es considerado contrario al artículo 7º CEDH. Ello, en atención a que la legalidad penal implica que «solo la norma jurídica [*law*] puede definir un delito y prescribir la pena»<sup>1274</sup> y que los delitos y las penas deben ser claramente definidos por la norma jurídicopenal, obligación que es consecuencia de la prohibición de extender el ámbito de los delitos a actos que no eran previamente considerados como tales y de construir el Derecho Penal extensivamente en detrimento del acusado<sup>1275</sup>.

1272 Decisión TEDH 51552/10, *caso Simsic c. Bosnia y Herzegovina*, § 24.

1273 STEDH 36376/04, *caso Kononov c. Letonia*, § 196.

1274 La regla se enunció en STEDH 14307/88, *caso Kokkinakis c. Grecia*, § 52. Posteriormente reiterada en: SsTEDH 15312/89, *caso G. c. Francia*; 20190/92, *caso C.R. c. Reino Unido*; 20166/92, *caso S.W. c. Reino Unido*; 17862/91, *caso Cantoni c. Francia*; 23372/94, *caso Larissis y Otros c. Grecia*; 23536/94 y 24408/94, *caso Başkaya y Okçuoğlu c. Turquía*; 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 y 33210/96, *caso Coëme y Otros c. Bélgica*; 29295/95 y 29363/95, *caso Ecer y Zeyrek c. Turquía*; 37201/97, *caso K.-H.W. c. Alemania*; 34044/96, 35532/97, 44801/98, *caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*; 45771/99, *caso Veeber c. Estonia (nº 2)*; 55103/00, *caso Pubk c. Estonia*; 8803-8811/02, 8813/02 y 8815-8819/02, *caso Doğan y Otros c. Turquía*; 67335/01, *caso Achour c. Francia*; 11843/03, 11847/03 y 11849/03, *caso Custers, Deveaux y Turk c. Dinamarca*; 74613/01, *caso Jorgic c. Alemania*; 21906/04, *caso Kafkaris c. Chipre*; 74357/01, 26764/02 y 27434/02, *caso Kuolelis, Bartoševičius y Burokevičius c. Lituania*; 9174/02, *caso Korbely c. Hungría*; 62936/00, *caso Moiseyev c. Rusia*; 16084/90, *caso Protopapa c. Turquía*; 12157/05, *caso Liivik c. Estonia*; 25336/04, *caso Grori c. Albania*; 10249/03, *caso Scoppola c. Italia (nº 2)*; 19359/04, *caso M. c. Alemania*; 36376/04, *caso Kononov c. Letonia*; 17792/07, *caso Kallweit c. Alemania*; 20008/07, *caso Mautes c. Alemania*; 27360/04 y 42225/07, *caso Schummer c. Alemania (nº 1)*; 30060/04, *caso Jendrowiak c. Alemania*; 4646/08, *caso O.H. c. Alemania*; 20134/05, *caso Alimuçaj c. Albania*; 54468/09, *caso Huhtamäki c. Finlandia*; 4837/06, *caso Segame SA c. Francia*; 38450/12, *caso E.S. c. Suecia*; 12323/11, *caso Michaud c. Francia*; 3111/10, *caso Ahmet Yildirim c. Turquía*; 42931/10, *caso Camilleri c. Malta*; 23341/06, *caso Martirosyan c. Armenia*; 26261/05 y 26377/06, *caso Kasymakhunov y Saybatalov c. Rusia*; 20372/11, *caso Vyerentsov c. Ucrania*; 2312/08 y 34179/08, *caso Maktoufy y Damjanović c. Bosnia y Herzegovina*; 42750/09 (GC), *caso Del Río Prada c. España*; 17475/09, *caso Varvara c. Italia*; 24069/03, 197/04, 6201/06 y 10464/07, *caso Öcalan c. Turquía (nº 2)*; 45554/08, *caso Ashlarba c. Georgia*; 15065/07, *caso Aras c. Turquía (nº 2)*; 59552/08, *caso Rohlena c. República Checa*; 35343/05, *caso Vasiliauskas c. Lituania*; 8927/11, *caso Ruban c. Ucrania*; 37462/09, *caso Žaja c. Croacia*; 67503/13, *caso Koprivnikar c. Eslovenia*; 101/15, *caso Navalnyye c. Rusia*; 66847/12, *caso Haarde c. Islandia*; 43977/13, *caso Kadusic c. Suiza*; 1828/06, 34163/07 y 19029/11, *caso G.I.E.M. S.R.L. y Otros c. Italia*; 43328/14, *caso Seychell c. Malta*; 68273/14 y 68271/14, *caso Gestur Jónsson y Ragnar Halldór Hall c. Islandia*; 24705/16 y 24818/16, *caso Berardi y Mularoni c. San Marino*; 28859/16, *caso Drelingas c. Lituania*; 12096/14 y 39335/16, *caso Rola c. Eslovenia*; y 22429/07 y 25195/07, *caso Parmak y Bakir c. Turquía*.

1275 Este argumento fue declarado por primera vez en STEDH 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 y 33210/96, *caso Coëme y Otros c. Bélgica*, § 145. Posteriormente ha sido reiterado en SsTEDH 67335/01, *caso Achour c. Francia*; 11843/03, 11847/03 y 11849/03, *caso Custers, Deveaux y Turk c. Dinamarca*; 36376/04, *caso Kononov c. Letonia*; 16084/90, *caso Protopapa c. Turquía*; 10249/03, *caso Scoppola c. Italia (nº 2)*; 20134/05, *caso Alimuçaj c. Albania*; 42931/10, *caso Camilleri c. Malta*; 26261/05 y 26377/06, *caso*

La trascendencia que el TEDH otorga a la accesibilidad y a la predictibilidad como elementos configuradores del estándar de legalidad penal en el CEDH, está determinada por la construcción de ella en el *common law*<sup>1276</sup>.

Este criterio fue el decisivo cuando el TEDH resolvió los casos *S.W. c. Reino Unido*<sup>1277</sup> y *C.R. c. Reino Unido*<sup>1278</sup>. En estos *leading cases*, el TEDH debió pronunciarse sobre la conformidad con el artículo 7º CEDH de la decisión de los tribunales británicos de condenar a dos hombres por haber mantenido interacciones sexuales con sus cónyuges bajo supuestos de fuerza o intimidación. La conducta descrita era punible, en los términos en los que el delito de violación estaba descrito en el Ordenamiento inglés al momento de ejecutarse las conductas<sup>1279</sup>. El problema jurídico se produjo por la decisión de los tribunales británicos de no aplicar en esos casos la excepción marital que, hasta antes de esos juzgamientos, había sido reconocida y aplicada por tales tribunales. El interrogante jurídico fue si tal decisión produjo o no una aplicación retroactiva de una norma creada judicialmente al decidirse esos casos (no aplicar la excepción marital).

El TEDH declaró que la decisión adoptada por los tribunales británicos de condenar, no aplicando la excepción marital, «no fue más que continuar una línea perceptible de desarrollo jurisprudencial que desmantela la inmunidad de un marido frente a la persecución por violación a su cónyuge»<sup>1280</sup>. Asimismo, que tal decisión es el «abandono de una idea inaceptable de que el marido sea inmune a la persecución por violación de

---

*Kasymakhunov y Saybatalov c. Rusia*; 11082/06 y 13772/05, *caso Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia*; 42750/09 (GC), *caso Del Río Prada c. España*; 24069/03, 197/04, 6201/06 y 10464/07, *caso Öcalan c. Turquía* (nº 2); 45554/08, *caso Ashlarba c. Georgia*; 59552/08, *caso Rohlena c. República Checa*; 67503/13, *caso Koprivnikar c. Eslovenia*; 1828/06, 34163/07 y 19029/11, *caso G.I.E.M. S.R.L. y Otros c. Italia*; 43328/14, *caso Seychell c. Malta*; 24705/16 y 24818/16, *caso Berardi y Mularoni c. San Marino*; y 22429/07 y 25195/07, *caso Parmak y Bakir c. Turquía*.

1276 BIKUNDO (2014, p. 102).

1277 STEDH 20166/92, *caso S.W. c. Reino Unido*.

1278 STEDH 20190/92, *caso C.R. c. Reino Unido*. En este caso y en el anterior, los hechos son similares: tratan del juzgamiento de una interacción sexual bajo supuestos de violencia del marido hacia su cónyuge. En los dos, los acusados opusieron como defensa una genérica exclusión de responsabilidad penal de inmunidad matrimonial (*marital exception*) para el delito de violación en el matrimonio que, al igual que la descripción del homicidio, había sido <codificada> por la doctrina. HALE (1736, p. 629) escribió que: «Pero el marido no puede ser culpable de violación cometida por él mismo en contra de su cónyuge legal, en atención a que por el mutuo consentimiento y contrato matrimonial la mujer se ha entregado a su marido, del que ella no puede retractarse», obra que se consideró como la fuente de la excepción marital.

En todas las instancias ante tribunales británicos, la defensa alegada por los acusados fue rechazada y, en consecuencia, se dictó para ambos sentencia condenatoria. Estos alegaron que, en sus casos, se había efectuado una aplicación retroactiva del criterio jurisprudencial sobre la no procedencia de la *marital exception*. Ello, en atención a que la norma (no aplicación de la *marital exception*) fue creada por los tribunales después que los hechos ocurrieron y, por ende, estaba siendo aplicada a hechos anteriores.

1279 La secc. 1 de la *Sexual Offences Act* de 1956 disponía que «Es delito para un hombre violar a una mujer». La secc. 1 de la *Sexual Offences Act* de 1976, dispuso que «(1) Para los fines de la sección 1 de la *Sexual Offences Act* de 1956 (que se relaciona con la violación), un hombre comete violación si— (a) tiene una interacción sexual ilegal con una mujer que al tiempo de la interacción no ha consentido; y (b) en ese momento él sabe que ella no ha consentido en la interacción o él es negligente en cuanto a si ella lo consiente».

1280 SsTEDH 20166/92, *caso S.W. c. Reino Unido*, § 43; y 20190/92, *caso C.R. c. Reino Unido*, §42.

su cónyuge de conformidad no solo con un concepto civilizado de matrimonio, sino, sobre todo, con los objetivos fundamentales de la Convención, su propia esencia que es el respeto de la dignidad y la libertad humana»<sup>1281</sup>.

Planteado de esta forma el argumento por el TEDH no aparece del todo convincente. En efecto, supuesta que la *marital exception* pertenecía al *common law* (como de hecho sí lo era), es claro que esa causal de atipicidad o de justificación era políticamente inadmisiblemente; y ahí tiene razón el TEDH cuando sostuvo que la *marital exception* era esencialmente contraria a la dignidad, al eximir de responsabilidad penal por el delito de violación del marido a su cónyuge. Sin embargo, la cuestión de fondo podría plantearse desde la perspectiva de a quién le correspondía corregir la anomalía que representaba la *marital exception*. ¿Correspondía a los jueces o al legislador? Desde la tradición continental la respuesta parece sencilla: siendo la *marital exception* una causal de exclusión de la pena prevista en el Ordenamiento jurídico, su derogación corresponde al legislador. Pero desde la tradición anglosajona la respuesta, junto con la del legislador, también puede ser la de la creación (o desarrollo) judicial de Derecho. En este punto, el TEDH recurre a un argumento material de justificación de su decisión, validando la estructura del sistema jurídico británico que atribuye a los jueces potestad punitiva creadora de normas que fundamentan la pena.

Pero había un problema jurídico adicional: el de la prohibición de retroactividad. Asumiendo que en el Ordenamiento jurídico británico los jueces están habilitados para crear normas que fundamentan la pena, el problema es definir el momento desde el que se aplican esas normas. Desde el punto de vista de las reglas sobre sucesión normativa, es evidente que aplicar una regla jurídica creada después de cometido el hecho está prohibido si esa regla permite imponer una pena. Y eso es lo que ocurrió en los dos casos conocidos por el TEDH: los tribunales británicos, al momento del juzgamiento, decidieron crear la regla «no se aplica la excepción marital en el delito de violación» y la aplicaron a hechos que habían ocurrido con anterioridad.

El TEDH declaró que los tribunales británicos no habían infringido la prohibición de retroactividad del artículo 7.1 CEDH. Para fundar su decisión, la magistratura europea recurrió a dos criterios legitimadores de la potestad punitiva (en este caso ejercida por los jueces) y que se encuentran en el centro de la legalidad penal desarrollada por el TEDH: la *accesibilidad* y la *predictibilidad*.

#### **35.1.4. Irretroactividad en el DIDH: la cláusula Núremberg**

Además de la modificación de la regla de atribución competencial, el DIDH presenta una novedad adicional en la consagración de la legalidad penal con relación al Derecho interno español. Ella consiste en que, mientras en el Derecho interno, la prohibición de retroactividad tiene un carácter absoluto, en el DIDH esa prohibición podría aparecer como relativa, introduciéndose la posibilidad de excepciones.

En materia de eficacia en el tiempo de la norma penal, en el DIDH la regla general

---

1281 SsTEDH 20166/92, caso *S.W. c. Reino Unido*, § 44; y 20190/92, caso *C.R. c. Reino Unido*, § 41.

es la misma que en los sistemas nacionales: la pena penal solo puede imponerse si, al momento de ejecutarse la conducta, ella estaba descrita como delito y se encontraba determinada la pena a aplicarse. *A contrario sensu*, la norma penal que fundamenta la pena<sup>1282</sup> no puede aplicarse a hechos ocurridos con anterioridad. Esta regla está prevista en forma expresa en los artículos 7.1 CEDH, 15.1 PIDCP y 49.1 CDFUE.

Sin embargo, los mismos textos antes indicados incluyen, adicionalmente, una segunda disposición que ha generado dudas y críticas. De acuerdo con los artículos 7.2 CEDH, 15.2 PIDCP y 49.2 CDFUE, no se impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

Estas reglas, cuyo contenido es prácticamente idéntico entre los distintos instrumentos, se conocen en general como *cláusula Núremberg*<sup>1283</sup>, ya que el objetivo de su incorporación fue impedir alegaciones de nulidad de los juzgamientos de crímenes cometidos por agentes de Alemania y de Japón durante el desarrollo de la Segunda Guerra Mundial, después de la entrada en vigor del PIDCP y del CEDH, fundadas en una eventual infracción a la prohibición de efecto retroactivo.

En términos generales, la cláusula Núremberg permite fundar una sentencia condenatoria en la definición como delictiva de una conducta según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones, aunque no exista una ley interna o un tratado internacional en ese sentido. AMBOS sostiene que la referencia del artículo 7.2 CEDH a los principios de derecho «...no se tiene que entender en el sentido del art. 38 (1)(c), ECIJ, sino en el de las reglas de derecho consuetudinario internacional desarrolladas sobre la base del derecho de Núremberg, por lo cual la regla aplicada debe tener «sin duda» el carácter de costumbre internacional»<sup>1284</sup>.

Al redactarse el CEDH se argumentó que la formulación que la legalidad penal había adoptado en la DUDH era demasiado rígida. Se expresó que «no era universalmente admitido que no haya posibles excepciones a la [regla de irretroactividad]». «Pueden surgir situaciones en las que el legislador se vea forzado a recurrir a una ley penal que opere retroactivamente. Tal ha sido, de hecho, el caso de muchos Estados europeos durante y después de la guerra de 1939-1945»<sup>1285</sup>. De todos modos, tanto la inclusión del artículo 15.2 en el PIDCP como del artículo 7.2 en el CEDH, fueron debatidas<sup>1286</sup>. Se argumentó que dichas disposiciones eran superfluas en el sentido de innecesarias y se estimaron peligrosas:

podría tener el efecto contrario de llamar a cuestionar la validez de los

---

1282 Sobre el concepto de norma que fundamenta la pena, ver *Infra*, §16.

1283 HERDEGEN (1995, pp. 596-597); ZDRAVKOVIC (2000, p. 673); BURCHARD (2006, p. 813); BACHMANN (2007, p. 548, nota al pie n° 115); VALENTINI (2011, p. 196); MARINIELLO (2013, *pássim*); RAUTER (2017, pp. 32-33).

1284 AMBOS (2005b, p. 36).

1285 COUNCIL OF EUROPE. EUROPEAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS (1957, p. 5)

1286 RAUTER (2017, pp. 32-33).

juzgamientos de esos tribunales [militares de postguerra]; y si pretendía ser una garantía de que ningún supuesto criminal de guerra en el futuro pudiera argumentar que no había principios positivos de derecho internacional o de la legislación nacional que calificaran sus actos como crímenes, meramente se reiteraba lo que ya estaba contenido en la expresión «derecho internacional» en el primer párrafo<sup>1287</sup>.

Son varios los problemas de interpretación que plantea la cláusula Núremberg. Entre ellos, la relación de la prohibición de retroactividad con el axioma *nullum crimen sine iure*; y si esta cláusula tiene o no un carácter excepcional.

#### 35.1.4.1. Irretroactividad y *nullum crimen sine iure*

Tanto el axioma «no hay delito sin norma jurídica» como la prohibición de irretroactividad están, en los instrumentos internacionales en comento, previstas dentro de una única fórmula gramatical. Sin embargo, ambos corresponden a reglas jurídicas diferenciadas. En la sentencia del caso *Kokkinakis v. Grecia*, el TEDH declaró que la garantía del artículo 7.1 CEDH «...no está confinada a prohibir la aplicación retroactiva de la ley penal en perjuicio de un acusado. También encarna, más generalmente, el principio de que solo la norma jurídica puede definir un delito y prescribir la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)» (incluida la prohibición de interpretación extensiva *in malam partem*). «Esta condición se satisface», ha declarado el TEDH, «cuando el individuo puede conocer del texto de la norma relevante, y si es necesario con la asistencia de la interpretación de los tribunales, qué actos u omisiones le harán responsables»<sup>1288</sup>. Esta forma de desarrollar argumentalmente la prohibición de retroactividad en perjuicio del acusado ha sido objeto de crítica dogmática. Se ha sostenido que de esta formulación «...no resulta obvio [...] si la ley debe ser predecible (y por lo tanto no-retrospectiva) o no-retrospectiva (y por lo tanto, predecible), o si los dos principios son de igual importancia»<sup>1289</sup>. Esta distinción y la existencia de una preordenación entre ambas reglas son importantes. De hecho, tiene razón MURPHY cuando sostiene que, sobre la base de una prelación entre ambos conceptos, se pueden obtener consecuencias importantes. Por ejemplo, que «[s]i la predictibilidad es primordial, entonces los cambios retrospectivos

---

1287 UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY (1955, párr. 96). También citado en el Anexo de COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS (1957, p. 16).

1288 Para ambas citas, STEDH 14307/88, *caso Kokkinakis c. Grecia*, § 52. Este argumento ha sido posteriormente reiterado por el Tribunal: ver SsTEDH 20166/92, *caso S.W. c. Reino Unido*, § 35; 20190/92, *caso S.R. c. Reino Unido*, § 33; 37201/97, *caso K.-H.W. c. Alemania*, § 45; 34044/96, 35532/97 y 44801/98, *caso Strelitz, Kessler y Krenz c. Alemania*, § 50; 45771/99, *caso Veeber c. Estonia*, § 31; 55103/00, *caso Pubk c. Estonia*, § 25; 74357/01, 26764/02 y 27434/02, *caso Kuolelis, Bartoševičius y Burokevičius c. Lituania*, § 115; 9174/02, *caso Korbely c. Hungría*, § 70; 36376/04, *caso Kononov c. Letonia*, § 185; 2312/08 y 34179/08, *caso Maktouf y Damjanović c. Bosnia y Herzegovina*, § 66; 42750/09 (GC), *caso Del Río Parada c. España*, § 78; 59552/08, *caso Roblena c. República Checa*, § 50; 35343/05, *caso Vasiliauskas c. Lituania*, § 154; 8927/11, *caso Ruban c. Ucrania*, § 37; 66847/12, *caso Haarde c. Islandia*, § 127; 68273/14 y 68271/14, *caso Gestur Jónsson y Ragnar Halldór Hall c. Islandia*, § 88; y 24705/16 y 24818/16, *caso Berardi y Mularoni c. San Marino*, § 39.

1289 MURPHY (2010, p. 202).

al derecho penal [...] son permisibles, siempre que puedan predecirse razonablemente. Por otro lado, si la no retrospectividad es el principio rector, entonces ninguna previsibilidad podría salvar la criminalización retroactiva»<sup>1290</sup>.

#### 35.1.4.2. *Carácter excepcional de la cláusula Núremberg*

Los párrafos que son objeto de análisis de esta sección se incluyeron, como se dijo, para salvar la juridicidad de los juzgamientos del período posterior a la Segunda Guerra Mundial.

Una parte de la doctrina sostiene que la cláusula Núremberg constituye una excepción a la prohibición de retroactividad<sup>1291</sup>; y también lo declara en ese sentido, una escasa jurisprudencia del TEDH sobre dicha disposición<sup>1292</sup>.

Sostengo, en cambio, un punto de vista contrario. La cláusula Núremberg incluida en los instrumentos internacional no es una excepción a la regla general de irretroactividad; y, de hecho, estimo que su inclusión es superflua.

En efecto, los artículos 15.1 PIDCP, 7.1 CEDH y 49.1 CDFUE disponen que no puede cuestionarse la validez de una sentencia condenatoria por conductas que hayan constituido delito según las respectivas descripciones del Derecho interno, los tratados internacionales, la costumbre internacional, los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas y el *case-law* y la *opinio iuris*. La condición en todos esos casos es que la respectiva fuente, sea cual fuere ella de las disponibles en el Derecho internacional, haya estado en vigor o haya existido al momento de ejecución de la conducta por la que se produce el enjuiciamiento.

Las disposiciones de los artículos 15.2 PIDCP, 7.2 CEDH y 49.2 CDFUE, reiteran exactamente lo mismo, pero especialmente dirigido a los principios generales. Pero, nuevamente, la condición requerida para la validez es que el principio general que se use como fuente en el caso concreto haya existido al momento de ejecutarse la conducta. Por eso, los textos exigen que la conducta haya sido punible, al menos, de acuerdo con los principios generales, pero siempre que dicho principio contuviere la criminalización de la conducta «en el momento de su comisión».

Planteado así el esquema, las disposiciones antes indicadas no contienen regla alguna que autorice la retroactividad. Solo contienen una regla específica prevista para los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas que, de todos modos, exige su existencia al momento de verificarse la conducta. El TEDH lo ha resuel-

---

1290 MURPHY (2010, p. 203).

1291 En este sentido, LANDA y GARRO (2009, p. 260); GIL GIL (2010); AMBOS (AMBOS, 2013); AYALA GONZÁLEZ (2017, pp. 44-48).

1292 Este tribunal supranacional ha declarado que la disposición del artículo 7.2 CEDH «constituye una derogación excepcional del principio general [de irretroactividad del artículo 7.1 CEDH]» (STEDH 36376/04, *caso Kononov v. Letonia*, §§114-115. En el mismo sentido, Decisión TEDH 34854/02, *caso Tess c. Letonia*); y que en su virtud no puede impedirse la aplicación de leyes que «en las circunstancias completamente excepcionales del final de la Segunda Guerra Mundial se aprobaron en orden a castigar crímenes de guerra, traición y colaboración con el enemigo» (STEDH 36376/04, §§114-115).

to de manera similar, cuando ha declarado que

el Artículo 7 § 1 puede ser considerado como el contenedor de la regla general de no-retroactividad y que el Artículo 7 § 2 solo es una clarificación contextual del ámbito de responsabilidad de esa regla, incluido para asegurar que no hubiera duda sobre la validez de las persecuciones después de la Segunda Guerra Mundial con relación a los crímenes cometidos durante esa guerra»<sup>1293</sup>, impidiendo la posibilidad de argumentar la invalidez de las normas «que, en las circunstancias completamente excepcionales del final de la [dicha guerra] fueron aprobadas en orden a sancionar, inter alia, crímenes de guerra»<sup>1294</sup>.

### 35.1.4.3. La cláusula Núremberg en el desarrollo del TEDH

El TEDH ha sido reacio a efectuar una aplicación directa de la cláusula Núremberg; pero, a cambio, ha flexibilizado la aplicación práctica de la regla de irretroactividad, fundado en los criterios de predictibilidad y accesibilidad.

Un buen ejemplo de este desarrollo es el *caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*<sup>1295</sup> y el *caso K.-H.W. c. Alemania*<sup>1296</sup>, juzgados por el TEDH. Después de la reunificación germana, tres ex altos funcionarios de la República Democrática Alemana (RDA)<sup>1297</sup> y un exguardia fronterizo<sup>1298</sup> fueron condenados por los tribunales nacionales alemanes, después de la reunificación<sup>1299</sup>, como responsables de la política de control de fronteras de la RDA. Se les imputó la muerte de personas que intentaron atravesar la frontera para huir a la República Federal Alemana (RFA). La política de control de fronteras que había adoptado la RDA preveía el uso de dispositivos necesariamente mortales (como minas antipersonas) y el uso de armas de fuego para impedir «a cualquier costo» que alemanes orientales cruzaran la frontera y salieran de la órbita comunista. Tales medidas de protección de fronteras incluían desde la detención a la aniquilación de los desertores<sup>1300</sup>.

Las personas condenadas en ambos casos recurrieron al TEDH, alegando que en sus juzgamientos por los tribunales alemanes se habían infringido los derechos garantizados por los artículos 1, 2.2 y 7.1 CEDH. Hicieron valer como argumento, entre otros, que la condena penal de la que habían sido objeto solo había sido posible gracias a la

---

1293 STEDH 2312/08 y 34179/08, *caso Maktouf and Damjanović c. Bosnia y Herzegovina*, § 72.

1294 STEDH 36376/04, *caso Kononov c. Letonia*, § 186.

1295 STEDH 34044/96, 35532/97 y 44801/98, *caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*.

1296 STEDH 37201/97, *caso K.-H.W. c. Alemania*.

1297 Los tres condenados ocuparon posiciones prominentes en el aparato estatal de la RDA y de liderazgo en el Partido Socialista Unificado de Alemania. Los cargos desempeñados por los tres condenados se detallan en la STEDH 34044/96, 35532/97 y 44801/98, § 16.

1298 El demandante ante el TEDH se enlistó por un período de tres años en el servicio militar (1970-1973).

1299 Estos casos, como lo explica HERDEGEN (1995, pp. 594-595), representaron uno de los desafíos del proceso de reunificación alemana.

1300 STEDH 34044/96, 35532/97 y 44801/98, *caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, § 15.

extinción de la RDA, ya que, durante la existencia de tal Estado, sus conductas no fueron objeto de reproche penal alguno. Argumentaron que, considerando la realidad de la situación de la RDA, sus condenas eran para ellos impredecibles y que les había sido absolutamente imposible prever que algún día fueran penalmente imputados debido a un cambio de circunstancias<sup>1301</sup>.

Para declarar que la condena de los demandantes no había infringido el CEDH, el TEDH argumentó que no podía solicitarse la protección del artículo 7º CEDH por los demandantes, quienes, «como líderes de la RDA, habían creado la apariencia de legalidad que emana del sistema jurídico de la RDA, pero luego implementaron o continuaron una práctica que flagrantemente violó los principios básicos del sistema»<sup>1302</sup> consistentes en el aseguramiento del derecho a la vida. Asimismo, el Tribunal fundó su sentencia en que «es legítimo para un Estado gobernado por el Estado de Derecho perseguir penalmente a personas que han cometido crímenes bajo un anterior régimen»<sup>1303</sup> y que los tribunales de tal Estado «habiendo tomado el lugar de los que existieron previamente, no pueden ser criticados por aplicar e interpretar las disposiciones legales en vigor al tiempo [en que ocurrieron los hechos] a la luz de los principios que gobiernan un Estado sujeto al Estado de Derecho»<sup>1304 - 1305</sup>.

A pesar de los esfuerzos argumentativos del TEDH, me parece más bien claro que el juzgamiento penal de los demandantes sí es un caso de aplicación retroactiva de un cambio jurisprudencial. En estricto rigor, es un caso en el que la condena penal solo fue posible gracias al cambio de las circunstancias políticas consistentes en la caída de la RDA y la reunificación alemana<sup>1306</sup>. Como tal, entonces, el juzgamiento de los ex jerar-

---

1301 STEDH 34044/96, 35532/97 y 44801/98, *caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, § 77.

1302 STEDH 34044/96, 35532/97 y 44801/98, *caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, § 88.

1303 STEDH 34044/96, 35532/97 y 44801/98, *caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, § 81; STEDH 37201/97, *caso K.-H.W. c. Alemania*, § 84. En el mismo sentido, STEDH 35343/05, *caso Vasiliauskas c. Lituania*, § 159; STEDH 36376/04, *caso Kononov c. Letonia*, § 241.

1304 STEDH 34044/96, 35532/97 y 44801/98, *caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, § 81.

Adicionalmente, el TEDH declaró que la asimetría entre la legislación de la RDA y la realidad de su aplicación fue en parte obra de los propios demandantes; que su posición prominente dentro del aparato estatal les permitió conocer la ilegitimidad del sistema de protección de fronteras y las críticas que a él se le habían formulado desde el DIDH (§ 78); que las conductas por las que fueron condenados sí eran constitutivas de delito según la legislación ordinaria de la RDA (a la que se ajustó el juzgamiento, §§ 56-ss); y que el hecho que no hayan sido perseguidos penalmente por los tribunales de la RDA mientras existió no significa que las conductas no hayan sido constitutivas de delito (§ 79).

1305 El rechazo de las demandas por el TEDH –y con ello, la confirmación de la validez jurídica de las condenas impuestas– se apoyó en argumentos diferentes a los utilizados por los tribunales alemanes. Estos últimos recurrieron a la Fórmula de Radbruch para fundamentar sus decisiones de condena (un análisis del contenido de la sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán, en BACIGALUPO ZAPATER (2005, pp. 88-90); ALEXY (2000, pp. 218-ss); ATIENZA (2013, pp. 78-79)). El TEDH, en cambio, evitó esa vía argumentativa y decidió que en el caso no se configuraba un problema de ausencia de tipicidad. Sobre el particular, ver MILLER (2001, *pássim*). Un análisis sobre la utilización de la fórmula de Radbruch para la construcción del concepto de autoría mediata y la resolución de estos casos por los tribunales alemanes, en Faraldo-Cabana (2009, *pássim*).

1306 Que tal juzgamiento haya sido posible en la RDA sobre la base del acuerdo de su Parlamento de 1990 que demandó la persecución penal por las injusticias cometidas por el Partido Socialista Unificado

cas de la RDA tensiona el fundamento de la irretroactividad, según el cual esta es una protección frente a los nuevos detentadores del poder en el sentido en que lo expone ARNOLD<sup>1307</sup>. En esta lógica, el juzgamiento puede ser considerado una <revancha> de los nuevos detentadores del poder contra quienes anteriormente lo ostentaron, escenario en el que estos últimos deberían ser protegidos por la irretroactividad. Así planteado el esquema, este posee lógica; pero es, sin embargo, insatisfactorio. En otras palabras, que la lógica que posee es interna por cuanto solo considera como variable relevante del análisis la protección frente al revanchismo. Pero adolece de una lógica externa, si se entiende por ella aquella que agrega variables adicionales a la ecuación. Dentro de esas variables adicionales está la protección efectiva de los derechos fundamentales y, en definitiva, la expectativa de justicia.

Si los hechos que subyacen al caso fueran diametralmente opuestos, la evaluación de la lógica interna se mantendría inmutable, pero la externa cambiaría. Supóngase, por ejemplo, un gobierno materialmente democrático, en el que, por exigencias de igualdad, no solo se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino, además, se le estimula como un medio para permitir el desarrollo y la felicidad de todos los miembros de la sociedad. Un cambio en las condiciones políticas permite la abrupta llega al poder de una facción religiosa ultraconservadora que considera que, por ser un pecado, el matrimonio entre personas del mismo sexo no puede ser jurídicamente protegido, sino que debe ser prohibido. En este nuevo escenario político, los detentadores del poder persiguen penalmente a las anteriores autoridades. Si este supuesto de hecho se evalúa con el parámetro de lógica interna antes enunciado, el resultado es el mismo: la irretroactividad debe proteger a los anteriores detentadores del poder del revanchismo; pero la lógica externa cambia. Si en el *caso Streletz, Kessler y Krenz* esta lógica externa indicó que era justo sancionarlos penalmente, en el caso propuesto esa persecución aparece injusta.

Entre el caso real y el supuesto lo que ha habido es una diferencia de color entre el contexto previo y el posterior. Ese distinto color se manifiesta en que el del escenario previo del caso real es de <negación de derechos fundamentales> y el del posterior, de <vigencia de derechos fundamentales>. En el caso supuesto se produce una situación inversa: el color previo era de <vigencia de derechos fundamentales>, mientras que el color del escenario posterior es el de su negación. Solo si se agrega una variable externa a la sola vigencia en el tiempo de una ley penal parece que pueden obtenerse resultados del todo satisfactorios. Todo lo anterior demuestra, según mi opinión, un punto importante. Este consiste en el carácter formal de la legalidad penal que hace que en forma aislada no necesariamente esté en condiciones de proporcionar respuestas siempre satisfactorias en términos de justicia.

---

(STEDH 34044/96, 35532/97 y 44801/98, *caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, §§ 18 y 84) es, atendido los hechos, una mera especulación histórica.

1307 ARNOLD (2000, p. 315).

### 35.1.5. Efectos en el ámbito interno de la legalidad penal según el DIDH

Si se acepta como premisa que el PIDCP, el CEDH y la CDFUE son tratados que han sido incorporados al Ordenamiento jurídico español por haberse verificado los procedimientos descritos en el artículo 96 CE, debe aceptarse como consecuencia que «[s]us disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional», según esa misma disposición constitucional<sup>1308</sup>. En estricto rigor, debería interpretarse que la incorporación de esos tratados al Ordenamiento interno ha producido como consecuencia una modificación del contenido de la legalidad penal, por medio de la modificación tácita de la Constitución. En consecuencia, la legalidad penal tiene ahora el contenido de *nullum crimen nulla poena sine iure*.

Sin que sea necesario adoptar una posición extrema como la anteriormente descrita, la diferencia de positivización de la legalidad penal entre los ordenamientos nacionales continentales y el DIDH produce un problema jurídico importante que se relaciona con el tratamiento que debe recibir por los tribunales nacionales la conducta que sea atípica según el Derecho interno, pero típica según las fuentes habilitadas del Derecho internacional. Esto es lo que puede ocurrir, por ejemplo, con el crimen internacional de agresión, descrito en el artículo 8º ECPI, que no tiene correlato con los delitos descritos en la legislación interna española. Enfrentado a esta situación: ¿un tribunal nacional debe absolver por atipicidad o dictar sentencia condenatoria fundada directamente en la tipicidad de ella de acuerdo con el Derecho internacional?

Las diferencias de contenido de la legalidad penal produce que las posibles soluciones a este problema sean antagónicas entre sí. Tales soluciones pueden sintetizarse de la forma siguiente. (a) Que ante la atipicidad de la conducta en el Derecho interno, por ausencia de una ley orgánica interna que prevea el delito, y aunque esté disponible una fuente del Derecho internacional, una sentencia condenatoria nunca podría ser fundada, debiendo el tribunal abstenerse de todo procedimiento, dictando sentencia absolutoria, y exponiendo al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal, de acuerdo con el artículo 4 CPe. (b) Que, estando suficientemente prevista la tipicidad de la conducta en las fuentes de Derecho internacional habilitadas para ello por el DIDH, una sentencia condenatoria por un tribunal interno sí puede fundarse, a pesar de la atipicidad de la conducta en el Derecho interno; y, de hecho, en este supuesto, los tribunales nacionales españoles tendrían el deber jurídico de condenar basados en tales descripciones típicas. Cada una de esas respuestas implica, como se ve, una decisión sobre preeminencia: en el primer caso, consiste en otorgarle preeminencia al Derecho interno; en el segundo, al Derecho internacional. La opción por la solución (a) podría llegar a conocimiento de la jurisdicción internacional, ya que en caso de abso-

---

1308 Disposición que está en sintonía con el principio general de Derecho internacional *pacta sunt servanda* y positivizado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969, ratificado por España (Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969, publicado en el BOE nº 142, de 13.06.1980).

lución (o de inactividad investigativa o procesal), la víctima del pretendido delito podría alegar vulneración por el Estado español de su derecho a ser protegida. La solución (b), en cambio, podría ser objeto de amparo constitucional ante el TCe; si este tribunal es coherente con su propia doctrina, debería acoger el amparo y declarar la nulidad de la sentencia condenatoria.

Es cierto que la situación descrita no se presentará como un problema con relación a los denominados *core crimes*<sup>1309</sup> de competencia de la Corte Penal Internacional en atención al principio de subsidiariedad previsto en el ECPI<sup>1310</sup> y a la propia regulación que este contiene sobre las fuentes del DPI<sup>1311</sup>. También es cierto que la gran extensión que pareciera derivarse de la inclusión del Derecho internacional como fuente del Derecho Penal por los tratados de DIDH, es, en realidad, más bien aparente, y que ella debe entenderse, principalmente, referida a los tratados internacionales. Pero sí puede llegar a configurar un problema jurídico en varias otras áreas. Entre ellas, por ejemplo, la posibilidad de imputar responsabilidad penal a personas jurídicas que participan en la ejecución de *core crimes*<sup>1312</sup>, la perseguibilidad de delitos distintos de los sometidos a la jurisdicción de la CPI<sup>1313</sup>, o nuevos delitos que en el futuro puedan llegar a construirse

---

1309 Se denomina *core crimes* a aquellos graves crímenes internacionales (AMBOS (2005b, p. 464)). Desde un punto de vista práctico, la dogmática penal internacional los identifica con los delitos que son actualmente de jurisdicción de la CPI (artículos 5 a 8 bis ECPI), pero nada obsta a ampliar el concepto, sobre una base material, como aquellos delitos que lesionan o amenazan valores protegidos por el Derecho internacional, como los delitos de terrorismo, esclavitud, tráfico de drogas, entre otros (en este sentido, CRYER et al. (2007, p. 3)). En la dogmática anglosajona, la expresión *core crimes* se utiliza para referirse a los delitos *mala in se*, es decir, «crímenes que siempre serán castigables» (HERLIN-KARNELL (2012, p. 124)), es decir, en el mismo sentido que la de «delitos nucleares» (o «derecho penal nuclear») expresión que tiene su origen en la denominada Escuela de Frankfort (SILVA SÁNCHEZ (2011, p. 154); MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2003, p. 955)) y que se usa para referirse a ilícitos penales que conforman el corazón o núcleo duro del Derecho Penal como el homicidio, la violación o el robo (para la dogmática anglosajona, ver FLETCHER (1998, p. 32; 2000, p. 418); POTT (2000, p. 100); STUNTZ (2001, p. 512); DAN-COHEN (2014, p. 104); WILSON (WILSON, 2017). En la dogmática española, ver MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2003, pp. 956; 964; 965)); LUZÓN PEÑA (2016, Capítulos 2, §19). Tales delitos son el genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y crímenes de agresión, también denominados estos últimos, crímenes contra la paz (sobre la jurisdicción de la CPI, AMBOS (2013, pp. 256-ss). Ello, sin perjuicio de las modificaciones que puedan introducirse al tratado de la CPI, de acuerdo con su mecanismo de revisión previsto en los artículos 121 a 123 ECPI.

De todos modos, y a pesar del avance en materia de codificación y descripción de los delitos que representó el ECPI, no debe dejar de mencionarse que, a la fecha, por ejemplo, hay doce definiciones de crímenes contra la humanidad dispersas en el Derecho internacional.

1310 Al respecto, AMBOS (2013, p. 75).

1311 El artículo 22.3 ECPI, que contiene la regulación sobre el «Nullum crimen sine lege», limita la tipificación de las conductas de competencia de la Corte Penal Internacional a la contenida en el propio ECPI, por lo que cierra la posibilidad de buscar la descripción típica en otros tratados y en otras fuentes del Derecho internacional de las previstas en el artículo 38 ECIJ. En todo caso, esta disposición se aplica solo para la determinación de la competencia de la Corte Penal Internacional y para su propio funcionamiento. Pero como no modifica los textos en vigor de los tratados de derechos humanos, no entrega información relevante para la decisión del problema aquí planteado. Al respecto, ver GIL GIL (1999, pp. 77-78).

1312 Sobre el particular, ver NERLICH (2010, *pássim*).

1313 Como los delitos de terrorismo, tráfico de drogas, piratería, esclavitud o tortura (como delito individual) los cuales están previstos en tratados internacionales. Sobre estos delitos, ver AMBOS (2014, pp. 228-ss).

por el Derecho internacional y que, o no alcancen a incorporarse a la legislación interna, o se decida no incorporar.

El problema apuntado se conoce como el de la directa aplicación del Derecho internacional en el Derecho interno, es decir, el carácter de *self executing* de las normas internacionales o supranacionales<sup>1314</sup>.

Con contadas excepciones<sup>1315</sup>, la doctrina española no ha analizado el problema de la aplicación directa. Con algunas excepciones, las escasas referencias al tema son aplicaciones de la teoría objetiva<sup>1316</sup> de la concepción clásica del Derecho internacional público que atribuía a las personas una posición de objeto en un orden normativo cuyos sujetos son los Estados<sup>1317</sup>. En este enfoque del Derecho internacional público, el problema se centra en la eficacia directa de los tratados a los órganos jurisdiccionales internos de los Estados contratantes; y, de allí, se plantean, entre otros, cuestiones vinculadas con las obligaciones de penalizar (explícitas o implícitas) que pueden contener algunos tratados, como la contenida en el artículo 30 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>1318</sup>. Sin embargo, en atención a que las prescripciones relativas contenidas en el PDICP, el CEDH y la CDFUE forman parte de lo que se denomina DIDH, su análisis debe ser diferente. Lo anterior, porque en el DIDH el paradigma es diferente al del Derecho internacional público. El primero «no depende de ninguna relación especial entre el individuo y el estado. Como tal, puede beneficiar a personas sin alguna relación especial con el estado, por ejemplo, nacionales de estados no parte de un tratado determinado o personas apátridas»<sup>1319</sup>. Lo anterior significa que en el DIDH los intereses de los Estados dejan de ser relevantes, y tanto la interpretación como la aplicación de tal derecho debe (o debería) centrarse, exclusivamente, en la salvaguarda, protección y garantía de los derechos fundamentales. Ello es lo que ha permitido al TEDH dotar al CEDH de un carácter especial «como un instrumento de orden público europeo»<sup>1320</sup>.

---

1314 OLLÉ SESÉ (2019b, p. 190).

1315 GIL GIL (1999, pp. 93-105, 2010, pp. 159-162); HUERTA TOCILDO (2005, pp. 461-464); OLLÉ SESÉ (2008, *pássim*, 2019b, pp. 189-192).

1316 MANNER (1952, *pássim*).

1317 RAUTER (2017, p. 12). Esta concepción fue acuñada por ROUSSEAU (1836, lib. I, Cap. IV) para quien la guerra genera una relación entre Estado soberanos, no entre individuos particulares, de modo que «existe el derecho de matar á sus defensores mientras que tienen las armas en la mano; pero luego de que las dejan y se rinde, dejando de ser enemigos ó instrumentos del enemigo, vuelven de nuevo á ser solamente hombres; cesa pues entonces el derecho de quitarles la vida». Sobre la tesis de la estructura clásica del Derecho internacional como relación entre Estados, ver MERKEL (2008, p. 557).

1318 El problema de la eficacia de estas disposiciones internacionales se relaciona con la posibilidad de aplicar directamente la disposición del tratado al fundamentar una sentencia condenatoria. Como este problema se ha resuelto por la doctrina desde la perspectiva tradicional de la legalidad penal, la respuesta ha sido negativa. En este sentido, ver RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ (1994, p. 260); LASCURAÍN SÁNCHEZ (2011, pp. 77-78);

1319 PROVOST (2004, p. 133).

1320 STEDH 15318/89, *caso Loizidou c. Turquía*, § 75. El criterio se ha reiterado posteriormente. Entre las más recientes sentencias que se refieren a él se encuentran: SsTEDH 57592/08, *caso Hutchinson c. Reino Unido*, § 45; 36925/07, *caso Güzelyurtlu y Otros c. Chipre y Turquía*, § 193; y 68762/14 y 71200/14, *caso Aliyev*

Entre las excepciones doctrinarias que enfocan el análisis directamente desde la perspectiva de la aplicación directa del DIDH en el Ordenamiento interno, las soluciones no son, necesariamente diferentes.

GIL GIL concluye en una posición negativa sobre la aplicación directa del Derecho internacional. En particular, su posición se enfoca especialmente a negar que la costumbre internacional pueda considerarse fuente del Derecho Penal, oponiendo a esta posibilidad la regulación fuerte de la legalidad penal en el Ordenamiento español (*sine lege parlamentaria*). Al respecto, esta autora estima que «la regulación del principio de legalidad en nuestro Derecho, que recoge un principio de legalidad férreo y estricto, impide aplicar directamente por los tribunales penales costumbres internacionales, ya que estas no pueden responder a las exigencias tanto formales como materiales que nuestro Ordenamiento atribuye a este principio»<sup>1321</sup>. Con relación a los tratados internacionales, sostiene que estos, aunque incorporados al Ordenamiento interno, no tienen la naturaleza de ley en sentido formal, por lo que tales instrumentos internacionales no pueden crear delitos ni penas, en atención a la reserva de ley orgánica que prevé la legalidad penal en los términos estatuidos por los artículos 25.1 y 81.1 CE<sup>1322</sup>. Para sostener la primacía del Derecho interno, esto es, de la legalidad penal en su versión *sine lege parlamentaria*, GIL GIL, recurre al principio *favor libertatis*: «ante dos normas igualmente vinculantes, una de derecho interno y otra de derecho internacional, que diseñan la protección debida a un determinado derecho humano, debe prevalecer para el sujeto obligado por ambas aquella que ofrezca mayor protección al derecho fundamental»<sup>1323</sup>. Argumenta esta autora que la cuestión sobre la preeminencia del Derecho interno o del Derecho internacional debe resolverse en atención a la forma en que cada uno de ellos estructure el derecho en cuestión; y, en materia de legalidad penal, la preeminencia la tendrá aquel de los sistemas que construya la legalidad penal con mayores exigencias. De esta forma, estima que el artículo 7º CEDH «no obliga, ni en su párrafo primero ni en el segundo, a los Estados miembros a castigar aplicando directamente una norma de derecho internacional o los principios generales del derecho»<sup>1324</sup>. GIL GIL proporciona a una ejemplificación analógica para reforzar su argumento: sostiene que la prohibición de la pena de muerte contenida en la CE no puede entenderse subordinada a la admisión condicional de esta pena contenida en el CEDH; en este caso, para el Derecho español vale la prohibición constitucional de la pena capital. «Igual de absurdo», sostiene, «es afirmar que la permisón de la costumbre, la jurisprudencia o los principios generales del derecho en la tipificación de delitos y de penas prevalece frente a la reserva absoluta de ley recogida en el artículo 25 CE»<sup>1325</sup>.

HUERTA TOCILDO concluye en una respuesta negativa frente al problema de la

---

c. *Azerbaiján*, § 228;

1321 GIL GIL (2005, p. 6).

1322 GIL GIL (1999, p. 95).

1323 GIL GIL (2010, p. 159).

1324 GIL GIL (2010, p. 160).

1325 GIL GIL (2010, p. 160).

aplicación directa del Derecho internacional penal en los tribunales nacionales españoles. Adhiere a la tesis de la preeminencia del Derecho interno por sobre el internacional. Fundamenta su postura en la doctrina asentada por el TCe sobre la necesidad de una ley interna que describa la conducta como delito como requisito ineludible para fundamentar legítimamente una sentencia condenatoria. Y, asimismo, porque sancionar en ausencia de una ley interna implicaría una violación a los requisitos de accesibilidad y previsibilidad de la reacción estatal que se encuentra en la base de la legalidad penal en su formulación tradicional. En síntesis, su argumento consiste en el principio *favor libertatis*, es decir, optar por aquella de las disposiciones que le confieran al derecho un mayor contenido: la disposición del artículo 25.1 CE «desplaza a la dimanante del art. 7 del Convenio que, respecto de aquella, actuaría como norma de protección de naturaleza subsidiaria al ser sus exigencias menos rigurosas que las establecidas por el primero de los mencionados preceptos»<sup>1326</sup>. La solución sostenida por HUERTA TOCILDO implica la negación de la aplicación directa del Derecho internacional al Derecho interno o, al menos, del artículo 7 CEDH.

En las antípodas se ubica la posición de OLLÉ SESÉ. Este autor concluye en la posibilidad de fundamentar una sentencia condenatoria por un tribunal nacional en el DPI en forma directa en el caso que la respectiva conducta enjuiciada no sea típica en el Ordenamiento jurídico interno, pero sí en el internacional. Ello, en la medida en que la *tipicidad* de la conducta sea lo suficientemente clara en el DPI, es decir, que se pueda afirmar su punibilidad ya sea en virtud de una previsión expresa de un tratado internacional o de las otras fuentes que son propias (costumbre y principios generales reconocidos por las naciones civilizadas). De esta forma, el autor concluye en que la sanción de un crimen internacional atípico en el orden interno no lesiona el principio de legalidad<sup>1327</sup>. En cuanto a la determinación de la pena a imponer para el caso de ausencia de norma interna, a juicio de OLLÉ SESÉ debe tomarse como pena de referencia la prevista en el Ordenamiento interno para los «delitos subyacentes», es decir, aquellas figuras típicas que, «como actos lesión directa de los bienes jurídicos individuales [...] gozaban en el derecho interno de previsión legal (criminal y penal) previa a la comisión del crimen internacional»<sup>1328</sup>.

Esta discusión es la que estuvo en la base de la solución judicial dispensada al *Caso Scilingo*<sup>1329</sup>. Aunque sin señalarlo expresamente, una actitud favorable a la directa aplicación del Derecho internacional puede observarse en la sentencia de segunda instancia dictada por la Audiencia Nacional<sup>1330</sup>; mientras que, en su sentencia de casación, el Tri-

---

1326 HUERTA TOCILDO (2005, p. 462).

1327 OLLÉ SESÉ (2008, p. 572, 2019a, p. 190).

1328 OLLÉ SESÉ (2008, p. 580).

1329 Sobre el análisis de este caso, ver MENDOZA CALDERÓN (2005, 2011, ambos *pássim*); GIL GIL (2005, *pássim*); CAPELLÀ I ROIG (2005, *pássim*); CASTRESANA FERNÁNDEZ (2005, *pássim*). El TS resolvió el caso Scilingo aplicando la fórmula de Radbruch, al igual que los tribunales alemanes habían resuelto los casos de Disparos en el Muro (Al respecto, ver *Supra* nota al pie nº 1305).

1330 SAN 16/2005. En este caso se enjuició a una persona de nacionalidad argentina, pero que se encontraba en España, por su participación en la represión política verificada en Argentina por la dictadura militar

bunal Supremo optó por una alternativa diferente, negando tal aplicación directa<sup>1331</sup>.

El problema planteado no tiene una respuesta expresamente prevista en el Derecho positivo, ni nacional ni internacional, de modo que no existe una única solución satisfactoria. Frente a él corresponde adoptar una actitud que tienda hacia la respuesta de la inaplicación o de la aplicación, pero ninguna de ellas es, por sí misma, completamente

---

a partir del golpe de Estado de 24 de febrero de 1976 y que se extendió hasta el 10 de diciembre de 1983, al finalizar dicha dictadura.

La Audiencia Nacional dictó sentencia condenatoria por un delito de lesa humanidad, previsto en el artículo 607 bis) CPe (incorporada al CPe por la L.O. 15/2003 y que entró en vigor el 1 de octubre de 2004) por la causación de la muerte de 30 personas, con la agravación de alevosía, bajo las modalidades de detención ilegal y aplicación de tortura.

La propia sentencia de la Audiencia Nacional advierte que el enjuiciamiento de los hechos ocurridos más de dos décadas antes de la entrada en vigor del tipo penal de delito de lesa humanidad plantea «obvias cuestiones referidas al principio de legalidad penal, relativas a la tipicidad, taxatividad, accesibilidad, previsibilidad y certeza de la norma penal aplicada, en conexión con el de irretroactividad de las normas penales» (FJ °1, B.1). Al respecto, el tribunal declara que las normas prohibitivas que emanan del tipo penal del artículo 607 bis) CPe «representan la positivización en el derecho interno de preexistentes normas internacionales de carácter penal, integrantes por sus características y objeto[...] del *ius cogens* internacional y, por ello, con validez obligatoria *erga omnes*, tanto en cuanto a las conductas delictivas como a la aplicación de las consecuencias» (FJ °1, B.1). La Audiencia Nacional dio a la incorporación de las normas internacionales un carácter fuerte, cuando declaró que estas «se incorporan a nuestro derecho y forman parte del ordenamiento jurídico en la forma prevista en la Constitución». Y, como tales normas internacionales –al menos desde el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg– reconocían el carácter penalmente ilícito de los delitos de lesa humanidad, el tribunal concluye que tal prohibición sí existía en el Derecho internacional al momento de ocurridos los hechos *sub iudice*. En todo caso, los déficits de las normas internacionales las suple la Audiencia Nacional aplicando la norma interna al juzgamiento, cuyo contenido no era desconocido para el Derecho internacional.

1331 STS 9099/2007. Conociendo de un recurso de casación, el TS anuló la sentencia de segundo grado y, en su nueva sentencia, calificó jurídicamente los hechos como treinta delitos de asesinato (artículo 139.1 CPe), delito de detención ilegal (artículo 163 Pce) y 255 delitos de detención ilegal (artículo 163), declarando que «constituyen crímenes contra la Humanidad según el derecho internacional» (FJ único, segunda sentencia).

La aplicación que la Audiencia Nacional había efectuado del Derecho internacional fue reprochada por el Tribunal Supremo, el que consideró que «los Tribunales españoles no son ni pueden actuar como Tribunales internacionales, solo sujetos a las normas de este carácter y a sus propios estatutos, sino Tribunales internos que deben aplicar su propio ordenamiento» (FJ 6°, sentencia de casación). Fundado en las exigencias que emanan de la versión interna de la legalidad penal, el Tribunal Supremo optó decididamente por negar la aplicabilidad directa del Derecho internacional, argumentando que «las normas internacionales consuetudinarias no contienen previsión específica sobre las penas, lo que impide considerarlas normas aplicables por sí mismas en forma directa, [de modo que,] el Derecho Internacional consuetudinario no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los Tribunales españoles» (FJ 6°, sentencia de casación). Sin embargo, y a pesar de haber declarado la contradicción de aplicar el derecho consuetudinario internacional con la legalidad penal, el Tribunal Supremo aclara que no es posible considerar que el condenado y recurrente de casación «no pudiera prever el carácter delictivo de sus actos en el momento de su comisión y la consiguiente posibilidad de que le fuera impuesta una pena. Los hechos [probados...] eran claramente delictivos, como asesinatos o detenciones ilegales, en el momento de su comisión, tanto en Argentina, como se recoge en la sentencia impugnada, como en España, o como en cualquier país civilizado» (FJ 6°, sentencia de casación) y que, además, los derechos a la vida y a la libertad, la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, de las detenciones arbitrarias y el derecho al debido proceso, eran derechos lo suficientemente garantizados por tratados de derechos humanos vigentes al momento de ocurridos los hechos.

La decisión de condena adoptada por el Tribunal Supremo recoge, en este parte, argumentos muy similares a los esgrimidos por el TEDH en el *caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania* y en el *caso K.-H.W. c. Alemania*.

válida. El punto ha sido demostrado por FERDINANDUSSE sobre la base de la actitud que han adoptado los tribunales internos que se han visto enfrentados a la disyuntiva<sup>1332</sup>. Estos, en general, tienden a ser reacios a dar aplicación directa al Derecho internacional; mientras que los tribunales supranacionales –como es de esperar– muestran la reacción contraria. Adicionalmente, adoptar una postura proclive a la aplicación directa del Derecho internacional en sede jurisdiccional nacional, en ningún caso, significa necesariamente tener que sacrificar la legalidad penal.

La cuestión de la aplicación directa del Derecho internacional en el juzgamiento por tribunales nacionales puede aparecer problemática si se parte de la base que la legalidad penal en su versión interna es distinta que su enfoque en el DIDH. Así, la ausencia de una ley interna que describa la conducta y determine la pena impediría condenar por una conducta que sí está sancionada por el Derecho internacional.

En este caso, se argumentaría que la ausencia de una ley interna significa un obstáculo insalvable desde el punto de vista de la legalidad penal en su versión nacional. Desde la perspectiva del DIDH no hay ningún obstáculo que salvar: la decisión de condena también puede encontrar su base jurídica en el Derecho internacional. ¿Qué permite llegar a ese nivel de disparidad de criterios? Tal disparidad se justifica en una supuesta diferencia del rango de garantía que la legalidad penal tendría en el escenario interno respecto del supranacional. Pero esa diferencia es solo aparente. Nada permite concluir que la legalidad penal supranacional protege en menor medida que la garantía que otorga ella misma en el nivel nacional. La única diferencia real entre una u otra versión de la legalidad penal es la forma en la que los criterios de consenso y representatividad se concretan en cada una de ellas. Así, al menos formalmente, tales criterios se concretizan en forma directa, ya que la ley penal es producida por un órgano del cual pueden, al menos, teóricamente, predicarse los criterios de consenso y representatividad. Pero ello no ocurre igual en el ámbito supranacional: el Derecho internacional no surge de un órgano que sea asimilable a los parlamentos nacionales. Lo anterior es cierto, pero ello no permite justificar un enaltecimiento de la legalidad penal nacional respecto de la supranacional.

En primer lugar, porque es posible, al menos, poner en duda, la efectividad real de los criterios de consenso y representatividad en los parlamentos nacionales, cuestión sobre la que se volverá más adelante. Y en segundo lugar porque, la ausencia de un órgano productor de normas internacionales que sea homologable a los parlamentos nacionales no significa que el Derecho internacional sea antidemocrático. Por el contrario, y considerando el desarrollo actual del Derecho internacional, este pretende la protección de las personas frente a ataques atroces a los valores universales más básicos que identifican a la Humanidad.

Estimo que el principio de *favor libertatis* no puede esgrimirse aquí como un argumento decisivo. En efecto, porque la legalidad penal no es un derecho, de modo que su contenido según la legislación interna no puede compararse con el que posee según el Derecho internacional, de modo de decidir cuál de los dos órdenes le asegura o reconoce un contenido mayor. Esa argumentación es válida para la comparación de dos derechos

---

1332 FERDINANDUSSE (2006, pp. 29-ss).

en sí mismos; pero no lo es para la legalidad penal. Pero, además, porque estimo que es falso que la legalidad penal tenga un contenido mayor en la legislación interna. Que en el Derecho español la legalidad exija la previa dictación de una ley orgánica como base legal para fundamentar una sentencia condenatoria no significa que con ello se satisfagan requerimientos sustanciales. Por el contrario, la sola exigencia de una ley orgánica solo garantiza el cumplimiento de un requisito formal. En el desarrollo jurisprudencial de la legalidad penal por el TEDH, esta requiere que la norma que es candidata para servir de base para el dictado de una sentencia condenatoria sea accesible y predecible. Es decir, que satisfechos esos criterios con una naturaleza más sustancial que la sola exigencia de una ley orgánica, la conciencia democrática no debería intranquilizarse.

En efecto, supuesto el cumplimiento de los requisitos de accesibilidad y predictibilidad de la norma internacional, esta es fuente habilitada para la definición de un delito y la determinación de su pena. En el caso contrario, si la norma supranacional no es accesible o predecible, la legalidad penal desenvuelve su rol de garantía e impide el dictado de una decisión condenatoria.

Por otro lado, debe considerarse que el DIDH impone a los Estados un deber de perseguir tanto los *core crimes*, como también una «obligación positiva [...] de garantizar la integridad física de las personas [que] puede extenderse a las cuestiones relacionadas con la efectividad de la investigación penal»<sup>1333</sup>. Este deber se presenta de la misma forma que, en los sistemas continentales, lo hace la legalidad penal entendida como regla de obligatoriedad. Es decir, que en Derecho internacional se prevé una obligación jurídica para los Estados para la persecución de esos delitos<sup>1334</sup>; la posibilidad de no perseguir tales delitos queda fuera de las facultades de los Estados. El deber de persecución tiene, en ese sentido, un carácter de *ius cogens*<sup>1335</sup>. Así las cosas, entonces, un Estado no puede sustraerse de su deber de aplicar el DIP al que ha adherido basado en la ausencia de una ley orgánica que describa el delito y determine la pena. En este sentido ha resuelto el TEDH cuando declaró que «...las autoridades nacionales, incluidos los tribunales, deben actuar de manera coherente con el principio de *pacta sunt servanda* y, por lo tanto, cumplir con el tenor literal y acatar los principios subyacentes a las sentencias y decisiones de la Corte, incluidas aquellas dictadas contra otros Estados parte»<sup>1336</sup>.

En síntesis, no alcanzo a ver ninguna razón para no aplicar directamente el Derecho internacional por un tribunal interno español. Por el contrario, vislumbro bastante buenas razones para hacerlo. Tales se relacionan tanto con el cumplimiento del deber del Estado español de perseguir en forma efectiva los *core crimes*, como también por la versión

---

1333 STEDH 5786/08 (GC), caso *Söderman v. Suecia*, § 83.

1334 En este sentido se argumentó en la preparación del PIDCP:

La referencia en el párrafo 1 al derecho internacional pretende asegurar que nadie escapará del castigo por un delito penal bajo el derecho internacional, alegando que su acto era legal bajo su propia ley nacional. Se observó que, a la inversa, la referencia al derecho internacional constituyó una garantía adicional de seguridad para el individuo, cuando lo protege incluso de una posible acción arbitraria por una organización internacional (UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY (1955, párr. 94)).

1335 Sobre el particular, ver FERDINANDUSSE (2006, pp. 185-ss).

1336 STEDH 57592/08, caso *Hutchinson c. Reino Unido*, §45.

supranacional de la legalidad penal es coherente materialmente con su versión interna. Ello se logra por la exigencia de los parámetros de accesibilidad y predictibilidad.

### **35.2. Juridicidad proporcional y supranacionalización de los derechos fundamentales**

Como se ha analizado, la supranacionalización de los derechos fundamentales que implica la revolución de estos últimos, significa para la legalidad penal dos grupos de problemas. El primero, la incapacidad de que adolece para fundamentar adecuadamente una prohibición de eficacia retroactiva de las normas penales. El segundo, sin una solución proveniente de la propia legalidad penal, que consiste en los efectos de su aplicación en materia de fuentes del Derecho Penal en atención a la diferente positivización que la legalidad posee en los Ordenamientos internos o nacionales de tipo continental y el DIDH.

Ambos problemas no se manifiestan en el ámbito de la juridicidad proporcional.

Con relación a la eficacia retroactiva de las normas que fundamentan la pena, la juridicidad proporcional la prohíbe en atención a un criterio material que no admite excepciones<sup>1337</sup>. Esa solución es válida tanto para los Derechos nacionales, como para el DIDH, porque en ambos la conclusión es la misma: la eficacia retroactiva con la que se pretende dotar a una norma que fundamente la pena o la pena, las hacen perder el fin y, con ello, esas normas serían no proporcionales y, por tanto, inadmisibles.

La eficacia del DIDH a nivel interno no representa problema alguno, a diferencia de la legalidad. Ello, en atención a que la regulación de la proporcionalidad a nivel interno y supranacional es coincidente en el sentido de exigir que la injerencia se exprese a través de una ley. Por eso, de acuerdo con la juridicidad proporcional, la expresión normativa de la norma que fundamenta la pena y la pena deberán siempre una ley.

---

1337 Ver *Supra* §26.2.2.3.2.

## Conclusiones

Un primer aspecto importante que es necesario consignar a nivel de conclusiones, se relaciona con la base normativa de la potestad punitiva. El desarrollo dogmático estima que solo existe una única base y que esta constituida por la legalidad penal, en los términos definidos por el artículo 25.1 CE (y las normas del DIDH que también prevén la legalidad penal). De acuerdo con esta forma de comprender el fenómeno, puede concluirse en la existencia de una autorización constitucional de la potestad punitiva, en la medida que es la propia Constitución la que indica que solo la ley puede establecer los delitos y las penas. Atendida esta regla sobre la producción normativa, *a fortiori*, es preciso concluir, entonces, que el Derecho Penal mismo está autorizado.

Pero esa no es la única vía. Existe otra distinta que, aunque tampoco se refiere expresamente al Derecho Penal, es mucho más comprensiva del fenómeno penal que la legalidad penal. Me refiero a la autorización constitucional para la restricción de derechos fundamentales. En el Ordenamiento jurídico español, esa autorización se encuentra prevista en el artículo 53.1 CE.

Si se acepta como premisa que la prohibición penal contenida en la norma primaria o de conducta que emana de una disposición penal (como la <prohibición de matar> contenida en la norma de conducta <no matar> que emana de la <disposición artículo 138 CPe>) constituye una limitación de un derecho fundamental (en el caso del homicidio, de la libertad; en el de la injuria, de la libertad de expresión, etc.), desde el punto de vista constitucional, entonces, tal prohibición penal sería una injerencia al igual que lo es la prohibición de disponer libremente de los bienes por medio de acto testamentario. De esta forma, la prohibición penal está sometida al estatuto constitucional de limitación de derechos fundamentales. La Constitución no está preocupada, en este punto, sobre si la prohibición tiene el carácter de penal o no; solo le interesa que, en la medida que una medida constituya una injerencia sobre un derecho fundamental, se respeten los presupuestos que ella misma ha definido.

Tales presupuestos son de carácter formal y material. El presupuesto formal es que la injerencia sea autorizada por medio de una ley parlamentaria. Los de carácter material han sido desarrollados bajo la denominación genérica de *proporcionalidad* y se han incorporado al acervo cultural jurídico en buena parte del planeta; de hecho, algunas

Constituciones más modernas la han recogido expresamente en sus textos.

La adecuación de la proporcionalidad al Derecho Penal es lo que he denominado *juridicidad proporcional*, como una fórmula lingüística que pueda reemplazar a la de *legalidad penal*.

De esta forma, se produce una comparación entre las dos formas de formas de fundamentar el ejercicio de la potestad punitiva: la legalidad penal y la juridicidad proporcional. Varias son las razones que indican que debería preferirse a esta última en desmedro de la primera. La principal de esas razones, es que la juridicidad proporcional tiene un contenido material, del que la legalidad penal carece. Si ese contenido material se toma en serio, la juridicidad proporcional puede operar como un estatuto real de limitación a la potestad punitiva, en términos tan básicos, que ella está en condiciones, por ejemplo, que una determinada prohibición penal es constitucionalmente admisible y que, por tanto, no es legítima. Ese rendimiento no puede esperarse de la legalidad penal, porque ella no está diseñada para cumplir esa función, aunque alguna vez sí pudo estarlo.

El rendimiento limitador que puede esperarse de la juridicidad proporcional puede operar, incluso, respecto de fenómenos que pueden originar comportamientos anormales del Derecho Penal, como el populismo penal o el abuso simbólico de él.

El recurso a la ley que efectúan los sistemas normativos contemporáneos no es novedoso porque su utilización como instrumento de regulación puede apreciarse desde los más antiguos Ordenamientos jurídicos. Sin embargo, la Ilustración sí le confirió a la ley dos aspectos novedosos y aun revolucionarios: le atribuyó una posición orgánica como elemento central y hegemónico dentro del sistema de fuentes y le asignó un rol institucional como garantía de los derechos del hombre en sentido liberal-clásico. A partir de ese momento, la ley se desempeña como instrumento de regulación, pero, además, está llamada a desarrollar una función de articulación de los ordenamientos jurídicos, afirmación que es especialmente válida en la cultura jurídica continental. La vinculación de las democracias modernas con la ley es tan estrecha que prescindir de esta última impide comprender el Estado de Derecho. Esa vinculación se manifiesta en la sujeción al contenido del conjunto del aparato político y jurídico. En la forma básica de Estado de Derecho liberal estructurado a partir de finales del siglo XVIII de acuerdo con las ideas de la Ilustración, la ley ocupa un rol de salvaguarda de las personas respecto de la acción del Estado, garantizando la libertad y la propiedad de las personas, elementos básicos en la estructuración burguesa de la sociedad. Como reacción al Antiguo Régimen, la sociedad ilustrada reclama para sí el monopolio de la producción normativa y se lo atribuye al Parlamento.

El deber jurídico de cumplimiento de la ley se relaciona directamente con la principal función regulativa de esta: actuar como un límite a la actuación de los poderes públicos y privados. El sometimiento de estos a la ley y, en general, al ordenamiento jurídico es la característica de *juridicidad* que corresponde a uno de los elementos definitorios del Estado de Derecho. Pueden encontrarse distintas manifestaciones de la juridicidad; una de ellas es en el ámbito del Derecho Penal. Aquí, la <legalidad> adquiere el calificativo

de <penal> y consiste en que solo la ley puede definir válidamente qué conductas son constitutivas de delito y cuál es la pena que corresponde en caso de verificarse ese delito.

Los Derechos Penales nacionales desarrollados al alero de la tradición jurídica continental y anglosajona comparten una estructura similar: reconocen la libre elección de la persona como su principio fundante y como criterio básico e ineludible de legitimación de la responsabilidad penal. El Derecho Penal se estructura en torno a un conjunto compuesto por cuatro reglas fundamentales: legalidad penal, conducta, culpabilidad y responsabilidad personal<sup>1338</sup>. Lo anterior significa que diferencias esenciales entre ambas culturas en términos de construcción del Derecho Penal o no existen (y la consideración de tales obedece a un error de apreciación de la realidad) o son accidentales, pero en ningún caso, estructurales.

En la cultura jurídica continental (y también en la anglosajona), la legalidad penal otorga una respuesta exactamente a las mismas cuestiones: la definición de las fuentes de las que emana el Derecho Penal; criterios para determinar la aplicación o vigencia temporal de las leyes penales; el sometimiento de un hecho a una determinada legislación según cuál sea el lugar de ocurrencia de ese hecho; y normas o criterios para interpretar y aplicar la norma penal. En otras palabras, que un jurista continental y uno anglosajón se enfrentarán exactamente a los mismos interrogantes (de donde surge el Derecho Penal, qué norma penal se aplica a un hecho según su momento y lugar de comisión y cómo se aplica la norma penal); y las respuestas para todos ellos serán proporcionadas, por igual, por la legalidad penal.

Expresada en una fórmula latina introducida por FEUERBACH, *nullum crimen nulla poena sine lege*, la legalidad penal es un legado del pensamiento jurídico-político de la Ilustración. De acuerdo con la comprensión tradicional de esta en la dogmática, tal axioma puede descomponerse en cuatro garantías básicas (criminal, legalidad penal, legalidad de ejecución y legalidad jurisdiccional) de las que derivan un conjunto de prohibiciones (de irretroactividad, de aplicación analógica, de interpretación extensiva, de doble criminalización o incriminación).

A nivel de Derecho comparado en el marco de la cultura jurídica continental, la legalidad penal tiene una positivización altamente homogénea que adopta el axioma *nullum crimen nulla poena sine lege*, conclusión a la que se puede llegar si se comparan los textos normativos fundamentales de los países que integran esa tradición. De esta forma, es posible concluir en la existencia de un alto grado de armonización a nivel de los Derechos nacionales sobre el contenido que en ellos se le atribuye a la legalidad penal.

La sujeción a la ley parlamentaria como fuente del Derecho Penal a nivel de los sistemas nacionales produce un problema cuando al plexo normativo se agrega el DIDH. En este, la referencia a la <ley parlamentaria> efectuada por la legalidad penal en su versión nacional, es reemplazada por una referencia más amplia al «Derecho nacional o internacional». Es decir, la referencia a la *lex* cambia a una referencia al *iure*. Esto significa que la remisión normativa en que consiste la legalidad penal es distinta en el Derecho

---

1338 La estructura de un supraprincipio y principios fundamentales subordinados al primero corresponde a HALLEVY (2010, pp. 1-5).

nacional y en el DIDH y ella podría llegar a ser problemática si un tribunal nacional se enfrentara al juzgamiento de una conducta atípica en el Derecho interno, pero punible según el DIDH. La absolución por falta de tipicidad de la conducta implicaría darle preeminencia al Derecho interno y dejar de aplicar el DIDH, contraviniendo con ello el principio *pacta sunt servanda*. En cambio, la condena fundada en el DIDH, a pesar de cumplir con la obligación internacional del Estado de cumplir con los tratados (en la especie, el CEDH, el PIDCP y la CDFUE), implicaría una violación del Derecho interno.

En mi opinión, el problema puede resolverse dependiendo del tipo de conducta de que se trate. Si la tipicidad de la conducta solo está prevista en el Derecho interno, rige con toda su fuerza la versión interna de la legalidad penal, de modo que la adjudicación debe hacerse efectuarse con estricto apego a ella. Lo mismo vale para una conducta descrita como delito en el Derecho interno y en el DIDH con igual contenido en los órdenes normativos. Pero si la conducta solo está prevista en el DIDH y no en el Derecho interno, debe darse preeminencia a la versión supranacional de la legalidad penal, si a tal DIDH quiere conferírsele vigencia efectiva.

La conclusión anterior es plenamente válida si se toma a la legalidad penal, en los términos descritos en el artículo 25.1 CE, como la base normativa de la potestad punitiva. Sin embargo, el problema no se plantea, y la solución es más simple, si, en cambio, se toma a las normas sobre restricción de derechos como la base normativa para dicha potestad punitiva, en los términos del artículo 53.1 CE. En efecto, por esta vía interpretativa no se va a producir el problema de diferencias de fuentes del Derecho, porque a través de esa forma de interpretar el fundamento de la potestad punitiva, la solución normativa a la fuente formal es la misma, tanto en el Derecho interno como en el DIDH: solo la ley. La solución a este problema, más fácil en el ámbito de la injerencia, es una muestra más de lo preferible que esta vía de construcción de la base normativa de la potestad punitiva.

El Estado legalista influyó decididamente sobre la legalidad penal, mutando su original sentido de garantía y transformándolo en un contenido formal que se relaciona solo con la forma o medio jurídico habilitado para la creación de delitos y la determinación de penas; actúa, principalmente, como regla de reconocimiento en el sentido de HART. Es decir, que la legalidad penal solo puede responder a la pregunta sobre *cómo* establecer delitos y penas, es decir, a través de qué medios hacerlo, pero no puede atender a la pregunta de cuándo y qué prohibir penalmente. En atención a su carácter formal, la legalidad penal es una regla de atribución competencial, por cuanto define que el ejercicio de la potestad punitiva estatal corresponde al legislador y no a los otros centros de producción normativa constitucionalmente habilitados. Ese es el espíritu de la legalidad penal. Exigirle un rendimiento mayor, es condenarla a su fracaso como instituto de regulación.

La relación entre Derecho Penal y libertad ha sido tradicionalmente descrita como

conflictiva, por cuanto el Derecho Penal la restringe la libertad por la imposición de la pena. Sin embargo, estimo que a esa descripción debe agregarse, adicionalmente, que la libertad es restringida por el Derecho Penal, antes que por la consecuencia jurídica, por la prohibición que emana de cada norma que fundamenta la pena. Así, la legalidad penal actúa como una garantía (doble) de la libertad. Primero, porque solo la ley puede imponer la restricción que implica la prohibición penal; y, segundo, porque solo ella puede determinar la pena a imponerse en el caso de la infracción de la prohibición.

La definición de la forma a través de la que puede restringirse la libertad, adoptada con la legalidad penal, forma parte de la estrategia que ha adoptado la cultura continental para contener el ejercicio del poder del Estado. En esa estrategia pueden verse una serie de interrelaciones propias del ejercicio del poder. En resumidas cuentas, las concretas decisiones de política criminal primaria no son más que la expresión de esas relaciones de poder. La incorporación de un nuevo delito al ordenamiento es, en síntesis, la declaración de la victoria lograda por algún sector de la sociedad que tiene interés en penalizar esa conducta.

El modelo de democracia liberal optó en su momento por legalidad penal como estrategia adecuada; y de allí, ha llegado hasta la democracia representativa. Tres son los argumentos por los que la democracia se decantó por la legalidad penal: representatividad, consenso y responsabilidad política del parlamento. Estos tres factores, interrelacionados entre sí, estarían en condiciones de garantizar que las decisiones de política criminal primaria se mantendrían dentro de los márgenes tolerables dentro de una democracia. El contenido de la prohibición penal así construida sería portador de una decisión de penalización que dé cuenta de las expectativas sociales en un equilibrio entre los intereses de la mayoría que no desconozca los de la minoría.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, aunque el Estado sigue manteniendo monopólicamente la función reguladora, la ubicación central y privilegiada que la ley ocupó en el Estado liberal previo es disputada por una nueva forma de regulación: la norma constitucional (constitucionalización del Derecho). Hasta antes de esta evolución, la norma constitucional regulaba básicamente la forma de producción de la ley, pero sin determinar los límites de su contenido. Las normas constitucionales pasan a tener eficacia normativa, de modo que, no solo el legislador en la producción y determinación del contenido de la norma, sino también los jueces en la aplicación de ella quedan vinculados, antes que todo, a la Constitución.

Esta evolución produjo el nacimiento de una nueva forma dogmática en el Derecho Penal: la orientación constitucional. Esta tiene especial importancia para los efectos de esta investigación, por cuanto la orientación constitucional justifica la necesidad de construir, interpretar y aplica el Derecho Penal de acuerdo con las normas y principios constitucionales. La legalidad penal, por tanto, debe ser comprendida en clave constitucional.

En su comprensión tradicional, la legalidad penal contribuye a la verificación efectiva de la seguridad jurídica como valor dentro del Estado democrático de Derecho, ya que permite la predictibilidad y la previsibilidad de la reacción penal frente al conflicto

jurídico. La *predictibilidad* permite conocer, *a priori*, si un determinado conflicto es o no de aquellos que se resuelve a través del Derecho Penal; mientras que la previsibilidad, por su parte, conocer la entidad de tal reacción. Ambas solo son posibles si, a su vez, la legalidad penal es posible.

En la cultura jurídica continental, la legalidad penal se desenvuelve de una forma particular dentro del Derecho Penal sustantivo, y de otra distinta, en el Derecho procesal penal. El primero puede considerarse como un aspecto negativo de la legalidad penal, expresado en el axioma *nullum crimen nulla poena sine lege*. Mientras que en el segundo, esto es, en el Derecho Penal instrumental, la legalidad penal adquiere un sentido positivo: todos los hechos que revisten los caracteres de delito deben ser investigados y enjuiciados. Esta diferenciación entre un aspecto negativo y otro positivo de la legalidad penal es, probablemente, uno de los puntos de mayor disociación conceptual de la legalidad penal entre la cultura jurídica continental y la anglosajona. En esta última, la legalidad penal solo se comprende en su sentido negativo; mientras que un deber (activo) de perseguir penalmente los hechos que revisten los caracteres de delito, es impensable.

Así como no es posible analizar la legalidad penal sin una referencia a sus orígenes históricos ilustrados, dar debida cuenta de ella requiere una mirada al presente y al futuro. El desarrollo dogmático de lo que he denominado como <comprensión tradicional de la legalidad penal> no ha incorporado una nueva variable en su análisis. Esta consiste en lo que se ha llamado la revolución de los derechos humanos, que ha producido una ideología que es, a la vez, tanto explicativa del ejercicio del poder, como de legitimación de este.

Los impactos que produce la revolución de los derechos humanos en la legalidad penal son variados y de distinta intensidad.

En primer lugar, y siguiendo el orden de intensidad, el DIDH ha remodelado la legalidad penal. Aunque el DIDH incorpora la legalidad penal dentro del catálogo de garantías de la libertad, ha definido su fisonomía. Como el DIDH está construido para ser aplicado tanto en el ámbito continental como en el anglosajón, la legalidad penal en él (a) no es con referencia exclusiva a la ley, sino al Derecho en su conjunto, permitiendo la incorporación de las fuentes formales propias del *common law*; y (b) incorpora las fuentes del Derecho internacional. En síntesis, el axioma según el DIDH pasa a ser *nullum crimen nulla poena sine iure*, donde *iure* reemplaza a la *lege* de los ordenamientos continentales.

Este reemplazo de *lege* por *iure* no es indiferente, como ya se dijo previamente en estas Conclusiones.

En segundo lugar, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y la constitucionalización del Derecho, partes de la ideología de los derechos humanos, se presentan como problemáticas. En efecto, el contenido esencialmente formal de la legalidad penal en la comprensión tradicional dificulta su adecuada articulación con los derechos fundamentales. La juridicidad proporcional, en cambio, ofrece mejores posibilidades de compatibilización del Derecho Penal con la ideología de los derechos humanos.

Desde una posición crítica, se podría sostener que la juridicidad proporcional adolece de deficiencias serias que le confieren un carácter utópico o impracticable. Entre tales deficiencias estaría que ella no está positivizada expresamente en la Constitución y, por tanto, carece de un marco normativo seguro para su aplicación.

El presupuesto de esta crítica es verdadero, pero no lo es su derivación. En efecto, es cierto que la juridicidad proporcional (ni su género, la proporcionalidad) tienen un reconocimiento expreso en el texto constitucional. Pero ello no significa que, en consecuencia, (a) su aplicación esté prohibida o (b) que sea imposible aplicarla por su indeterminación.

Aunque la CE carece de una norma como las disponibles en el sistema constitucional canadiense o sudafricano que recogen la proporcionalidad con un alto nivel de regulación de sus componentes materiales, ello no significa, en primer lugar, que el razonamiento de acuerdo con las ideas matrices de la proporcionalidad esté vedado para la jurisdicción constitucional española. De hecho, la CE dispone que la limitación de un derecho «deberá respetar su contenido esencial» (artículo 53.1), prohíbe la «arbitrariedad de los poderes públicos» (artículo 9.1) y que el respeto de los «derechos de los demás» es «fundamento del orden político y de la paz social» (artículo 10.1). El contenido de esas disposiciones está incluido en el concepto de proporcionalidad; dicha de otra forma, que la proporcionalidad es una vía interpretativa adecuada para materializar esas disposiciones.

La segunda crítica que podría formularse a la proporcionalidad (y, por accesión, a la juridicidad proporcional) consiste en su falta de definición. En este caso, ya el presupuesto de la crítica es falso. En efecto, si algo caracteriza a la proporcionalidad es precisamente un extenso desarrollo dogmático y jurisprudencial tanto de tribunales nacionales como supranacionales. Lo que sí es cierto es que la abundancia de material puede producir dispersión conceptual; pero en el caso de la proporcionalidad, ese riesgo es mucho menor que en algunas áreas de la propia teoría del delito. El desarrollo de la proporcionalidad tiene una base que goza de una cierta homogeneidad que permite a cualquier jurista acceder a sus puntos centrales. A partir de esos elementos centrales, distintos autores y los diferentes tribunales han construido variaciones teóricas o explicativas, pero que no llegan a producir un caos en la teoría. Hay, como en todo, algunos excesos (uno de ellos, a mi juicio, la ley del peso de ALEXY que recurre a una axiomatización que la aleja de la comprensión del jurista no entrenado en lógica ni en teoría de conjuntos), pero que no son más que intentos por conferirle a la proporcionalidad rasgos de racionalización que terminan por hiperracionalizarlo.

Pero la crítica de la ausencia de definición no puede ser confundida con la propia naturaleza de cualquier fenómeno jurídico que consiste en operar sobre una realidad borrosa, con soluciones contenidas en normas que, como toda expresión lingüística, tiene los problemas propios de lenguaje.



### 36. Tabla 5. Consagración positiva de la legalidad penal en países de cultura jurídica continental que integran la Unión Europea y la Organización de Estados Americanos

- *Alemania*

Artículo 103. [Derecho a ser oído, prohibición de leyes penales con efectos retroactivos y el principio de ne bis in ídem] ... / (2) Un acto sólo podrá ser penado si su punibilidad estaba establecida por ley anterior a la comisión del acto.

Fuente: ver Abreviaturas.

- *Argentina*

Artículo 18. Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

Artículo 19. Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Fuente: texto proporcionado por el Gobierno argentino, disponible en: [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>].

- **Austria**

Artículo 91. ... / 2. En los delitos castigados con penas graves, *que serán debidamente especificados por la ley*, así como en todas las infracciones y faltas de índole política, competirá a los jurados (Geschworene) pronunciarse sobre la culpabilidad del acusado.

Fuente: traducción del Consejo Económico y Social de España, disponible en: [<http://www.ces.es/TRES-MED/docum/aus-cttn-esp.pdf>].

- **Bélgica**

Artículo 12. Se garantiza la libertad individual.

Nadie podrá ser perseguido sino en los casos previstos por la ley y en la forma por ella prescrita.

Fuera del caso de flagrante delito, nadie podrá ser detenido salvo en virtud de resolución motivada del juez, que deberá notificarse en el momento de la detención o a más tardar dentro de las veinticuatro horas siguientes.

Artículo 14. No se podrá establecer ni imponer ninguna pena, sino en virtud de lo dispuesto en la ley.

Fuente: traducción propia del texto en inglés del Parlamento belga, disponible en: [[https://www.dekamer.be/kvocr/pdf\\_sections/publications/constitution/GrondwetUK.pdf](https://www.dekamer.be/kvocr/pdf_sections/publications/constitution/GrondwetUK.pdf)]

- **Brasil**

Art. 5. Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos:

...

XXXIX no hay delito sin ley anterior que lo defina, ni pena sin previa conminación legal;

XL la ley penal no será retroactiva salvo para beneficiar al reo.

Fuente: texto en español publicado por la Red Iberoamericana de protección de datos, disponible en: [[http://www.redipd.es/legislacion/common/legislacion/Brasil/constitucion\\_brasil\\_1988.pdf](http://www.redipd.es/legislacion/common/legislacion/Brasil/constitucion_brasil_1988.pdf)].

- **Bulgaria**

Artículo 5.

(1) La Constitución será la ley suprema, y ninguna otra ley la contravendrá.

(2) Las disposiciones de la Constitución se aplicarán directamente.

(3) Nadie será condenado por acción u omisión que al momento en que se haya ejecutado, no haya constituido un crimen.

(4) Los instrumentos internacionales que hayan sido ratificados por los procedimientos constitucionalmente establecidos, promulgados y hayan entrado en vigor con respecto a la República de Bulgaria, serán considerados partes de la legislación doméstica del país. Ellos sustituirán cualquier legislación doméstica que estipule lo contrario.

(5) Todos los actos legislativos serán promulgados y entrarán en vigor tres días después de su promulgación a menos que lo contrario se prevea en los actos mismos.

Fuente: traducción propia del texto inglés proporcionado por el Ministerio de Desarrollo Regional y Trabajos Públicos de Bulgaria, disponible en: [<https://www.mrrb.bg/en/constitution-of-the-republic-of-bulgaria/>].

- **República Checa**

Artículo 2.

...

(3) Cualquiera puede hacer lo que no esté prohibido por la ley; y nadie puede ser compelido a hacer aquello que no sea impuesto por una ley.

Artículo 39. Solo una ley puede designar aquellos actos que constituyen un crimen y qué penalidades, u otros detrimentos a los derechos o a la propiedad, pueden ser impuestos por cometerlos.

Fuente: Carta de Derechos Fundamentales y Libertades, traducción propia del texto en inglés proporcionado por la Corte Constitucional de la República Checa, disponible en: [[https://www.usoud.cz/fileadmin/user\\_upload/ustavni\\_soud\\_www/Pravni\\_uprava/AJ/Listina\\_English\\_version.pdf](https://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/Pravni_uprava/AJ/Listina_English_version.pdf)].

La Carta Derechos Fundamentales y Libertades forma parte de la Constitución, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 de esta última).

- **Chile**

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: N° 3. ... Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Fuente: ver Abreviaturas.

- **Chipre**

Ver *Chipre*, en Anexo 2.

- **Colombia**

Artículo 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

Fuente: repositorio de Constituciones americanas, disponible en: [[http://www.cervantesvirtual.com/portales/constituciones\\_hispanoamericanas/catalogo\\_paises/](http://www.cervantesvirtual.com/portales/constituciones_hispanoamericanas/catalogo_paises/)].

- **Costa Rica**

Artículo 39. A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de una sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercer su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.

Fuente: texto proporcionado por la Universidad de Georgetown, disponible en: [<http://pdba.georgetown.edu/Parties/CostaRica/Leyes/constitucion.pdf>].

- **Croacia**

Artículo 22.

La libertad humana y la personalidad serán inviolables.

Ninguna persona será privada de su libertad, ni podrá tal libertad serle restringida, sobre lo cual decidirá una corte.

Artículo 31.

Nadie será castigado por un acto que, antes de su comisión, no estaba definido como

un delito punible por el Derecho doméstico o internacional, ni puede tal individuo ser condenado a una pena que no haya estado entonces definida por la ley. Si una pena menos severa es determinada por la ley después de la comisión de tal acto, se impondrá esa pena.

(...)

El estatuto de limitaciones no se aplicará a los delitos penales de aprovechamiento de la guerra, ni a los delitos penales perpetrados en el curso de la transformación económica y privatización y los perpetrados durante el período de la Guerra de la Patria y la reintegración pacífica, en tiempos de guerra y durante tiempos de peligro inminente y actual para la independencia y la integridad territorial del estado, según lo estipulado por la ley, o aquellos que no están sujetos al estatuto de limitaciones según el derecho internacional. Cualquier ganancia obtenida por estos actos o en conexión con ellos será confiscada.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por la Organización Internacional de Propiedad Intelectual, disponible en: [<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/hr/hr060en.pdf>].

- **Cuba**

Artículo 59. Nadie puede ser encausado ni condenado sino por tribunal competente en virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que estas establecen. Todo acusado tiene derecho a la defensa. / ... / Es nula toda declaración obtenida con infracción de este precepto y los responsables incurrirán en las sanciones que fija la ley.

Artículo 61. Las leyes penales tienen efecto retroactivo cuando sean favorables al encausado o sancionado. Las demás leyes no tienen efecto retroactivo a menos que en las mismas se disponga lo contrario por razón de interés social o utilidad Pública.

Fuente: texto proporcionado por el Gobierno cubano, disponible en: [<http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm>].

- **Dinamarca**

Sección 71.

Subsección 1. La libertad personal será inviolable. Ningún danés será, de ninguna manera, privado de su libertad debido a sus convicciones políticas o religiosas o debido a su descendencia.

Subsección 2. Una persona será privada de su libertad solo cuando sea permitido por la ley.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Parlamento de Dinamarca, disponible en: [[https://www.thedanishparliament.dk/~media/pdf/publikationer/english/my\\_constitutional\\_act\\_with\\_explanations.ashx](https://www.thedanishparliament.dk/~media/pdf/publikationer/english/my_constitutional_act_with_explanations.ashx)].

- **Ecuador**

Artículo 76. En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

...

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento

de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

Fuente: texto proporcionado por la OEA, disponible en: [[https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp\\_ecu-int-text-const.pdf](https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-const.pdf)].

- ***El Salvador***

Artículo 8. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe.

Artículo 15. Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley.

Fuente: texto proporcionado por la OEA, disponible en: [[http://www.oas.org/dil/esp/constitucion\\_de\\_la\\_republica\\_del\\_salvador\\_1983.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/constitucion_de_la_republica_del_salvador_1983.pdf)].

- ***Eslovaquia***

Artículo 49. Solo la ley establecerá qué conducta es un delito penal y cuál es su castigo; eventualmente, se podrán imponer otras restricciones a los derechos personales o la propiedad por cometerlos.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por la Presidencia de Eslovaquia, disponible en: [<https://www.prezident.sk/upload-files/46422.pdf>].

- ***Eslovenia***

Artículo 28. (Principio de legalidad en el derecho penal).

Nadie puede ser castigado por un acto que no haya sido declarado un delito penal según la ley o por el cual no se haya prescrito una sanción en el momento en que se ejecutó el acto.

Se establecerán los actos que son criminales y las sanciones resultantes se pronunciarán de acuerdo con la ley vigente en el momento en que se llevó a cabo el acto, excepto cuando una ley más reciente adoptada sea más indulgente con el delincuente.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el sitio web de la República de Eslovenia, disponible en: [<https://www.us-rs.si/media/constitution.pdf>].

- ***España***

Artículo 25

1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

2. 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 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 al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su per-

sonalidad.

3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.

#### Artículo 81

1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.

2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto.

Fuente: ver abreviaturas.

#### • *Estonia*

§23. Nadie puede ser condenado por un acto que no haya constituido un delito penal bajo la ley en vigor al tiempo en que fue cometido. / Nadie será sentenciado a una pena que sea más severa que aquella que era aplicable al tiempo en que el delito fue cometido. Si, después de la comisión de un delito, la ley prevé una pena menor, se aplica esa pena menor. / nadie puede ser perseguido o sentenciado por una segunda vez por un acto respecto del cual él o ella ha sido objeto de una condena de término de acuerdo con la ley.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por la Gaceta Oficial de la República de Eslovenia, disponible en: [<https://www.riigiteataja.ee/en/eli/530102013003/consolide>].

#### • *Finlandia*

Artículo 8. El principio de legalidad en materia penal.

Nadie podrá ser considerado culpable de un delito ni condenado por un acto que en el momento de su comisión no estuviere penado por Ley. No podrá condenarse por un delito a una pena más severa que la establecida por Ley en el momento de su comisión.»

Fuente: Ministerio de Justicia de Finlandia, disponible en: [<http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1999/es19990731.pdf>].

#### • *Francia*

Artículo 5. La Ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la Sociedad. Nada que no esté prohibido por la Ley puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer algo que ésta no ordene.

Artículo 8. La Ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan sólo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente.

Fuente: Publicado por el Consejo Constitucional francés, disponible en: [[https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/espagnol/es\\_ddhc.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf)].

#### • *Grecia*

Artículo 7.- 1. No podrá haber delito, ni podrá imponerse ninguna pena sin ley que haya entrado en vigor antes que el acto haya sido cometido y que determine los elementos constitutivos de éste. En ningún caso podrá imponerse una pena más grave que la

establecida por la ley en el momento de haberse cometido el acto.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Parlamento griego, disponible en: [<https://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/001-156%20aggliko.pdf>].

- **Guatemala**

Artículo 17. No hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración.

Fuente: texto proporcionado por la OEA, disponible en: [[https://www.oas.org/juridico/mla/sp/gtm/sp\\_gtm-int-text-const.pdf](https://www.oas.org/juridico/mla/sp/gtm/sp_gtm-int-text-const.pdf)].

- **Honduras**

Artículo 95. Ninguna persona será sancionada con penas no establecida previamente en la Ley, ni podrá ser juzgada otra vez por los mismos hechos punibles que motivaron anteriores enjuiciamientos.

Fuente: texto proporcionado por la OEA, disponible en: [[https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_de\\_Honduras.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_de_Honduras.pdf)].

- **Hungría**

Artículo IV.

(1) Todos tendrán el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona.

(2) Nadie será privado de su libertad excepto por razones especificadas en una Ley y de acuerdo con los procedimientos previstos en una Ley. El encarcelamiento de por vida sin libertad condicional solo se impondrá por la comisión de delitos penales intencionales y violentos.

Fuente: traducción propia del texto en inglés provisto por el sitio web del Gobierno húngaro, disponible en: [[https://www.kormany.hu/download/f/3e/61000/TheFundamentalLawofHungary\\_20180629\\_FIN.pdf](https://www.kormany.hu/download/f/3e/61000/TheFundamentalLawofHungary_20180629_FIN.pdf)].

- **Irlanda**

Artículo 15.2.1. El poder único y exclusivo de hacer leyes para el estado se confiere al Parlamento Nacional: ninguna otra autoridad legislativa tiene el poder de hacer leyes para el estado.

Artículo 15.5.1. El Parlamento Nacional [Oireachtas] no declarará actos que sean infracciones de la ley que no lo fueran en la fecha de su comisión.

Fuente: traducción propia del texto en inglés publicado por el Gobierno irlandés, disponible en: [<https://assets.gov.ie/6523/5d90822b41e94532a63d955ca76fdc72.pdf>].

- **Italia**

Artículo 25. Nadie podrá ser sustraído al juez natural establecido por la ley. Nadie podrá ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes de haberse cometido el hecho. Nadie podrá ser sometido a medidas de seguridad sino en los casos previstos por la ley.

Fuente: traducción española publicada por el Consejo Económico y Social de España, disponible en: [<http://www.ces.es/TRESMED/docum/ita-cttn-esp.pdf>].

- **Letonia**

89. El Estado reconocerá y protegerá los derechos humanos de acuerdo con esta Constitución, las leyes y los acuerdos internacionales vinculantes para Letonia.

[...]

91. Todos los seres humanos en Letonia serán iguales ante la ley y los tribunales. Los derechos humanos se cumplirán sin discriminación de ningún tipo.

[...]

94. Todos tienen derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie será privado de su libertad, ni esta restringida, de otra manera que no sea de acuerdo con la ley.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de Letonia, disponible en: [<https://likumi.lv/ta/en/en/id/57980>]

- **Lituania**

Artículo 31. Toda persona se presume inocente hasta que se pruebe su culpabilidad de acuerdo con el procedimiento determinado por la Ley y declarada culpable por una efectiva sentencia de una corte.

Toda persona acusada tiene derecho a un enjuiciamiento justo y público por un tribunal independiente e imparcial.

Las penas sólo pueden ser ejecutadas o aplicadas sobre la base de la ley.

Ninguna persona será castigada dos veces por el mismo delito.

Desde el momento del arresto de la primera interrogación, a las personas sospechosas o acusadas de un delito se les garantizará el derecho a la defensa y a un abogado.

Fuente: traducción propia del texto en inglés del repositorio EuroPAM, disponible en: [<http://europam.eu/?module=legislation&country=Lithuania>].

- **Luxemburgo**

Artículo 14. Ninguna pena podrá ser establecida ni aplicada, sino en virtud de la ley.

Fuente: traducción propia del texto oficial proporcionado por el Diario Oficial de Luxemburgo, disponible en: [<http://data.legilux.public.lu/file/eli-etat-leg-recueil-constitution-20161020-fr-pdf.pdf>].

- **México**

Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

Fuente: texto proporcionado por el Gobierno mexicano, disponible en: [<http://www.sct.gob.mx/JURE/doc/cpeum.pdf>].

- **Nicaragua**

Artículo 34. Toda persona en un proceso tiene derecho, en igualdad de condiciones al debido proceso y a la tutela judicial efectiva y, como parte de ellas, a las siguientes garantías mínimas:

...

11. A no ser procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca como punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley. Se prohíbe dictar leyes proscriptivas o aplicar al reo penas o tratos infamantes.

Fuente: texto proporcionado por la Asamblea Nacional nicaragüense, disponible en: [<https://www.asamblea.gob.ni/assets/constitucion.pdf>].

- ***Países Bajos***

Artículo 16. Ningún ilícito será punible a menos que fuera un delito según la ley en el momento en que se cometió.

Artículo 89. ... / 2. Cualquier regulación que prevea sanciones se incorporará en dichos mandatos únicamente de conformidad con una Ley del Parlamento. Las sanciones a ser impuestas se determinarán por Ley.

Fuente: traducción propia del texto contenido en el sitio web del Gobierno holandés, disponible en: [<https://www.government.nl/binaries/government/documents/regulations/2012/10/18/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008.pdf>].

- ***Panamá***

Artículo 31. Sólo serán penados los hechos declarados punibles por Ley anterior a su perpetración y exactamente aplicable al acto imputado.

Fuente: texto proporcionado por el Gobierno panameño, disponible en: [[https://www.constitucion.gob.pa/tmp/file/30/2004\\_TEXTO\\_UNICO.pdf](https://www.constitucion.gob.pa/tmp/file/30/2004_TEXTO_UNICO.pdf)]

- ***Paraguay***

Artículo 11. De la privación de la libertad. Nadie será privado de su libertad física o procesado, sino mediando las causas y en las condiciones fijadas por esta Constitución y las leyes.

Artículo 14. De la irretroactividad de la ley. Ninguna ley tendrá efecto retroactivo, salvo que sea más favorable al encausado o al condenado.

Fuente: texto proporcionado por la OEA, disponible en: [[http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2\\_pry\\_anexo3.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_pry_anexo3.pdf)].

- ***Perú***

Artículo 2. Derechos fundamentales de la persona. Toda persona tiene derecho:

...

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

...

d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al momento de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.

Fuente: texto proporcionado por la OEA, disponible en: [[https://www.oas.org/juridico/spanish/per\\_res17.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf)].

- ***Polonia***

Artículo 42. Solo una persona que haya cometido un acto prohibido por una ley en vigor en el momento de su comisión, y que esté sujeto a pena, será declarado cri-

minalmente responsable. Este principio no impedirá el castigo por un acto que, en el momento de su comisión, constituyó un delito de acuerdo con el sentido del derecho internacional.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno polaco, disponible en: [<https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>].

- **Portugal**

Artículo 29. Aplicación de la ley penal.

1. Nadie podrá ser condenado penalmente sino en virtud de ley anterior que declare punible la acción o la omisión, ni sufrir medida alguna de seguridad privativa de libertad cuyos supuestos no estén fijados en una ley anterior.

2. Lo dispuesto en el número anterior no será óbice para que se castigue, dentro de los límites de las leyes internas, toda acción u omisión que en el momento de cometerse sea considerada delictiva según los principios generales de Derecho internacional comúnmente reconocidos.

3. No se podrán aplicar penas o medidas de seguridad privativas de libertad que no estén expresamente previstas en una ley anterior.

4. Nadie podrá sufrir pena o medida de seguridad privativa de libertad más grave de la que este prevista en el momento de la conducta que la motive, aplicándose retroactivamente las leyes penales de contenido más favorable al imputado.

5. Nadie podrá ser juzgado más de una sola vez por la comisión del mismo delito 13.

Fuente: texto en español proporcionado por la Conferencia Interamericana de Justicia Constitucional, disponible en: [<https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/PORTUGAL-Constitucion.pdf>].

- **Rumania**

Artículo 15.

...

(2) La ley dispone solo para el futuro, a excepción de la ley penal más favorable.

Artículo 23. (12) La pena puede ser impuesta o ejecutada solo con fundamento y en las condiciones definidas en la ley.»

Fuente: traducción propia del texto inglés proporcionado por GALLANT (2009, p. 511)).

- **Suecia**

Artículo 10. Nadie será sentenciado a una pena o sanción penal por acto que no estaba sujeto a una sanción penal al tiempo en que fue cometido. Nadie puede ser condenado a una sanción penal que sea más severa que la que estaba en vigor cuando el acto fue cometido. Las normas previstas aquí con respecto a sanciones penales también se aplican a la confiscación y a otros efectos legales especiales del delito.

(...)

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Parlamento de Suecia (Riksdag), disponible en: [<https://www.riksdagen.se/globalassets/07.-dokument--lagar/the-constitution-of-sweden-160628.pdf>].

- **Surinam**

Artículo 131.

...

2. Ningún acto será sancionable sino solo en virtud de una regulación legal previamente determinada.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Parlamento de Surinam, disponible en: [<http://www.parliament.am/library/sahmanadrutyunner/surinam.pdf>].

- **Uruguay**

Artículo 12. Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal.

Artículo 13. La ley ordinaria podrá establecer el juicio por jurados en las causas criminales.

Artículo 14. No podrá imponerse la pena de confiscación de bienes por razones de carácter político.

Artículo 15. Nadie puede ser preso sino infraganti delito o habiendo semiplena prueba de él, por orden escrita de Juez competente.

Artículo 16. En cualquiera de los casos del artículo anterior, el Juez, bajo la más seria responsabilidad, tomará al arrestado su declaración dentro de veinticuatro horas, y dentro de cuarenta y ocho, lo más, empezará el sumario. La declaración del acusado deberá ser tomada en presencia de su defensor. Este tendrá también el derecho de asistir a todas las diligencias sumariales.

Artículo 17. En caso de prisión indebida el interesado o cualquier persona podrá interponer ante el Juez competente el recurso de «habeas corpus», a fin de que la autoridad aprehensora explique y justifique de inmediato el motivo legal de la aprehensión, estándose a lo que decida el Juez indicado.

Artículo 18. Las leyes fijarán el orden y las formalidades de los juicios.

Artículo 19. Quedan prohibidos los juicios por comisión.

Artículo 20. Quedan abolidos los juramentos de los acusados en sus declaraciones o confesiones, sobre hecho propio; y prohibido el que sean tratados en ellas como reos.

Artículo 21. Queda igualmente vedado el juicio criminal en rebeldía. La ley proveerá lo conveniente a este respecto.

Artículo 22. Todo juicio criminal empezará por acusación de parte o del acusador público, quedando abolidas las pesquisas secretas.

Fuente: texto proporcionado por el Parlamento uruguayo, disponible en: [<https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitución>].

- **Venezuela**

Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:

...

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

Fuente: texto proporcionado por la OEA, disponible en: [[https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp\\_ven-int-const.html](https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html)].

**37. Tabla 6. Aspectos de la legalidad penal positivizados en países miembros de la Unión Europea<sup>1339</sup>**

	NC	NP	LM	JE	PP	LI	T
Alemania	Sí	Sí	Sí	Sí	-	C CP	PIDCP CEDH
Austria	Sí	Sí	Sí	-	-	CP	PIDCP CEDH
Bélgica	Sí	Sí	Sí	Sí	-	C CP	PIDCP CEDH
Bulgaria	Sí	Sí	Sí	Sí	-	C CP	PIDCP CEDH
Rep. Checa	Sí	Sí	Sí	-	-	C	PIDCP CEDH
Chipre	Sí	Sí	-	-	-	C	PIDCP CEDH
Croacia	Sí	Sí	Sí	-	-	C	PIDCP CEDH
Dinamarca	-	-	-	-	-	C CP	PIDCP CEDH
Eslovaquia	Sí	Sí	Sí	Sí	-	C	PIDCP CEDH
Eslovenia	Sí	Sí	Sí	-	-	C	PIDCP CEDH
España	Sí	Sí	Sí	-	-	C CP	PIDCP CEDH
Estonia	Sí	Sí	Sí	-	-	C	PIDCP CEDH
Finlandia	Sí	Sí	Sí	Sí	-	C	PIDCP CEDH
Francia	Sí	Sí	Sí	-	-	C	PIDCP CEDH
Grecia	Sí	Sí	Sí	-	-	C	PIDCP CEDH
Hungría	Sí	Sí	Sí	-	-	C CP	PIDCP CEDH
Irlanda	Sí	Sí	Sí	Sí	-	C	PIDCP CEDH
Italia	Sí	Sí	Sí	Sí	-	C CP	PIDCP CEDH
Letonia	-	-	-	-	-	C	PIDCP CEDH

<sup>1339</sup> Construida sobre la base de la información proporcionada por GALLANT (2009, pp. 438-539) y revisión personal (R.N.).

Lituania	Sí	Sí	Sí	Sí	-	C CP	PIDCP CEDH
Luxemburgo	Sí	Sí	Sí	Sí	-	C CP	PIDCP CEDH
Malta	Sí	Sí	Sí	-	-	C	PIDCP CEDH
Países Bajos	Sí	Sí	Sí	-	-	C CP	PIDCP CEDH
Polonia	Sí	Sí	Sí	Sí	-	C	PIDCP CEDH
Portugal	Sí	Sí	Sí	Sí	-	C	PIDCP CEDH
Reino Unido	Sí	Sí	Sí	-	-	C <sup>1340</sup>	PIDCP CEDH
Rumanía	Sí	Sí	Sí	Sí	-	C	PIDCP CEDH
Suecia	Sí	Sí	Sí	Sí	-	C	PIDCP CEDH

NC = Nullum crimen. Exigencia de que la conducta punible esté descrita en una ley.

NP = Nulla poena. Exigencia de que la pena a imponer esté determinada en una ley.

LM=Lex mitior. Regla que determina que tiene eficacia retroactiva una norma penal posterior más favorable.

JE = Jurisdicción especial. Regla sobre la posibilidad de prever tribunales especiales, como la jurisdicción militar.

PP = Pena personal. Regla de acuerdo con la que la pena penal es personal y, como tal, solo puede imponerse al personalmente responsable del delito.

LI = Legislación interna. Indica el sustento normativo de la regla o principio en el ordenamiento nacional, donde «C» es «Constitución» y «CP» es «Código Penal» o legislación infraconstitucional.

T = Tratado. Indica el o los tratados de los que cada Estado es parte.

1340 El Reino Unido no tiene una Constitución escrita. Se han considerado en esta Tabla las disposiciones de la *Human Rights Act* de 1998. El Reino Unido decidió su salida de la Unión Europea.

**38. Tabla 7. Aspectos de la legalidad penal positivizados en países miembros de la Organización de Estados Americanos<sup>1341</sup>**

	NC	NP	LM	JE	PP	LI	T
Antigua y Barbuda	Sí	Sí	-	-	-	C	-
Argentina	Sí	Sí	Sí	Sí	-	C	PIDCP CADH
Bahamas	Sí	Sí	-	-	-	C	-
Barbados	Sí	Sí	Sí	-	-	C	PIDCP CADH
Belice	Sí	Sí	Sí	-	-	C	PIDCP
Bolivia	Sí	Sí	Sí	Sí	-	C CP	PIDCP CADH
Brasil	Sí	Sí	-	Sí	Sí	C	PIDCP CADH
Canadá	Sí	Sí	Sí	-	-	C	PIDCP
Chile	Sí	Sí	Sí	Sí	-	C CP	PIDCP CADH
Colombia	Sí	Sí	Sí	-	-	C	PIDCP CADH
Costa Rica	Sí	Sí	Sí	Sí	-	C CP	PIDCP CADH
Cuba	Sí	Sí	Sí	-	-	C	-
Dominica	Sí	Sí	Sí	-	-	C	PIDCP CADH <sup>1342</sup>
Ecuador	Sí	Sí	Sí	-	-	C	PIDCP CADH
El Salvador	Sí	Sí	Sí	Sí	-	C	PIDCP CADH
EEUU de Norteamérica	Sí	Sí	-	-	-	C	PIDCP <sup>1343</sup> CADH
Granada	Sí	Sí	Sí	-	-	C	PIDCP CADH <sup>1344</sup>
Guatemala	Sí	Sí	Sí	-	-	C CP	PIDCP CADH
Guyana	Sí	Sí	Sí	-	-	C	PIDCP

1341 Construida sobre la base de la información proporcionada por GALLANT (2009, pp. 438-539) y revisión personal (R.N.).

1342 El Estado de Dominica no ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1343 Estados Unidos de Norteamérica hizo reserva sobre la aplicación de la regla de retroactividad de la ley penal más favorable.

1344 El Estado de Granada no ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Haití	Sí	Sí	Sí	Sí	-	C	PIDCP CADH
Honduras	Sí	Sí	Sí	-	-	C	PIDCP CADH
Jamaica	Sí	Sí	Sí	-	-	C	PIDCP CADH
México	Sí	Sí	Sí	Sí	-	C	PIDCP CADH
Nicaragua	Sí	Sí	Sí	-	-	C CP	PIDCP CADH
Panamá	Sí	Sí	Sí	-	-	C CP	PIDCP CADH
Paraguay	Sí	Sí	Sí	Sí	-	C CP	PIDCP CADH
Perú	Sí	Sí	Sí	Sí	-	C CP	PIDCP CADH
República Domini- cana	Sí	Sí	Sí	-	-	C CP	PIDCP CADH
San Kitts y Nevis	Sí	Sí	-	-	-	C	-
San Vicente y las Granadinas	Sí	Sí	Sí	-	-	C	-
Santa Lucía	Sí	Sí	-	-	-	C	-
Surinam	Sí	Sí	Sí	Sí	-	C	PIDCP CADH
Trinidad y Tobago	Sí	Sí	Sí	-	-	C	PIDCP
Uruguay	Sí	Sí	Sí	Sí	-	C CP	PIDCP CADH
Venezuela	Sí	Sí	Sí	Sí	-	C CP	PIDCP CADH

NC = Nullum crimen. Exigencia de que la conducta punible esté descrita en una ley.

NP = Nulla poena. Exigencia de que la pena a imponer esté determinada en una ley.

LM=Lex mitior. Regla que determina que tiene eficacia retroactiva una norma penal posterior más favorable.

JE = Jurisdicción especial. Regla sobre la posibilidad de prever tribunales especiales, como la jurisdicción militar.

PP = Pena personal. Regla de acuerdo con la que la pena penal es personal y, como tal, solo puede imponerse al personalmente responsable del delito.

LI = Legislación interna. Indica el sustento normativo de la regla o principio en el ordenamiento nacional, donde «C» es «Constitución» y «CP» es «Código Penal» o legislación infraconstitucional.

T = Tratado. Indica el o los tratados de los que cada Estado es parte.

### 39. Tabla 8. Consagración positiva de la legalidad penal en países de cultura del *common law* pertenecientes a la *Commonwealth*

- **Reino Unido**

Human Rights Act de 1998:

1. Los Derechos de la Convención.

(1) En esta ley [Act] «derechos de la convención» significa los derechos y libertades fundamentales establecidas en—

(a) Los artículos 2 a 12 de la Convención,

...

(3) Los Artículos se establecen en el Anexo 1.

...

ANEJO 1.

Los Artículos

PARTE I

La Convención

Derechos y Libertades

...

Artículo 7. No hay pena sin ley.

1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas.

Fuente: Human Rights Act, traducción propia del texto original proporcionado por el Gobierno británico, disponible en: [<https://www.legislation.gov.uk/>]. El texto del Artículo 7, incluido en el Anejo 1 de la Human Rights Act corresponde a la versión oficial en español del CEDH.

- **Antigua y Barbuda:**

15. Normas para asegurar la protección de la ley.

...

4. Ninguna persona será declarada culpable de un delito penal sobre la base de un hecho o una omisión que, al momento en que haya tenido lugar, no fuera constitutiva de un delito, y ninguna pena será impuesta por un delito penal que sea más severa en grado o descripción que la penalidad máxima que pudiera haber sido impuesta por ese delito al tiempo en que fue cometida.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por la Universidad de Georgetown, disponible en: [<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Antigua/antigua-barbuda.html>]

- **Australia**

Australia no cuenta con una Constitución (o norma fundamental) ni con un catá-

logo de derechos<sup>1345</sup>.

- **Bahamas:**

20. Normas para asegurar la protección de la ley.

4. Ninguna persona será declarada culpable de un delito penal sobre la base de un hecho o una omisión que, al momento en que haya tenido lugar, no fuera constitutiva de un delito, y ninguna pena será impuesta por un delito penal que sea más severa en grado o descripción que la penalidad máxima que pudiera haber sido impuesta por ese delito al tiempo en que fue cometido.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de Bahamas, disponible en: [<https://www.bahamas.gov.bs/wps/wcm/connect/04fb4632-1bd7-414f-b66e-9c499b382480/Chap+3+Protection+rights+and+freedoms.pdf?MOD=AJPERES>]

- **Bangladesh**

Sección 35.

1. Ninguna persona será condenada por un delito, excepto por la violación de una norma [*law*] en vigor al momento de la comisión del acto descrito como un delito, no ser sujeto a una pena mayor que, o diferente de, aquella que podía ser infligida bajo la ley en vigor al momento de la comisión del delito.

...

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de Bangladesh, disponible en: [[http://old.bdlaws.minlaw.gov.bd/pdf\\_part.php?act\\_name=&vol=&id=367](http://old.bdlaws.minlaw.gov.bd/pdf_part.php?act_name=&vol=&id=367)]

- **Barbados**

Sección 18.

...

4. Ninguna persona será declarada culpable de un delito penal sobre la base de un acto u omisión que, al momento de ejecutarse, no haya constituido un delito, y ninguna pena será impuesta por un delito penal que sea más severa en grado o naturaleza que la podía ser impuesta por ese delito al momento de su ejecución.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por la OEA, disponible en: [[https://www.oas.org/dil/The\\_Constitution\\_of\\_Barbados.pdf](https://www.oas.org/dil/The_Constitution_of_Barbados.pdf)].

- **Belice**

Sección 6. Protección de la ley.

...

4. Una persona no será declarada culpable de un delito penal sobre la base de un acto o una omisión que, al momento de ejecutarse, no haya constituido un delito, y ninguna pena será impuesta por un delito penal que sea más severa en grado o descripción que la penalidad máxima que podía haberse impuesto por ese delito al momento de su ejecución.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Parlamento de Belice, disponible en: [<https://nationalassembly.gov.bz/wp-content/uploads/2017/03/Belize-Constitution-2017updated-March.pdf>].

---

1345 Sobre la ausencia de una Constitución formal en Australia, ver nota al pie n° 141 en la página 180.

- ***Botsuana***

Sección 10. Normas para asegurar la protección de la ley.

...

4. Ninguna persona será declarada culpable de un delito penal sobre la base de un acto u omisión que, al momento de ejecutarse, no haya constituido un delito, y ninguna pena será impuesta por un delito penal que sea más severa en grado o descripción que la penalidad máxima que podía ser impuesta por ese delito al momento de su ejecución.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Parlamento de Botsuana, disponible en: [<https://www.parliament.gov.bw/images/constitution.pdf>].

- ***Brunéi***

Sección 83. Estado de emergencia.

...

(3) Cuando se efectúe una Proclamación de Emergencia, y en cuanto dicho Proclamación entre en vigor, Su Majestad el Sultán y Yang Di-Pertuan puede emitir una Orden sobre lo que considere necesario en interés público; y puede prescribir penas que pueden ser impuestas por cualquier delito en contra de dicha Orden; y puede someter a juicio ante cualquiera corte a personas acusadas por tales delitos.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de Brunéi, disponible en: [[http://www.agc.gov.bn/AGC%20Images/LOB/cons\\_doc/dokumen-dokumen\\_perlembagaan\\_2008.pdf](http://www.agc.gov.bn/AGC%20Images/LOB/cons_doc/dokumen-dokumen_perlembagaan_2008.pdf)]

- ***Camerún***

Nosotros, el pueblo de Camerún,

Declaramos que la persona humana, sin distinción de raza, religión, sexo o creencias, posee derechos inalienables y sagrados;

Afirmamos nuestro compromiso con las libertades fundamentales consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Carta de las Naciones Unidas y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y de todas las convenciones internacionales debidamente ratificadas en relación con los mismo, en particular, los siguientes principios:

...

- ninguna persona será obligada a hacer lo que la ley no prescribe;

...

- la ley no puede tener efecto retroactivo. Ninguna persona puede ser juzgada y castigada, salvo en virtud de una ley aprobada y publicada antes de la comisión del delito.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por la Presidencia de Camerún, disponible en: [<https://www.prc.cm/en/multimedia/documents/6285-loi-n-96-06-du-18-01-1996-revision-constitution-1972-en>].

- ***Canadá***

11. Procedimientos en asuntos penales.

Cualquier persona acusada de un delito tiene el derecho

...

(g) a ser declarada culpable de un acto o una omisión a menos que, al tiempo de verificarse ese acto o esa omisión, haya constituido un delito bajo el Derecho canadiense

o internacional o haya sido criminal de acuerdo con los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad de naciones;

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de Canadá, disponible en: [[https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/CONST\\_E.pdf#page=69](https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/CONST_E.pdf#page=69)].

- **Chipre**

Artículo 12.

1. Ninguna persona será declarada culpable de un delito sobre la base de un acto o una omisión que no haya constituido un delito bajo la ley [*law*] al tiempo en que fue cometido; y a ninguna persona se le impondrá un castigo más severo por un delito que el que haya estado expresamente previsto por la ley [*law*] al tiempo en que aquel se cometió.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de Chipre, disponible en: [[http://www.law.gov.cy/law/lawoffice.nsf/all/2C728033C2E52985C225742B003229FC/\\$file/Constitution%20of%20the%20Republic%20of%20Cyprus.doc](http://www.law.gov.cy/law/lawoffice.nsf/all/2C728033C2E52985C225742B003229FC/$file/Constitution%20of%20the%20Republic%20of%20Cyprus.doc)].

- **Dominica**

Sección 8. Normas para asegurar la protección de la ley.

...

(4) Ninguna persona será declarada culpable de un delito sobre la base de un acto o una omisión que no haya constituido un delito bajo la ley [*law*] al tiempo en que fue cometido; y no se impondrá penal alguna por un delito penal que sea más severa en grado o descripción que la máxima penalidad que pudo haber sido impuesta por ese delito al tiempo en que fue cometido.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de Dominica, disponible en: [<http://www.dominica.gov.dm/laws/chapters/chap1-01-sch1.pdf>].

- **Estados Unidos de Norteamérica**<sup>1346</sup>

Novena Sección.

...

No se aplicarán decretos de proscripción ni leyes ex post facto.

Décima Sección.

Ningún Estado celebrará tratado, alianza o confederación algunos; otorgará patentes de corso y represalias; acuñará moneda, emitirá papel moneda, legalizará cualquier cosa que no sea la moneda de oro y plata como medio de pago de las deudas; aprobará decretos por los que se castigue a determinadas personas sin que preceda juicio ante los tribunales, leyes ex post facto o leyes que menoscaben las obligaciones que derivan de los contratos, ni concederá título alguno de nobleza.

Fuente: texto en español proporcionado por el Gobierno norteamericano, disponible en: [<https://www.archives.gov/espanol/constitucion>]

- **Fiji**

Sección 14. Derechos de las personas acusadas.

---

<sup>1346</sup> Estados Unidos de Norteamérica no pertenece a la Commonwealth, pero sí tiene cercanía con la tradición del common law, razón por la que se incluye en esta tabla.

(1) Una persona no será juzgada por—

(a) un acto o una omisión que no sea delito según el derecho doméstico o internacional al tiempo en que se cometió u omitió; ...

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de Fiji, disponible en: [<https://www.fiji.gov.fj/getattachment/a3cddc01-dc73-4823-83b8-f290672ddae0/2013-Constitution-of-The-Republic-of-Fiji.aspx>].

- **Gambia**

Sección 24. Normas para asegurar la protección de la ley y el juicio justo.

...

(5) Ninguna persona será acusada o declarada culpable de un delito penal sobre la base de un acto u omisión que, al tiempo de su ejecución, no constituía un delito, y ninguna pena será impuesta por un delito penal que sea más severa en grado o descripción que la penalidad máxima que podía haberse impuesto por ese delito al tiempo en que se cometió.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por la Human Rights Library de la Universidad de Minnesota, disponible en: [<http://hrlibrary.umn.edu/research/gambia-constitution.pdf>].

- **Ghana**

Artículo 19.

...

(5) Una persona no será acusada ni declarada culpable de un delito penal que se funde en un acto u omisión que, al tiempo en que tuvo lugar, no haya constituido un delito.

(6) Ninguna pena será impuesta por un delito penal que sea más severa en grado o descripción que la penalidad máxima que se haya podido imponer por ese delito al tiempo en que él fue cometido.

...

(11) Ninguna persona será condenada por un delito penal, a menos que el delito y la pena por él estén previstos en una ley escrita.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de Ghana, disponible en: [[http://www.ghana.gov.gh/images/documents/constitution\\_ghana.pdf](http://www.ghana.gov.gh/images/documents/constitution_ghana.pdf)].

- **Granada**

Artículo 8.

...

(4) Ninguna persona será declarada culpable de un delito penal sobre la base de un acto u omisión que, al tiempo de su ejecución, no constituía un delito, y ninguna pena será impuesta por un delito penal que sea más severa en grado o descripción que la penalidad máxima que podía haberse impuesto por ese delito al tiempo en que se cometió.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por la Universidad de Georgetown, disponible en: [<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Grenada/gren73eng.html>]

- **Guyana**

Artículo 144.

...

(4) Ninguna persona será declarada culpable de un delito penal sobre la base de un

acto u omisión que, al tiempo de su ejecución, no constituía un delito, y ninguna pena será impuesta por un delito penal que sea más severa en grado o naturaleza que la penalidad máxima que podía haberse impuesto por ese delito al tiempo en que se cometió.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Parlamento de Guyana, disponible en: [<http://parliament.gov.gy/constitution.pdf>].

- **India**

Artículo 20.

1. Ninguna persona será condenada por un delito, excepto por la violación de una norma [*law*] en vigor al tiempo de la comisión del hecho imputado como delito, no será sujeto a una penalidad mayor que la podría haberse infligido bajo la norma [*law*] en vigor al momento de la comisión del delito.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de India, disponible en: [[https://www.india.gov.in/sites/upload\\_files/npi/files/coi\\_part\\_full.pdf](https://www.india.gov.in/sites/upload_files/npi/files/coi_part_full.pdf)].

- **Jamaica**

Artículo 20.

...

7. Ninguna persona será declarada culpable de un delito penal sobre la base de un acto u omisión que, al momento en que tuvo lugar, no hay constituido tal delito, y ninguna pena será impuesta por un delito penal que sea más severa en grado o descripción que la penalidad máxima que podía ser impuesta para ese delito al momento en que fue cometido.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de Jamaica, disponible en: [<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Jamaica/jam62.html>].

- **Kenia**

Artículo 50. Juicio justo

...

(2) Toda persona acusada tiene derecho a un juicio justo, que incluye el derecho—

...

(n) a no ser condenado por un acto o una omisión que al tiempo en que se cometió u omitió no era—

(i) un delito en Kenia, o

(ii) un delito según el derecho internacional;

...

(p) a beneficiarse de la menos severa de las penas previstas por un delito, si la pena prevista para el delito ha cambiado entre el tiempo que el delito se cometió y el tiempo de la sentencia...

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de Kenia, disponible en: [<http://www.klrc.go.ke/index.php/constitution-of-kenya/112-chapter-four-the-bill-of-rights/part-2-rights-and-fundamental-freedoms/216-50-fair-hearing>].

- **Kiribati**

Artículo 10. Normas para asegurar la protección de la ley.

...

(4) Ninguna persona será declarada culpable de un delito penal sobre la base de un acto u omisión que, al momento en que tuvo lugar, no hay constituido tal delito, y ninguna pena será impuesta por un delito penal que sea más severa en grado o descripción que la penalidad máxima que podía ser impuesta para ese delito al momento en que fue cometido.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Parlamento de Kiribati, disponible en: [<https://www.parliament.gov.ki/constitution/>].

- **Lesoto**

Artículo 12.

...

4. Ninguna persona será declarada culpable de un delito penal sobre la base de un acto u omisión que, al momento en que tuvo lugar, no hay constituido tal delito, y ninguna pena será impuesta por un delito penal que sea más severa en grado o descripción que la penalidad máxima que podía ser impuesta para ese delito al momento en que fue cometido.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de Lesoto, disponible en: [[https://www.gov.ls/wp-content/uploads/2018/04/Lesotho\\_Constitution.pdf](https://www.gov.ls/wp-content/uploads/2018/04/Lesotho_Constitution.pdf)].

- **Malawi**

Artículo 42.

...

2. Toda persona arrestada, o acusada de, la presunta comisión de un delito, además de los derechos que él o ella tiene como persona detenida, tendrá el derecho:

...

(f) como persona acusada, a un juicio justo, que incluirá el derecho –

(vi) a no ser condenado por un delito con relación a un acto u omisión que no sea un delito en el momento en que fue ejecutado u omitido, a y no ser condenado a un castigo más severo que el que era aplicable al momento de cometer el delito.

- **Malaysia**

Artículo 7.

1. Ninguna persona será condenada por un acto que no era sancionable por el Derecho [*law*] cuando fue ejecutado o hecho, y ninguna persona sufrirá un castigo mayor por un delito que el que estaba prescrito por el Derecho [*law*] al tiempo que fue ejecutado.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de Malasia, disponible en: [[http://www.agc.gov.my/agcportal/uploads/files/Publications/FC/Federal%20Consti%20\(BI%20text\).pdf](http://www.agc.gov.my/agcportal/uploads/files/Publications/FC/Federal%20Consti%20(BI%20text).pdf)].

- **Maldivas**

Artículo 59.

(a) Ninguna persona será hallada culpable de un acto o una omisión que no haya constituido un delito bajo la *Shari'ah* <sup>[1347]</sup> o derecho [*law*] al tiempo en que se cometió.

---

1347 La *Shari'ah*, es decir, la ley Islámica, se basa en dos fuentes primarias: la principal, el Corán (*Qur'an* libro sagrado del Islam); y una complementaria, las enseñanzas del Profeta Muhammad (el *sunnah*). A esas dos fuentes primarias, deben agregarse otras varias supletorias: *Ijma* (opinión consensuada de los autores), *Qiyas* (analogía por referencia al Corán y al *sunnah*), *Istislah* o *maslaha* (consideración del bienestar público), *Istih-san* (razonamiento basado en la equidad), *Urf* (costumbres y usos), las prácticas de los primeros cuatro Sabios

No se impondrá una penalidad más severa que la aplicable al tiempo en que el delito fue cometido. Si el castigo para un delito ha sido reducido entre el tiempo de comisión y el del dictado de la sentencia, el acusado tiene derecho a beneficiarse de la menor punibilidad.

(b) Este Artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona por un acto que era criminal de acuerdo con el derecho internacional.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de Maldivas, disponible en: [<https://storage.googleapis.com/presidency.gov.mv/Documents/ConstitutionOfMaldives.pdf>].

- **Malta**

Sección 39. Normas para asegurar la protección de la ley.

...

(8) Ninguna persona será declarada culpable de un delito penal sobre la base de un acto o una omisión que, al tiempo en que tuvo lugar, no era constitutiva de tal delito, y ninguna pena será impuesta por un delito penal que sea más severa en grado o descripción, que la máxima pena que pudo haberse impuesto por ese delito al tiempo en que fue cometido.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de Malta, disponible en: [<http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=8566>].

- **Mauricio**

Sección 10. Normas para asegurar la protección de la ley.

...

4. Ninguna persona será declarada culpable de un delito penal sobre la base de un acto o una omisión que, al tiempo en que tuvo lugar, no era constitutiva de tal delito, y ninguna pena será impuesta por un delito penal que sea más severa en grado o descripción, que la máxima pena que podía haberse impuesto por ese delito al tiempo en que fue cometido.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por la Asamblea de Mauricio, disponible en: [<http://mauritiusassembly.govmu.org/English/constitution/Pages/Constitution.aspx>].

- **Mozambique**

Artículo 60 (Aplicación de la ley criminal).

1. Nadie puede ser condenado por un acto que no esté calificado como crimen en el momento de su ejecución.

2. Una ley penal solo se aplica retroactivamente cuando de ella resulta un beneficio para el acusado.

Fuente: traducción propia del texto en portugués proporcionado por el Gobierno de Mozambique, disponible en: [<http://www.portaldogoverno.gov.mz/por/content/download/194/1138/version/2/file/constituicao.pdf>].

---

Califas, *Ijtihad* (desarrollo dogmático sin precedentes), tratados y pactos, contratos (la *Shari'ah* considera a los contratos como leyes obligatorias entre las partes siempre que no violen la *Shari'ah*) y la jurisprudencia de los jueces (ver BASSIOUNI y BADR (2002, pp. 140-141)). Este sistema normativo contiene dos grupos de prescripciones: *ibadat*, compuestas por nos relacionadas con la fe y ritos; y *mu'amalat*, que son las que regulan las relaciones sociales y las interacciones de los individuos en la sociedad. Los dos grupos contienen normas penales (2002, p. 135).

- **Namibia**

Artículo 12.

...

(3). Ninguna persona será enjuiciada ni condenada por un delito penal sobre la base de un hecho u omisión que, al momento en que fue cometido, no constituía tal delito penal, y no se impondrá una penalidad que exceda aquella que era aplicable al tiempo en el que el delito fue cometido.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de Namibia, disponible en: [[https://www.gov.na/documents/10181/14134/Namibia\\_Constitution.pdf/37b70b76-c15c-45d4-9095-b25d-8b8aa0fb](https://www.gov.na/documents/10181/14134/Namibia_Constitution.pdf/37b70b76-c15c-45d4-9095-b25d-8b8aa0fb)].

- **Nauru**

Sección 10. Normas para asegurar la protección de la ley.

(1) Ninguna persona será condenada por un delito que no esté definido por el Derecho [*law*].

...

(4) Ninguna persona será condenada por un delito sobre la base de un acto u omisión que, al tiempo que tuvo lugar, no era tal delito y ninguna pena será impuesta por un delito que sea más severa o grave en grado o descripción que la pena máxima que podía imponerse para ese delito al tiempo en que fue cometido.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de Nauru, disponible en: [<http://www.naurugov.nr/parliament-of-nauru/constitution-of-nauru.aspx>].

- **Nigeria**

Sección 36.

...

(8) Ninguna persona será declarada culpable de un delito penal sobre la base de un acto o una omisión que no constituía un delito al momento de su ejecución, y no se impondrá pena alguna por un delito penal que sea más severa que la penalidad en vigor al momento en el que el delito se cometió.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de Nigeria, disponible en: [<http://www.nigeria-law.org/ConstitutionOfTheFederalRepublicOfNigeria.htm>].

- **Nueva Zelanda**

Sección 26. Penas retroactivas y doble enjuiciamiento (*New Zealand Bill of Rights Act 1990*).

1. Nadie será sujeto a una condena por un delito sobre la base de un acto o una omisión que no constituía un delito bajo el Derecho [*law*] de Nueva Zelanda al tiempo en que ocurrió.

...

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de Nueva Zelanda, disponible en: [<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1990/0109/latest/DLM225528.html>].

- **Paquistán**

Sección 12. Protección contra penas retroactivas.

(1) Ninguna norma [*law*] autorizará el castigo de una persona—

(a) por un acto o una omisión que no era castigable por el Derecho [*law*] al tiempo del acto o la omisión; o

(b) por un delito con una pena más grave, o de un tipo de forma diferente, que la penalidad prescrita por la norma [*law*] para ese delito al tiempo en que el delito se cometió.

(2) Nada de lo dispuesto en la cláusula (1) o en el Artículo 270 se aplicará a cualquier ley que sancione penalmente actos de derogación o subversión de una Constitución vigente en Pakistán en cualquier momento desde el vigésimo tercer día de marzo de mil novecientos cincuenta y seis.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de Pakistán, disponible en: [[http://www.na.gov.pk/uploads/documents/1333523681\\_951.pdf](http://www.na.gov.pk/uploads/documents/1333523681_951.pdf)].

- **Papúa-Nueva Guinea**

Sección 37. Protección de la ley.

...

(2) Con la excepción, sin perjuicio de lo que disponga una Ley del Parlamento, del delito comúnmente conocido como desacato a la corte, nadie puede ser condenado por un delito que no esté definido por, y la pena por él prescrita, una ley escrita [*written law*].

...

(7) Ninguna persona será condenada por un delito sobre la base de un acto que, al tiempo en el que tuvo lugar, no constituía un delito, y ninguna pena será impuesta por un delito que sea más severa en grado o descripción que la pena máxima que podía imponerse por el delito al tiempo en que se cometió.

...

(21) Nada en esta sección—

(a) deroga la División III.4 (principios de justicia natural); o

(b) afecta los poderes y procedimientos de las cortes locales.

(22) A pesar de la Subsección 21(b) los poderes y procedimientos de las cortes locales serán ejercidos de acuerdo con los principios de justicia natural.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de Papúa Nueva Guinea, disponible en: [<http://www.parliament.gov.pg/images/misc/PNG-CONSTITUTION.pdf>].

- **Ruanda**

Artículo 18.

La libertad de la persona está garantizada por el Estado.

Nadie será sometido a persecución, arresto, detención o castigo sobre la base de un acto o una omisión que no haya constituido un delito según la ley [*law*] en vigor al momento en que fue cometido.

Artículo 20.

Nadie será castigado por actos u omisiones que no hayan constituido un delito bajo el Derecho nacional o internacional al momento en que el delito fue cometido.

Ninguna persona será castigada con una penalidad que sea mayor que aquella que era aplicable según el Derecho al tiempo en el que la ofensa fue cometida.

Artículo 21.

Ninguna persona será sometida a medidas de seguridad excepto las prescritas por la

ley, por razón de orden público y la seguridad del Estado.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por la Organización Internacional de Propiedad Intelectual, disponible en: [<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/rw/rw032en.pdf>].

- ***San Cristóbal y Nieves***

Artículo 10. Normas para asegurar la protección de la ley.

...

(4) Una persona no será declarada culpable de un delito penal sobre la base de un acto o una omisión que, al tiempo que tuvo lugar, no constituía un delito, y ninguna pena será impuesta por un delito penal que sea más severa en grado o descripción que la pena máxima que podía ser impuesta por ese delito al tiempo que fue cometido.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por la OEA, disponible en: [[http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5\\_skn\\_constitution\\_annex1.pdf](http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_skn_constitution_annex1.pdf)].

- ***Islas Salomón***

Artículo 10.

...

4. Ninguna persona será declarada culpable de un delito sobre la base de un acto o una omisión que, al tiempo en que tuvo lugar, no constituía un delito, y ninguna pena será impuesta por un delito penal que sea más severa en grado o descripción que la máxima penalidad que podía haberse impuesto por ese delito al tiempo en que fue cometido.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Parlamento de Islas Salomón, disponible en: [<http://www.parliament.gov.sb/files/business&procedure/constitution.htm>]

- ***Samoa***

Artículo 10. Derechos relativos al Derecho Penal.

(1) Ninguna persona será condenada por un delito sino en virtud de un delito definido por la norma [*law*].

(2) Ninguna persona será declarada culpable de un delito sobre la base de un acto o de una omisión que no constituya un delito al momento en que fue cometido, ni se impondrá una pena más grave que aquella que era aplicable al momento en que el delito fue cometido.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de Samoa, disponible en: [<http://www.samoagovt.ws/wp-content/uploads/2014/07/Constitution-of-the-Independent-State-of-Samoa-1960.pdf>]

- ***Santa Lucía***

Artículo 8. Normas para asegurar la protección de la ley.

...

(4) Una persona no será declarada culpable de un delito penal sobre la base de un acto o una omisión que, al tiempo de tener lugar, no constituía como tal un delito, y ninguna pena será impuesta por un delito penal que sea más severa en grado o descripción que la pena máxima que podría imponerse por ese delito al tiempo en que fue cometido.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de Santa Lucía, disponible en: [<http://www.govt.lc/media.govt.lc/www/resources/legislation/ConstitutionOfSaintLucia.pdf>]

- ***San Vicente y las Granadinas***

Sección 3. Protección del derecho a la libertad personal.

...

(3) Una persona que sea arrestada o detenida—

a. con el propósito de hacerla comparecer ante una corte en ejecución de la orden de una corte; o

b. bajo razonable sospecha de haber cometido un delito penal según una norma [*law*], o estar por cometerlo.

Sección 8. Normas para asegurar la protección de la ley.

...

(4) Una persona no será declarada culpable de un delito penal sobre la base de un acto o una omisión que, al tiempo en que haya tenido lugar, no haya sido constitutiva de un delito, y ninguna pena será impuesta por un delito penal que sea más severa en grado o descripción que la penalidad máxima que podría haberse impuesto por ese delito al momento en que fue cometido.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por la Universidad de Georgetown, disponible en: [<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Vincent/stvincent79.html>]

- ***Seychelles***

Sección 19.

...

4. Con excepción del delito de genocidio o de un delito contra la humanidad, una persona no será declarada culpable de un delito sobre la base de un acto o una omisión que, al tiempo en que haya tenido lugar, no haya sido constitutiva de un delito, y será impuesta una pena por un delito penal que sea más severa en grado o descripción que la penalidad máxima que podría haberse impuesto por ese delito al momento en que fue cometido.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Parlamento de Seychelles, disponible en: [<http://nationalassembly.sc/index.php/2011/09/26/conof-sez/>]

- ***Sierra Leona***

Artículo 23.

...

(7) Ninguna persona será declarada de un delito sobre la base de un acto u omisión que, al momento de tener lugar, no haya constituido un delito.

(8) Ninguna penalidad será impuesta por un delito penal que sea más severa en grado o descripción que la máxima penalidad que pudiera imponerse por ese delito al tiempo en que fue cometido.

...

(10) Nada de lo contenido o hecho bajo la autoridad de cualquier norma [*law*] se considerará incompatible con o en contravención de cualquiera de las disposiciones de esta sección, que no sean las subsecciones (7) y (8), en la medida en que la ley en cuestión autoriza la toma durante un período de emergencia pública de medidas que sean razo-

nablemente justificables para tratar la situación que existe antes o durante ese período de emergencia pública.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de Sierra Leona, disponible en: [<http://www.sierra-leone.org/Laws/constitution1991.pdf>]

- **Singapur**

Artículo 11. Protección contra leyes penales retroactivas y repetición de juicios.

(1) Ninguna persona será sancionada por un acto u omisión que no haya sido punible según el Derecho [*law*] cuando el acto u omisión fueron cometidos, y ninguna persona sufrirá una sanción mayor por un delito que aquella prescrita por la norma [*law*] al momento en que fue cometido.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de Singapur, disponible en: [<https://sso.agc.gov.sg/Act/CONS1963>].

- **Sri Lanka**

Artículo 13.

...

(6) Ninguna persona será declarada de un delito sobre la base de un acto o una omisión que, al momento de tal acto omisión, no hayan constituido un delito, y ninguna penalidad será impuesta por un delito más severa que la penalidad en vigor al tiempo en que tal delito fue cometido.

Nada en este Artículo impedirá el juzgamiento y la sanción de una persona por un acto u omisión que, al tiempo en que fueron cometidos, eran criminales de acuerdo con los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad de naciones.

No será una violación de este Artículo exigir la imposición de una pena mínima por un delito, siempre que dicha pena no exceda la pena máxima prescrita para dicho delito en el momento en que se cometió dicho delito.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Parlamento de Sri Lanka, disponible en: [<https://www.parliament.lk/files/pdf/constitution.pdf>].

- **Sudáfrica**

Artículo 35. Personas arrestadas, detenidas y acusadas.

...

(3) Toda persona acusada tiene el derecho a un juicio justo, que incluye el derecho—

...

(1) a no ser condenada por un acto u omisión que sea un delito bajo el Derecho nacional o internacional al tiempo en que fue cometido u omitida.

...

(n) a beneficiarse de las sanciones menos severas de las prescritas si la pena prescrita para el delito ha sido cambiada al tiempo en que el delito fue cometido y el tiempo de la sentencia.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de Sudáfrica, disponible en: [<https://www.gov.za/documents/constitution/chapter-2-bill-rights#35>].

- **Suazilandia**

§21. Derecho al juicio justo.

...

(5) Una persona no será acusada o declarada culpable de un delito penal sobre base de un acto u omisión que no haya constituido un delito al momento en que el acto o la omisión haya tenido lugar.

(6) No se impondrá una pena por un delito penal que sea más severa en grado o descripción que la penalidad máxima que podría haberse impuesto por ese delito al tiempo en que fue cometido.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de Suazilandia, disponible en: [<http://www.gov.sz/images/stories/Constitution%20of%20%20SD-2005A001.pdf>]

- **Tanzania**

Artículo 20.

...

(6) Para asegurar la igualdad ante el Derecho [*law*], la autoridad estatal hará procedimientos que sean apropiados o que tomen en cuenta los siguientes principios, a saber:

...

(c) ninguna persona será castigada por un acto que al tiempo de su comisión no fuera un delito según el Derecho [*law*], y tampoco se impondrá una pena que sea más severa que la pena en vigor al tiempo en que el delito fue cometido.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por The Review of Financial Studies, disponible en: [<https://rsf.org/sites/default/files/constitution.pdf>].

- **Tonga**

Sección 10. El acusado debe ser juzgado.

Nadie será condenado por un delito que pueda haber cometido a menos que sea sentenciado de acuerdo con el Derecho [*law*] ante una Corte que tenga jurisdicción en el caso.

Sección 20. Leyes retroactivas.

Será contrario al Derecho [*not lawful*] aprobar leyes retroactivas en la medida en que puedan restringir, eliminar o afectar los derechos o privilegios existentes en el momento de la aprobación de dichas leyes.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Parlamento de Toga, disponible en: [<https://www.parliament.gov.to/parliamentary-business/documents/constitution-of-tonga/file/115-constitution-of-tonga-revised-1988>].

- **Trinidad y Tobago**

Artículo 19. Responsabilidad penal de los ciudadanos de la Commonwealth.

(1) Un ciudadano de la Commonwealth que no sea ciudadano de Trinidad y Tobago, o un ciudadano de la República de Irlanda que no sea un ciudadano de Trinidad y Tobago, no será culpable de un delito contra cualquier norma [*law*] en vigor en Trinidad y Tobago

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de Trinidad y Tobago, disponible en: [<http://laws.gov.tt/pdf/Constitution.pdf>]

- **Tuvalu**

Sección 22. Protección del Derecho [*law*]

...

(6) Nadie será condenado por un delito sobre la base de un hecho que no era delito o un elemento legal de un delito al momento en que se ejecutó el acto.

(7) Ninguna penalidad será impuesta por un delito que sea más severa en cantidad o en tipo que el máximo que podía haberse impuesto por el delito al momento en el que fue cometido.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de Tuvalu, disponible en [[http://www.tuvaluislands.com/const\\_tuvalu.htm](http://www.tuvaluislands.com/const_tuvalu.htm)]

- ***Uganda***

Sección 28. Derecho a un juicio justo

...

(7) Ninguna persona será acusada o condenada por un delito penal que se base en un acto o una omisión que no haya constituido delito al momento en que tuvo lugar.

(8) No será impuesta una pena por un delito penal que sea más grave en grado de descripción que la penalidad máxima que podía ser impuesta a ese delito al tiempo en que fue cometido.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de Uganda, disponible en: [[http://statehouse.go.ug/sites/default/files/attachments/Constitution\\_1995.pdf](http://statehouse.go.ug/sites/default/files/attachments/Constitution_1995.pdf)].

- ***Vanuatu***

Sección 5. Derechos fundamentales y libertades del individuo

...

(2) La protección del derecho incluirá lo siguiente—

...

(f) nadie será condenado por un acto o una omisión que no haya constituido un delito conocido por el derecho escrito o consuetudinario al momento en que se cometió;

(g) nadie será castigado con una pena más grave que la que existía al momento de la comisión del delito;

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Parlamento de Vanuatu, disponible en: [<https://parliament.gov.vu/images/pdf/constitution.pdf>]

- ***Zambia***

Sección 18. Normas para asegurar la protección de la ley.

...

(4) Una persona no será declarada culpable de un delito penal sobre la base de un acto o una omisión que, al tiempo en que tuvo lugar, no era constitutiva de un delito, y una penalidad no será impuesta por un delito penal que sea más severa en grado o descripción que la penalidad máxima que podía haberse impuesto por ese delito al tiempo en que fue cometido.

...

(8) Una persona no será condenada por un delito penal a menos que el delito esté definido y la penalidad prescrita en una ley escrita:

Sin perjuicio de lo dispuesto en esta cláusula, nada impedirá a una corte sancionar

a una persona por desacato a ella, a pesar de que el acto o la omisión que constituyan el desacato no estén definidas en una ley escrita y la penalidad, por tanto, no esté prescrita.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Gobierno de Zambia, disponible en: [[https://zambialaws.com/principal-legislation/chapter-1constitution-of-zambia-act#CONST\\_035](https://zambialaws.com/principal-legislation/chapter-1constitution-of-zambia-act#CONST_035)]

- **Zimbabue**

Sección 70. Derechos de las personas acusadas.

(1) Cualquiera persona acusada de un delito tiene los siguientes derechos—

...

(k) a no ser condenada por un hecho o una omisión que no era delito cuando tuvo lugar;

(l) a no ser condenada por un acto o una omisión que ha dejado de ser un delito;

...

(n) a ser sentenciada a la menor de las penas prescrita, si la pena prescrita para el delito ha sido cambiada entre el momento en el que el delito ha sido cometido y el tiempo del juzgamiento.

Fuente: traducción propia del texto en inglés proporcionado por el Parlamento de Zimbabue, disponible en: [[https://www.parlzim.gov.zw/images/documents/Constitution-of-Zimbabwe-Amendment\\_No\\_20\\_-\\_14-05-2013.pdf](https://www.parlzim.gov.zw/images/documents/Constitution-of-Zimbabwe-Amendment_No_20_-_14-05-2013.pdf)].

#### **40. Tabla 9. Tabla comparativa de las disposiciones sobre legalidad penal contenidas en tratados internacionales incorporados al ordenamiento interno español**

*(Ver Tabla 9 en las páginas siguientes)*

CEDH	CDFUE
<p><b>Artículo 7. No hay pena sin ley.</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.</li> <li>2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas</li> </ol>	<p><b>Artículo 49. Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas.</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo, no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta.</li> <li>2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones.</li> <li>3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción.</li> </ol>
<p><b>CEDH-P7</b></p> <p><b>Artículo 4</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Nadie podrá ser inculpado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado.</li> <li>2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, si hechos nuevos o nuevas revelaciones o un vicio esencial en el proceso anterior pudieran afectar a la sentencia dictada.</li> <li>3. No se autorizará derogación alguna del presente artículo invocando el artículo 15 del Convenio.</li> </ol>	<p><b>Artículo 50 Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción.</b></p> <p>Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley.</p>

PIDCP	CDN
<p><b>Artículo 15.</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.</li> <li>2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.</li> </ol>	<p><b>Artículo 40.</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.</li> <li>2. Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular: <ol style="list-style-type: none"> <li>a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;</li> <li>b) Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: [Garantías procesales...]</li> </ol> </li> <li>3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: <ol style="list-style-type: none"> <li>a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;</li> <li>b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.</li> </ol> </li> <li>4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.</li> </ol>

#### 41. Tabla 10. Cláusulas específicas de restricción incluidas en el CEDH

Derecho	Intereses que permiten fundar la injerencia	Forma que adopta la cláusula
Derecho a la vida	<ul style="list-style-type: none"> <li>• ejecución de la pena de muerte impuesta</li> </ul>	Delito para el que la ley establece esa pena <sup>1348</sup>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>• defensa de una persona contra una agresión ilegítima<sup>1349</sup></li> </ul>	
	<ul style="list-style-type: none"> <li>• detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente</li> </ul>	Conforme a derecho <sup>1350</sup>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>• reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección</li> </ul>	De acuerdo con la ley <sup>1351 - 1352</sup>
Libertad de actuación	-	Según el Derecho nacional, internacional <sup>1353</sup> o según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas <sup>1354</sup>
Derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia	<ul style="list-style-type: none"> <li>• seguridad nacional</li> <li>• seguridad pública</li> <li>• bienestar económico del país</li> <li>• defensa del orden</li> <li>• prevención del delito</li> <li>• protección de la salud o de la moral</li> <li>• protección de los derechos y las libertades de los demás</li> </ul>	Injerencia prevista por la ley <sup>1355</sup>
Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión	<ul style="list-style-type: none"> <li>• seguridad pública</li> <li>• protección del orden</li> <li>• protección de la salud o de la moral públicas</li> <li>• protección de los derechos o las libertades de los demás</li> </ul>	Restricciones previstas por la ley <sup>1356</sup>

1348 CEDH, artículo 2.1.

1349 CEDH, artículo 2.2.a.

1350 CEDH, artículo 2.2.b.

1351 CEDH, artículo 2.2.c.

1352 A juicio de HOVIUS (1985, p. 223) estos no serían casos de cláusulas de restricción específicas, sino de cláusulas interpretativas que «indican que ciertas actividades no calzan dentro del ámbito del derecho».

1353 CEDH, artículo 7.1.

1354 CEDH, artículo 7.2.

1355 CEDH, artículo 8.2.

1356 CEDH, artículo 9.2.

Libertad de expresión	<ul style="list-style-type: none"> <li>• seguridad nacional</li> <li>• integridad territorial</li> <li>• seguridad pública</li> <li>• defensa del orden</li> <li>• prevención del delito</li> <li>• protección de la salud o de la moral</li> <li>• protección de la reputación o de los derechos ajenos</li> <li>• informaciones confidenciales</li> <li>• autoridad y la imparcialidad del poder judicial</li> </ul>	Formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley <sup>1357</sup>
Libertad de reunión pacífica, libertad de asociación, derecho de fundar sindicatos y derecho de afiliarse a sindicatos	<ul style="list-style-type: none"> <li>• seguridad nacional</li> <li>• seguridad pública</li> <li>• defensa del orden</li> <li>• prevención del delito</li> <li>• protección de la salud o de la moral</li> <li>• protección de los derechos y libertades ajenos</li> </ul>	Restricciones previstas por la ley <sup>1358</sup>
Todos los derechos previstos en el CEDH, salvo el derecho a la vida; la prohibición de tortura, de tratos crueles, inhumanos o degradantes y de la esclavitud; y de la legalidad penal	<ul style="list-style-type: none"> <li>• guerra</li> <li>• otro peligro público que amenace la vida de la nación</li> </ul>	Medidas que deroguen las obligaciones previstas en el CEDH <sup>1359</sup>

#### 42. Tabla 11. Cláusulas específicas de restricción incluidas en el PIDCP

Derecho	Intereses que permiten fundar la injerencia	Forma que adopta la cláusula
Derecho a la libertad	-	Causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ella <sup>1360</sup>
Libertad de circulación, libre elección de la residencia y derecho a salir de cualquier país	<ul style="list-style-type: none"> <li>• protección de la seguridad nacional</li> <li>• protección del orden público</li> <li>• protección de la salud pública</li> <li>• protección de la moral pública</li> <li>• protección de los derechos y libertades de terceros</li> </ul>	Restricciones previstas en la ley <sup>1361</sup>

1357 CEDH, artículo 10.2.

1358 CEDH, artículo 11.2.

1359 CEDH, artículo 15.

1360 PIDCP, artículo 9.1.

1361 PIDCP, artículo 12.3.

Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión	<ul style="list-style-type: none"> <li>• protección de la seguridad pública <ul style="list-style-type: none"> <li>• protección del orden público</li> <li>• protección de la salud pública</li> <li>• protección de la moral pública</li> </ul> </li> <li>• protección de los derechos y libertades de terceros</li> </ul>	Limitaciones prescritas por la ley <sup>1362</sup>
Libertad de expresión y de información	<ul style="list-style-type: none"> <li>• asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás</li> <li>• protección de la seguridad nacional <ul style="list-style-type: none"> <li>• protección del orden público</li> <li>• protección de la salud pública</li> <li>• protección de la moral pública</li> </ul> </li> </ul>	Restricciones expresamente fijadas por la ley <sup>1363</sup>
Derecho de reunión	<ul style="list-style-type: none"> <li>• interés de la seguridad nacional</li> <li>• interés de la seguridad pública <ul style="list-style-type: none"> <li>• interés del orden público <ul style="list-style-type: none"> <li>• protección de la salud</li> </ul> </li> </ul> </li> <li>• protección de la moral pública</li> <li>• protección de los derechos y libertades de los demás</li> </ul>	Restricciones previstas por la ley <sup>1364</sup>
Libertad de asociación y de sindicalización	<ul style="list-style-type: none"> <li>• interés de la seguridad nacional</li> <li>• interés de la seguridad pública <ul style="list-style-type: none"> <li>• interés del orden público <ul style="list-style-type: none"> <li>• protección de la salud</li> </ul> </li> </ul> </li> <li>• protección de la moral pública</li> <li>• protección de los derechos y libertades de los demás</li> </ul>	Restricciones previstas por la ley <sup>1365</sup>

1362 PIDCP, artículo 18.3.

1363 PIDCP, artículo 19.3.

1364 PIDCP, artículo 21.

1365 PIDCP, artículo 22.

## Bibliografía citada

- AA.VV. (2007). *Teoría del neoconstitucionalismo*. (M. Carbonell,Ed.). Madrid: Trotta / Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
- AA.VV. (2009). *Neconstitucionalismo(s)*. (M. Carbonell,Ed.). Madrid: Trotta.
- AA.VV. (2012). *Human rights revolution. An international history*. (A. Iriye, P. Goedde, & W. Hitchcok,Eds.). Oxford: Oxford University Press.
- AA.VV. (2015). *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. (J. González Cusac, E. Górriz Royo, & Á. Matallín Evangelio,Eds.) (2a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- AA.VV. (2016). *Per un manifesto del neoilluminismo penale*. (G. Cocco,Ed.). San Giuliano Milanese: Wolters Kluger/CEDAM.
- ACALE SÁNCHEZ, M. (2008). Derecho penal y Tratado de Lisboa. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (30), 349-380.
- ACALE SÁNCHEZ, M. Y FARALDO CABANA, P. (2018). Presentación. En *La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España* (pp. 11-29). Valencia: Tirant lo Blanch.
- ACKERMAN, B. (2000). The new separation of powers. *Harvard Law Review*, 113(3), 633-729.
- ADRIAENSSEN, A. Y AERTSEN, I. (2015). Punitive attitudes: Towards an operationalization to measure individual punitivity in a multidimensional way. *European Journal of Criminology*, 12(1), 92-112.
- AGUADO CORREA, T. (1999). *El principio de proporcionalidad en el Derecho penal*. Madrid: Edersa.
- ALASTUEY DOBÓN, C. (2013). Aspectos problemáticos del delito de tráfico de órganos. *Revista Penal*, (32), 3-22.
- ALBRECHT, P.-A. (2000). El Derecho Penal en la intervención de la política populista. En Instituto de Ciencias Penales de Frankfurt y Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Eds.), R. Robles Planas (Trad.), *La insostenible situación del Derecho penal* (pp. 471-487). Granada: Comares.
- ALCÁCER GUIRAO, R. (1998). Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LI(1-3), 365-587.

- ALCÁCER GUIRAO, R. (2010). El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional. En S. Mir Puig y J. Queralt Jiménez (Eds.), *Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales* (pp. 15-66). Valencia: Tirant lo Blanch.
- ALCÁCER GUIRAO, R. (2012). Taxatividad, reserva de ley y cláusulas de lesividad en las normas penales en blanco. Consideraciones al hilo de la STC 101/2012, de 8 de mayo. *Diario La Ley*, (7922), versión electrónica. Recuperado a partir de <https://laleydigital.laleynext.es/Content/Inicio.aspx>
- ALCALÁ GALIANO, A. (1843). *Lecciones de derecho político constitucional*. Madrid: Imprenta de D.I. Boix.
- ALDUNATE LIZANA, E. (2009). La fuerza normativa de la Constitución y el sistema de fuentes del Derecho. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXII(1), 443-484.
- ALEXY, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. (E. Garzón, Trad.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALEXY, R. (2000). Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 218(23), 197-230.
- ALEXY, R. (2005). Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, 3(4), 572-581.
- ALEXY, R. (2008). La fórmula del peso. En M. Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (pp. 13-42). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- ALEXY, R. (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (91), 11-29.
- ALEXY, R. (2015). Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa. En J. Fabra Zamora y L. García Jaramillo (Eds.), L. García Jaramillo (Trad.), *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales* (pp. 215-230). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- ALEXY, R. (2019). *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. Lima: Palestra.
- ALLAN, T. R. S. (2014). Democracy, legality, and proportionality. En G. Huscroft, B. W. Miller, y G. Webber (Eds.), *Proportionality and the rule of law. Rights, justification, reasoning* (pp. 205-233). Cambridge: Cambridge University Press.
- ALLEN, F. A. (1987). The erosion of legality in American Criminal Justice. Some latter-day adventures of the Nulla Poena Principle. *Arizona Law Review*, 29(3), 385-412.
- ALLEN, F. A. (1991). A crisis of legality in the Criminal Law. Reflections on the Rule of Law. *Mercer Law Review*, 42(2), 811-846.
- ALLEN, F. A. (1996). *The habits of legality. Criminal justice and the rule of law*. New

- York-Oxford: Oxford University Press.
- ALLEN, T. (2010). Liberalism, social democracy and the value of property under the European Convention on Human Rights. *International and Comparative Law Quarterly*, 59(4), 1055-1078.
- ALONSO ÁLAMO, M. (2009). Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos. *Estudios penales y criminológicos*, XXIX, 61-105.
- ALONSO ÁLAMO, M. (2015). La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015. *Cuadernos de Política Criminal*, (117), 5-49.
- ALSTON, P. (2013). Does the past matter? On the origins of human rights. *Harvard Law Review*, 126(7), 2043-2081.
- ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO. (2009). *Sobre el principio de legalidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO. (2021). Homicidio. En Francisco Álvarez García y A. Ventura Püschel (Eds.), *Tratado de Derecho Penal. Parte especial (I)* (3a ed., pp. 69-166). Valencia: Tirant lo Blanch.
- ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO Y VENTURA PÜSCHEL, A. (2015). XV. Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (artículos 138, 139, 140 y 140 bis). En G. Quintero Olivares (Ed.), *Comentario a la reforma penal de 2015* (pp. 313-332). Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters.
- AMBOS, K. (2004). Common law y los disparos del muro. Artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos. *Isonomía*, (20), 41-58.
- AMBOS, K. (2005a). Artículo 7 de la Convención Europea de Derechos humanos, Common Law y los disparos del muro. *Nuevo Foro Penal*, (67), 61-71.
- AMBOS, K. (2005b). *La parte general del Derecho penal internacional*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung/Duncker & Humblot/Temis.
- AMBOS, K. (2006). Nulla poena sine lege in International criminal law. En R. Haveman y O. Olusanya (Eds.), *Sentencing and sanctioning in supranational Criminal law* (pp. 17-35). Oxford: Intersentia.
- AMBOS, K. (2008). *Principios e imputación en el Derecho penal internacional*. Barcelona: Atelier.
- AMBOS, K. (2013). *Treatise on International criminal law. Foundations and general part* (Vol. I). Oxford: Oxford University Press.
- AMBOS, K. (2014). *Treatise on International criminal law. The crimes and sentencing* (Vol. II). Oxford: Oxford University Press.
- ARAJÄRVI, N. (2014). *The changing nature of customary International law. Methods of interpreting the concept of custom in International criminal tribunals*. London-New York: Routledge.
- ARAT, Z. F. K. (2008). Human rights ideology and dimensions of power: Radical approach to the state, property, and discrimination. *Human Rights Quarterly*, 30(4), 906-932.
- ARIAS HOLGUÍN, D. (2012). Proporcionalidad, pena y principio de legalidad. *Revista de Derecho*, (38), 142-166.

- ARMENTA DEU, T. (2014). *Estudios sobre el proceso penal acusatorio*. Bogotá: Temis.
- ARNOLD, J. (2000). La superación del pasado de la RDA ante las barreras del Derecho penal del Estado de Derecho. En Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Eds.), *La insostenible situación del Derecho penal* (pp. 307-338). Granada: Comares.
- ARROYO CISNEROS, E. (2015). La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en España y México: algunas notas para su análisis. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 19, 223-247.
- ARROYO ZAPATERO, L. (1983). Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 3(8), 9-46.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X. (2017). La eficacia del CEDH en las relaciones entre particulares. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (21), 149-174.
- ASENCIO MELLADO, J. (2020). El objeto del proceso penal. En J. Asencio Mellado y O. Fuentes Soriano (Eds.), *Derecho procesal penal* (2a ed., pp. 113-124). Valencia: Tirant lo Blanch.
- ASHWORTH, A. (2011). *United Kingdom*. (K.J. Heller & M.D. Dubber, Eds.), *The handbook of comparative criminal law*. Stanford: Stanford University Press.
- ASHWORTH, A. (2013). *Positive actions in Criminal law*. Oxford-Portland: Hart Publishing.
- ASHWORTH, A. Y HORDER, J. (2013). *Principles of Criminal Law* (7a ed.). Oxford: Oxford University Press.
- ATIENZA, M. (2005). *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México.
- ATIENZA, M. (2007). Constitución y argumentación. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (24), 197-228.
- ATIENZA, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- ATRIA LEMAITRE, F. (2004). Jurisdicción e independencia judicial: el Poder Judicial como poder nulo. *Revista de Estudios de la Justicia*, (5), 119-141.
- AYALA GONZÁLEZ, A. (2017). El principio de legalidad penal y su configuración como derecho subjetivo en el sistema regional europeo de protección de los derechos humanos. *Foro, Nueva Época*, 20(1), 15-54.
- AYLLÓN Y ALTOLAGUIRRE, E. (1875). *Elementos de derecho político, penal y de procedimientos de España en materia de garantías constitucionales*. Madrid: Imprenta y fundición de Manuel Tello.
- BACHMANN, S.-D. (2007). The legacy of the Nuremberg trials - 60 years on. *Journal of South African Law*, (3), 532-550.
- BACHOF, O. (1985). *Jueces y Constitución. 1959*. Madrid: Civitas.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. (1995). La «rigurosa aplicación de la Ley». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XLVIII(3), 849-863.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. (1996). *Manual de derecho penal* (3a reimp.). Bogotá: Temis.

- BACIGALUPO ZAPATER, E. (1999). *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. (2005). Derecho penal y el Estado de Derecho. En *Derecho penal y el Estado de Derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. (2010). Filosofía e ideología de las teorías de la pena. *Derecho y Humanidades*, 1(16), 17-30.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. (2012). *Sobre la justicia y la seguridad jurídica en Derecho penal. La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Madrid: Marcial Pons.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. (2020). División de poderes, principio de legalidad e interpretación de la ley. En J. De Vicente Remesal, M. Díaz y García Conlledo, J. Paredes Castañón, I. Olaizola Nogales, M. A. Trapero Barreales, R. Roso Cañadillas, y J. Lombana Villalba (Eds.), *Libro homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario* (pp. 3-15). Madrid: Reus.
- BAGES SANTACANA, J. (2018). Límites al desvanecimiento del tipo penal. Aproximación al concepto de violencia en la Parte especial del Código penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (20), 1-79. Recuperado a partir de <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-20.pdf>
- BARAK, A. (2008). *The judge in a democracy*. New Jersey: Princeton University Press.
- BARAK, A. (2010). Proportionality and principled balancing. *Law & Ethics of Human Rights*, 4(1), 1-18.
- BARAK, A. (2017). *Prorporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. (G. Villa Rosas, Trad.). Lima: Palestra.
- BARBERO, N. (2017). La ¿relativa? aplicación del principio de legalidad en Derecho Penal Internacional. *Nuevo Foro Penal*, 13(89), 121-128.
- BARNES, J. (1998). El principio de proporcionalidad. *Cuadernos de Derecho Público*, (5), 15-49.
- BARÓ PAZOS, J. (2013). El derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848). *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXXXIII, 105-138.
- BARTOLI, R. (2016). Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione. En C. E. Paliero, S. Moccia, G. de Franceso, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, y L. Risicato (Eds.), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali* (pp. 283-301). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A., COUSO SALAS, J., COX LEIXELARD, J., DE LA FUENTE HULAUD, F., FERNÁNDEZ CRUZ, J., GUZMÁN DÁLBORA, J., ... SOTO PIÑEIRO, M. (2011). La inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal. Informe en Derecho. *Revista de Estudios de la Justicia*, (14), 73-109.
- BASSIOUNI, C. (1983). The penal characteristics of conventional International criminal law. *Case Western Reserve Journal of International Law*, 15(1), 27-37.
- BASSIOUNI, C. (1999a). *Crimes against humanity in International criminal law* (2a ed.). Kluwer.
- BASSIOUNI, C. (1999b). *Le fonti e il contenuto del Diritto penale internazionale. Un*

- quadro teorico*. Milano: Giuffrè Editore.
- BASSIOUNI, C. (2011). *Crimes against humanity. Historical evolution and contemporary application*. Cambridge: Cambridge University Press.
- BASSIOUNI, C. (2013). *Introduction to International criminal law: second revised edition* (2a ed.). Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- BASSIOUNI, C. Y BADR, G. (2002). The Shari'ah: sources, interpretation, and rule-making. *UCLA Journal of Islamic and Near Eastern Law*, 1(2), 135-182.
- BASTRESS, R. (1998). El principio de «la alternativa menos restrictiva» en Derecho constitucional norteamericano. *Cuadernos de Derecho Público*, (5), 239-254.
- BAUMAN, Z. (2002). *Modernity and the Holocaust*. Cambridge: Polity Press.
- BAUMANN, J. (1973). *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*. (C. Finzi, Trad.). Buenos Aires: Depalma.
- BEATTY, D. M. (2004). *The ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- BECCARIA, C. (1822). *De los delitos y de las penas. 1764*. Madrid: Imprenta de Alban.
- BEITZ, C. R. (2009). *The idea of human rights*. Oxford: Oxford University Press.
- BELADIEZ ROJO, M. (2017). La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares: algunas consideraciones sobre el distinto alcance que pueden tener estos derechos cuando se ejercen en una relación jurídica de derecho privado o de derecho público. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (21), 75-97.
- BELING, E. (1931). Il significato del principio: «nulla poena sine lege poenali» nella determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale. *Giustizia Penale*, (37), 319-328.
- BENDOR, A. Y DANCIG-ROSENBERG, H. (2016). Unconstitutional criminalization. *New Criminal Law Review*, 19(2), 171-207.
- BENTHAM, J. (1847). *Tratado de las pruebas judiciales*. (D. Bravo y Destouert, Trad.). Madrid: Establecimiento tipográfico de don Ramón Rodríguez de Rivera.
- BERGALLI, R. (1998). Principio de legalidad: fundamento de la modernidad. *Jueces para la Democracia*, (32), 58-64.
- BERISTÁIN, A. (2003). Axiomas fundamentales de la Criminología ante la globalización y la multiculturalidad. *Eguzkilore*, (17), 89-97.
- BERMAN, H. (1946). Principles of Soviet Criminal law. *Yale Law Journal*, 56, 803-836.
- BERMEJO CABRERO, J. (1996). Sobre la entrada en vigor del Código Penal de 1822. *Anuario de Historia del Derecho Español*, 967-972.
- BERNAL PULIDO, C. (2006). La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (77), 51-75.
- BERNAL PULIDO, C. (2008). La racionalidad de la ponderación. En M. Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (pp. 43-68). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- BERNAL PULIDO, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador* (4a ed.). Bogotá: Universidad

Externado de Colombia.

- BERNARDI, A. (2011). La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas. *Revista Penal*, (27), 15-40.
- BERRY, W. W. (2014). Criminal constitutional avoidance. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 104(1), 105-132.
- BERTOLDI, F. (2006). L'origine romanistica del principio nullum crimen, nulla poena sine lege. *Forum historiae iuris*, ed.elect. Recuperado 23 de julio de 2019 a partir de <https://forhistiur.de/en/2016-10-bertoldi>
- BESSELINK, L. (2001). Sovereignty, Criminal law and the new European context. En P. Alldridge y C. Brants (Eds.), *Personal autonomy, the private sphere and the Criminal law. A comparative study* (pp. 93-116). Oxford-Portland: Hart Publishing.
- BICKEL, A. M. (1986). *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*. New Haven-London: Yale University Press.
- BIEBRICHER, T. (2018). The rise of juridical neoliberalism. En B. Golder y D. McLoughlin (Eds.), *The politics of legality in a neoliberal age* (pp. 97-115). Oxon: Routledge.
- BIKUNDO, E. (2014). *International criminal law: using or abusing legality?* Surrey-Burlington: Ashgate.
- BILBAO UBILLOS, J. M. (2017). La consolidación dogmática y jurisprudencial de la Drittwirkung: una visión de conjunto. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (21), 43-74.
- BILIONIS, L. (1998). Process, the Constitution, and substantive Criminal law. *Michigan Law Review*, 96(5), 1269-1334.
- BINDER, A. (2004). *Introducción al Derecho procesal penal* (2a ed.). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- BINGHAM, T. (2018). *El estado de derecho*. (E. Medina & M. Martínez, Trad.). Ciudad de México: Tirant lo Blanch.
- BLACKSTONE, W. (1807). *Commentaries on the laws of England* (s/i, Vol. IV). Portland: Thomas Wait & Co.
- BLACKSTONE, W. (1809). *Commentaries on the laws of England* (15a ed., Vol. I). London: A. Straman.
- BLALOCK, C. (2014). Neoliberalism and the crisis of legal theory. *Law and Contemporary Problems*, 77(4), 71-103.
- BOBBIO, N. (1997). *El tercero ausente*. (P. Linares, Trad.). Madrid: Cátedra.
- BOBEK, M. (2013). *Comparative reasoning in European Supreme Courts*. Oxford: Oxford University Press.
- BOHLANDER, M. (2011). Radbruch redux: The need for revisiting the conversation between common and civil law at root level at the example of international criminal justice. *Leiden Journal of International Law*, 24(2), 393-410. Recuperado a partir de <https://doi.org/10.1017/S0922156511000070>
- BOIX REIG, F. (1986). El principio de legalidad en la Constitución. *Cuadernos de la Facultad de Derecho (Palma de Mallorca)*, (15), 9-28.

- BOIX REIG, F. (1987). De nuevo sobre el principio de legalidad. *Cuadernos de la Facultad de Derecho (Palma de Mallorca)*, (15), 9-27.
- BOLEA BARDÓN, C. (2019). Delitos contra el honor (Tema 9). En M. Corcoy Bidásolo (Ed.), *Manual de Derecho Penal, parte especial* (2a ed., Vol. I, pp. 369-391). Valencia: Tirant lo Blanch.
- BOMHOFF, J. (2013). *Balancing constitutional rights. The origins and the meanings of post war legal discourse*. Cambridge: Cambridge University Press.
- BOROWSKI, M. (2000). La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 20(59), 29-56.
- BOROWSKI, M. (2007a). *La estructura de los derechos fundamentales*. (C. Bernal Pulido, Trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BOROWSKI, M. (2007b). Limiting clauses: On the continental European tradition of special limiting clauses and the general limiting of Art. 52(1) Charter of Fundamental Rights of the European Union. *Legisprudence*, (1), 197-240.
- BOROWSKI, M. (2020). La Drittwirkung ante el trasfondo de la transformación de los derechos morales en derechos fundamentales. *Revista Derecho del Estado*, (45), 3-27.
- BOTTOMS, A. (1995). The philosophy and politics of punishment and sentencing. En C. Clarkson y R. Morgan (Eds.), *The politics of sentencing reform* (pp. 17-49). Oxford: Clarendon Press.
- BRABAZON, H. (2017). Dissent in a juridified political sphere. En *Neoliberal legality. Understanding the role of law in the neoliberal project* (pp. 167-189). Oxon: Routledge.
- BRANDARIZ-GARCÍA, J. A. (2014a). La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 4-27.
- BRANDARIZ-GARCÍA, J. A. (2014b). La evolución de la penalidad en el contexto de la Gran Recesión: la contracción del sistema penitenciario español. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (12), 309-342.
- BRANDARIZ-GARCÍA, J. A. (2016). *El modelo gerencial-actuarial de penalidad. Eficiencia, riesgo y sistema penal*. Madrid: Dykinson.
- BRANDARIZ-GARCÍA, J. A. (2018a). An enduring sovereign mode of punishment: Post-dictatorial penal policies in Spain. *Punishment and Society*, 20(3), 308-328.
- BRANDARIZ-GARCÍA, J. A. (2018b). Cultura política de la UE y racionalidades penales nacionales: reflexiones sobre la penalidad migratoria. En P. De la Cuesta Aguado, L. Ruiz Rodríguez, M. Acale Sánchez, E. Hava García, M. J. Rodríguez Mesa, G. González Agudelo, ... J. Ríos Corbacho (Eds.), *Liber amicorum. Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Juan Ma. Terradillos Basoco* (pp. 291-299). Valencia: Tirant lo Blanch.
- BRANDARIZ-GARCÍA, J. A. (2021). Beyond the austerity-driven hypothesis: Political economic theses on penalty and the recent prison population decline. *European Journal of Criminology*, 1-19.
- BRANDARIZ-GARCÍA, J. A., MELOSSI, D. Y SOZZO, M. (2018). The political eco-

- nomy of punishment today. An introduction. En D. Melossi, M. Sozzo, y J. Branderiz García (Eds.), *The political economy of punishment today. Visions, debates and challenges* (pp. 1-22). Oxon: Routledge. Recuperado a partir de <https://doi.org/10.4324/9781315542713>
- BRAUM, S. (2000). La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario. En Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Eds.), *La insostenible situación del Derecho penal* (pp. 3-24). Granada: Comares.
- BRAVO LIRA, B. (1976). Judicatura e institucionalidad en Chile (1776-1876): del absolutismo ilustrado al liberalismo parlamentario. *Anuario de Historia del Derecho Español*, (1), 61-87.
- BRAVO LIRA, B. (1982). Metamorfosis de la legalidad. Forma y destino de un ideal dieciochesco. *Revista de Derecho Público*, (31/32), 75-92.
- BRAVO LIRA, B. (2004). La fortuna del código penal español de 1848. Historia en cuatro actos y tres continentes: de Mello Freire y Zeiller a Vasconcelos y Seijas Lozano. *Anuario de Historia del Derecho Español*, 23-57.
- BRICOLA, F. (2012). *Teoría general del delito*. Buenos Aires: BdeF.
- BUCHANAN, J. M. (1994). Notes on the liberal Constitution. *Cato Journal*, 14(1), 1-10.
- BUERGENTHAL, T. (1991). The human rights revolution. *St. Mary's Law Journal*, 23(1), 3-10.
- BUERGENTHAL, T. (1997). The normative and institutional evolution of international human rights. *Human Rights Quarterly*, 19(4), 703-723.
- BURCHARD, C. (2006). The Nuremberg Trial and its impact on Germany. *Journal of International Criminal Justice*, 4, 800-829.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. (2006). Seguridad ciudadana y seguridad jurídica. *Nuevo Foro Penal*, (70), 159-167.
- CALAMANDREI, P. (2019). *La crisi della legalità (1945)*. (Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei, Istituzione del Comune di Montepulciano, & Fondazione "Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei"-Roma,Eds.), *Opere Giuridiche III. Diritto e processo costituzionale* (Vol. III). Roma: Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei.
- CALAZA LÓPEZ, S. (2020). Lección 14. El Ministerio Fiscal. En V. Gimeno Sendra, M. Díaz Martínez, y S. Calaza López (Eds.), *Introducción al Derecho procesal* (pp. 207-215). Valencia: Tirant lo Blanch.
- CALCAGNI, E. (2015). Principio de legalidad penal y creación judicial del Derecho. *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, (1), 1-41.
- CALSAMIGLIA, A. (1986). *Introducción a la ciencia jurídica*. Barcelona: Ariel.
- CÁMARA VILLAR, G. (2019). Capítulo XVIII: Derechos individuales (II), apartado 5. En F. Balaguer Callejón (Ed.), *Manual de Derecho constitucional, volumen II*, (14a ed., pp. 191-201). Madrid: Tecnos.
- CAMBA CONSTENLA, M. DEL C. (1994). El principio de legalidad como principio ordenador de la potestad sancionadora de la Administración (STC 305/1993, de 25

- de octubre). *Dereito*, III(1), 285-299.
- CANCIO MELIÁ, M. Y PÉREZ MANZANO, M. (2019). Principios del Derecho Penal (II). En J. Lascuraín Sánchez (Ed.), *Manual de introducción al Derecho Penal* (pp. 69-90). Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- CANNING, J. (1996). *A History of medieval political thought, 300-1450*. New York: Routledge.
- CANOVAN, M. (1981). *Populism*. New York-London: Hartcourt Brace Jovanovich.
- CANOVAN, M. (1999). Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy. *Political Studies*, XLVII, 2-16.
- CANTOR, N. (1935). The new prison program of Italy. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 26(2), 216-227.
- CANTOR, N. (1936). The fascist political prisoners. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 27(2), 169-179.
- CAPELLÀ I ROIG, M. (2005). Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (10), 1-13. Recuperado a partir de <http://www.reei.org/index.php/revista/num10/articulos/crimenes-contra-humanidad-caso-scilingo>
- CARBONELL MATEU, J. C. (1999). *Derecho penal: concepto y principios constitucionales* (3a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- CARBONELL MATEU, J. C. (2001). Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad. En L. A. Arroyo Zapatero y I. Berdugo Gómez de la Torre (Eds.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam* (pp. 129-144). Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- CARBONELL MATEU, J. C. (2019). Homicidio y sus formas (I): homicidio. En J. González Cussac (Ed.), *Derecho Penal, parte especial* (6a ed., pp. 43-60). Valencia: Tirant lo Blanch.
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. (2001). La mujer como sujeto activo en el delito de violación. Un problema de interpretación teleológica. *Gaceta Jurídica*2, (252), 20-25.
- CAROLAN, E. (2009). *The new separation of powers. A theory for the modern State*. Oxford University Press.
- CARRILLO, M. (2018). El Tribunal Constitucional, un balance de 40 años. *Revista de Derecho político, UNED*, (101), 631-660.
- CARRINGTON, K., HOGG, R. Y SOZZO, M. (2016). Southern Criminology. *British Journal of Criminology*, 56(1), 1-20.
- CARRITHERS, D. (1998). Montesquieu's philosophy of punishment. *History of Political Thought*, 19(2), 213-240.
- CARVALHO, H. (2017). *The preventive turn in Criminal law*. Oxford: Oxford University Press.
- CASADO RUIZ, J. (1979). La aplicación del Código Penal de 1822. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XXXII(2), 333-344.
- CASTIÑEIRA, M. T. Y RAGUÉS I VALLÈS, R. (2004). Three strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

- Revista de Derecho Penal y Criminología*, (14), 59-85.
- CASTIÑEIRA, M. T. Y RAGUÉS I VALLÈS, R. (2014). Three strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. En J. Lascurain Sánchez y M. Rusconi (Eds.), *El principio de proporcionalidad penal* (pp. 119-149). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- CASTRESANA FERNÁNDEZ, C. (2005). De Nüremberg a Madrid: la sentencia del caso Scilingo. *Jueces para la Democracia*, (54), 3-11.
- CASTRONUOVO, D. (2012). Clausole generali e Diritto penale. *Diritto Penale Contemporaneo*, 1-18.
- CEREZO MIR, J. (2004). Los fines de la pena en el código penal después de las reformas del año 2003. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (2), 13-30. Recuperado a partir de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2217110&orden=321281&info=link>
- CHADWICK, H. (2007). Christian doctrine. En J. H. Burns (Ed.), *The Cambridge history of medieval political thought. c. 350-c.1450* (6a reimp., pp. 11-20). Cambridge: Cambridge University Press.
- CHEVIGNY, P. (2003). The populism of fear. Politics of crime in the Americas. *Punishment & Society*, 5(1), 77-96.
- CHOUHRY, S. (2006). So what is the real legacy of Oakes?: Two decades of proportionality analysis under the Canadian Charter's Section 1. *The Supreme Court Law Review*, 34, 501-535.
- CLAES, E. Y KROLIKOWSKI, M. (2009). The limits of legality in the Criminal Law. En E. Claes, W. Devroe, y B. Keirsbilck (Eds.), *Facing the limits of the Law* (pp. 89-107). Berlin-Heilderberg: Springer.
- CLIQUEENNOIS, G., SNACKEN, S. Y VAN ZYL SMIT, D. (2021). Can European human rights instruments limit the power of the national state to punish? A tale of two Europes. *European Journal of Criminology*, 18(1), 11-32.
- CMIEL, K. (2012). The recent history of human rights. En A. Iriye, P. Goedde, y W. Hitchcock (Eds.), *The human rights revolution. An international history* (pp. 27-51). Oxford: Oxford University Press.
- COBO DEL ROSAL, M. Y BOIX REIG, F. (1982). Garantías constitucionales del derecho sancionador. En M. Cobo del Rosal y M. Bajo Fernández (Eds.), *Comentarios a la legislación penal. Tomo I. Derecho penal y Constitución* (pp. 191-216). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- COBO DEL ROSAL, M. Y VIVES ANTÓN, S. (1999). *Derecho penal. Parte general* (5a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- COCCO, G. (2016). L'eredità Illuministico-liberale: principi forti per affrontare le sfide contemporanee. En G. Cocco (Ed.), *Per un manifesto del neoilluminismo penale* (pp. 1-33). San Giuliano Milanese: Wolters Kluger/CEDAM.
- COHEN-ELIYA, M. Y PORAT, I. (2010). American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins. *International Journal of Constitutional Law*, 8(2), 263-286.

- COHEN-ELIYA, M. Y PORAT, I. (2013). *Proportionality and constitutional culture*. Cambridge: Cambridge University Press.
- COLLIOT-THÉLÈNE, C. (2019). Populism as a conceptual problem. En G. Fitzi, J. MacKert, y B. S. Turner (Eds.), *Populisms and the crisis of democracy. Concepts and theory* (Vol. I, pp. 17-26). Oxon: Routledge.
- COLMEIRO, M. (1881). *Elementos de derecho político y administrativo de España* (6a ed.). Librería de los sucesores de Escribano.
- COLOMA CORREA, R. Y AGÜERO SAN JUAN, C. (2014). Fragmentos de un imaginario judicial de la sana crítica. *Ius et Praxis*, 20(2), 375-414.
- COMANDUCCI, P. (2009). Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En M. Carbonell (Ed. y Trad.), *Neoconstitucionalismo(s)* (4a ed., pp. 75-98). Madrid: Trotta.
- CORRECHER MIRA, J. (2018). *Principio de legalidad penal: ley formal vs. law in action*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. (1935). *Consistency of certain Danzig legislative decrees with the Constitution of the free city*. La Haya: Leyden A.W. Sijthoff's Publishing Co.
- COSTA, P. (2007). The rule of law: a historical introduction. En P. Costa y D. Zolo (Eds.), *The rule of law. History, theory and criticism* (pp. 73-149). Dordrecht: Springer.
- COUNCIL OF EUROPE. (1957). *Preparatory work on article 7 of the European Convention in Human Rights*. Estrasburgo: European Commission of Human Rights. Recuperado a partir de [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART7-DH\(57\)6-BIL1674978.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART7-DH(57)6-BIL1674978.pdf)
- COUSIÑO MAC IVER, L. (1975). *Derecho penal chileno* (1a ed., Vol. I). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- COUSO, J. (2018). Constructing «privatopia». The role of constitutional law in Chile's radical neoliberal experiment. En B. Golder y D. McLoughlin (Eds.), *The Politics of Legality in a Neoliberal Age* (pp. 85-96). Oxon: Routledge.
- COUSO SALAS, J. (2009). La sexualidad de los menores de edad ante el Derecho penal. *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*, 73, 1-46. Recuperado a partir de [https://digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/73](https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/73)
- COVARRUBIAS CUEVAS, I. (2014). ¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad? (128 sentencias del Tribunal Constitucional en la perspectiva de la jurisprudencia alemana, de las Camara de los Lores y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos). *Estudios Constitucionales*, 12(1), 163-237.
- COWELL, F. (2018). Anti-totalitarian memory: Explaining the presence of rights abuse clauses in International human rights law. *Birkbeck Law Review*, 6(1), 35-62.
- CROQUET, N. A. J. (2011). The European Court of Human Rights' norm-creation and norm-limiting processes: Resolving a normative tension. *Columbia Journal of European Law*, 17, 307-373.
- CROW, K. (2019). The opacity of proportionality in international courts: Could categories clarify? *George Washington International Law Review*, 51(2), 289-320.

- CRYER, R., FRIMAN, H., ROBINSON, D. Y WILMSHURT, E. (2007). *An introduction to International criminal law and procedure*. Cambridge: Cambridge University Press.
- CUELLO CALÓN, E. (1917). *Tribunales para niños*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- CUELLO CALÓN, E. (1936). *Derecho penal, parte especial* (3a ed., Vol. II). Barcelona: Bosch.
- CUELLO CALÓN, E. (1951). Las normas penales de las modernas constituciones. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, IV(1), 28-42.
- CUELLO CALÓN, E. (1964). *Derecho penal. Tomo I. Parte general* (14a ed.). Barcelona: Bosch.
- CUELLO CALÓN, E. (1982). *Derecho penal* (14a ed., Vol. II). Barcelona: Bosch.
- CUELLO CONTRERAS, J. (2002). *El derecho penal español, parte general* (3a ed.). Madrid: Dykinson.
- CUERDA ARNAU, M. L. (2014). Proporcionalidad penal. Libertad de expresión y el efecto desaliento. Su proyección sobre los nuevos tipos de apología. En J. Lascuraín Sánchez y M. Rusconi (Eds.), *El principio de proporcionalidad penal* (pp. 151-201). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- CUERDA ARNAU, M. L. (2017). Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en las reformas de los delitos sexuales contra menores. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19), 1-45. Recuperado a partir de <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-09.pdf>
- CUERDA ARNAU, M. L. (2019). Delitos contra la Constitución (Lección XL). En J. González Cussac (Ed.), *Derecho Penal. Parte especial* (6a ed., pp. 739-773). Valencia: Tirant lo Blanch.
- CUERDA RIEZU, A. (2002). Proporcionalidad, efecto desaliente y algunos silencios en la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, que otorgó el amparo a los dirigentes de Herri Batasuna. En J. L. Díez Ripollés, C. Romeo Casabona, L. Gracia Martín, y J. Higuera Guimera (Eds.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor José Cerezo Mir* (pp. 237-255). Madrid: Tecnos.
- CUNEO NASH, S. (2018). *Cárceles y pobreza. Distorsiones del populismo penal*. Santiago de Chile: Uqbar Editores.
- CURY URZÚA, E. (2005). *Derecho penal, parte general*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- D.J.S. Y D.A.DEB. (1848). *Código Penal de España. Sancionado por S.M. en 19 de marzo de 1848, enmendado con arreglo á los Reales Decretos de 21 y 22 de setiembre de 1848 y comentado por D.J.S. y D.A. de B.* Madrid: Imprenta de D. Ramón Martín Indas.
- D'AMATO, A. (1988). International human rights at the close of the twentieth century. *The International Lawyer*, 22(1), 167-177.
- D'AMATO, A. (1995). Human rights as part of customary International law: A plea for change of paradigms. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 25(1-2), 47-98.
- DAN-COHEN, M. (1984). Decision rules and conduct rules: on acoustic separation in

- Criminal law. *Harvard Law Review*, 97(3), 625-677.
- DAN-COHEN, M. (2014). Dignity, crime, and punishment: A kantian perspective. En M. Dubber (Ed.), *Foundational texts in modern criminal law* (pp. 101-118). Oxford: Oxford University Press.
- DAVIS, D. (1994). Democracy - Its influence upon the process of constitutional interpretation. *South African Journal on Human Rights*, 10(1), 103-121.
- DE ARAMBURU Y AGUIRRE, J. (1860). *Instituciones de Derecho penal español arregladas al Código reformado en 30 de junio de 1850*. Madrid: Imp. y lit. de D. Benito González.
- DE CABO, C. (2000). *Sobre el concepto de la ley*. Madrid: Trotta.
- DE CRUZ, P. (1999). *Comparative law in a changing world* (2a ed.). London-Sydney: Cavendish.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (2013). El principio de humanidad en el Derecho penal. *Revista Penal México*, (4), 9-20.
- DE LA MATA BARRANCO, N. (2007a). Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LX(1), 165-204.
- DE LA MATA BARRANCO, N. (2007b). *El principio de proporcionalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DE LA MATA BARRANCO, N. (2007c). Las reformas penales de 2003: consideraciones generales sobre la quiebra de algunos principios que deben definir toda intervención penal. En P. Faraldo-Cabana (Ed.), *Política criminal y reformas penales* (pp. 11-34). Valencia: Tirant lo Blanch.
- DE LA MATA BARRANCO, N. (2014). La actuación proporcionada: una exigencia de la finalidad preventiva del Derecho Penal. En J. Lascuráin Sánchez y M. Rusconi (Eds.), *El principio de proporcionalidad penal* (pp. 203-234). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- DE LARDIZÁBAL Y URIBE, M. (1732). *Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*. Madrid: Joachin Ibarra.
- DE MINTEGUIAGA, V. (1911). *El artículo 11 de la Constitución*. Barcelona: Gustavo Hill Editor.
- DE PASO Y DELGADO, N. Y DE TORO Y MOYA, B. (1848). *Nociones del Derecho penal español así común como excepcional, para el uso de los cursantes de jurirprudencia*. Madrid: Imprenta de los Srs. Astudillo y Garrido.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2004). *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DECIANI, T. (1590). *Tractatus Criminalis* (Vol. I). Venecia: Apud Franciscum de Francis.
- DECKER, J. F. (2002). Addressing vagueness, ambiguity, and other uncertainty in American criminal laws. *Denver University Law Review*, 80(2), 241-343.
- DEIGH, J. (1984). On the right to be punished: Some doubts. *Ethics*, 94(2), 191-211.
- DEMETRIO CRESPO, E. (2004). Del «Derecho penal liberal» al «Derecho penal del enemigo». *Revista de Derecho penal y criminología*, (14), 87-115.

- DEMURO, G. P. (2016). Diritto penale come ultima ratio: deflazione del sistema penale nella recente normativa. En G. Cocco (Ed.), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*. San Giuliano Milanese: Wolters Kluger/CEDAM.
- DIAS, L. (2018). Teoría del dominio del hecho y principio de legalidad en la Corte Penal Internacional. *InDret*, (4), 1-23.
- DÍAZ PITA, M. DEL M. Y FARALDO-CABANA, P. (2002). La utilización simbólica del derecho penal en las reformas del código penal de 1995. *Revista de derecho y proceso penal*, (7), 119-152.
- DICEY, A. V. (1979). *Introduction to the study of the Law of Constitution*. 1885 (10a ed.). London: The Macmillan Press.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. (2003a). El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena. En L. Arroyo Zapatero, U. Neumann, y A. Nieto Marín (Eds.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo* (pp. 147-172). Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. (2003b). La nueva política criminal española. *Eguzkilore*, (17), 65-87.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. (2004). El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-03, 1-34. Recuperado a partir de <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. (2005). De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (07-01), 1-37. Recuperado a partir de <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. (2007). *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: BdeF.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. (2011). La dimensión inclusión/exclusión social como guía de la política criminal comparada. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (13), 1-36. Recuperado a partir de <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-12.pdf>
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. (2013). *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría* (2a ed.). Madrid: Trotta.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. (2014). Sanciones adicionales a delincuentes y exdelincuentes. Contrastes entre Estados Unidos de América y países nórdicos europeos. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (4), 1-37.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. (2017). El abuso del sistema penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19), 1-24. Recuperado a partir de <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-01.pdf>
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2020). *Política criminal y Derecho penal. Estudios* (3a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- DOMÍNGUEZ FIGUEIRIDO, J. (2003). *Sociología jurídico-penal y actividad legislativa. Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DONINI, M. (2001). Un Derecho penal fundado en la carta constitucional. Razones y límites: la experiencia italiana. *Revista Penal*, (8), 24-38.
- DONINI, M. (2004a). Jueces y democracia. El papel de la magistratura y democracia

- penal; el uso judicial del Derecho penal de los principios. *Revista de Estudios de la Justicia*, (5), 167-178.
- DONINI, M. (2004b). La relación entre Derecho penal y política: método democrático y método científico. *Revista de Estudios de la Justicia*, (4), 27-50.
- DONINI, M. (2012). Prólogo. En F. Bricola (Ed.), D. Restrepo (Trad.), *Teoría general del delito* (pp. XVII-LXXVII). Buenos Aires: BdeF.
- DONINI, M. (2018). El Derecho jurisprudencial penal. Colisiones verdaderas y aparentes con la legalidad y sanciones por ilícitos interpretativos. *Indret Penal*, 1-48.
- DONNELLY, J. (2007). The relative universality of human rights. *Human Rights Quarterly*, 29(2), 281-306.
- DOUZINAS, C. (2007). *Human rights and empire. The political philosophy of cosmopolitanism*. Abingdon: Routledge-Cavendish.
- DU BOYS, ALBERT. (1850). *Historia del Derecho criminal de los pueblos antiguos, desde la formación de las sociedades hasta el establecimiento del cristianismo*. (S/i,Trad.). Madrid: Imprenta de D.B. González.
- DU BOYS, ALBERTO. (1872). *Derecho penal de España*. Madrid: Imprenta de José María Pérez.
- DUBBER, M. (1998). The right to be punished: Autonomy and its demise in modern penal thought. *Law and History Review*, 16(1), 113-146.
- DUBBER, M. (2013). *The right to be punished. Modern doctrinal sentencing*. Springer: Springer.
- DUBBER, M. Y HÖRNLE, T. (2014). *Criminal law. A comparative approach*. Oxford: Oxford University Press.
- DUCE, M. Y RIEGO, C. (2007). *Proceso penal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- DUFF, R. A., FARMER, L., MARSHAL, S. E., RENZO, M. Y TADROS, V. (2013). Introduction. En R. A. Duff, L. Farmer, S. E. Marshall, M. Renzo, y V. Tadros (Eds.), *The constitution of Criminal law* (pp. 1-11). Oxford: Oxford University Press.
- DURÁN MIGLIARDI, M. (2011). Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal. *Política Criminal*, 6(11), 142-162. Recuperado a partir de <http://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol6N11A5.pdf>
- DURANTI, M. (2017). *The conservative human rights revolution. European identity, transnational politics, and the origins of the European Convention*. Oxford: Oxford University Press.
- DWORKIN, R. (1967). The model of rules. *University of Chicago Law Review*, 35(1), 14-46.
- DWORKIN, R. (2006). *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton/Oxford: Princeton University Press.
- DWORKIN, R. (2012). *Los derechos en serio* (2a ed.). Barcelona: Ariel Derecho.
- DYZENHAUS, D. (2014). Proportionality and deference in a culture of justification. En G. Huscroft, B. Miller, y G. C. N. Webber (Eds.), *Proportionality and the rule of*

- law. Rights, justification, reasoning* (pp. 234-258). New York: Cambridge University Press.
- ESCRIVÁ GREGORI, J. (1980). Algunas consideraciones sobre Derecho penal y Constitución. *Papers: Revista de Sociología*, (13), 141-163.
- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, A. (1999). *Derecho Penal, Parte General, Tomo I* (Vol. I). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- FALCÓN Y TELLA, F. (2005). Examen crítico de los diferentes tipos de estado y el derecho a castigar. *Foro, Nueva época*, (2), 335-357.
- FALK, R. (2009). *Achieving human rights*. (Routledge, Ed.). New York: Routledge.
- FARALDO-CABANA, P. (2002). Hacia un delito de corrupción en el sector privado. *Estudios Penales y Criminológicos*, (23), 59-98.
- FARALDO-CABANA, P. (2007). Tendencias de política criminal en el control penal de la violencia de género: alternativas a la privación de libertad y vicisitudes de la ejecución de la pena de prisión para condenados por violencia de género. En P. Faraldo-Cabana (Ed.), *Política criminal y reformas penales* (pp. 139-204). Valencia: Tirant lo Blanch.
- FARALDO-CABANA, P. (2009). La fórmula de Radbruch y la construcción de una autoría mediata con aparatos organizados de poder. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (13), 145-165.
- FARALDO-CABANA, P. (2016). *Los delitos leves. Causas y consecuencias de la desaparición de las faltas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FARALDO CABANA, P. (2014). La despenalización de las faltas: entre la agravación de las penas y el aumento de la represión administrativa. *InDret*, (3), 1-34.
- FAVOREU, L. (2001). La constitucionalización del derecho. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 12(1), 31-43.
- FEIJOO, B. (2001). Sobre el contenido y la evolución del Derecho penal español tras la LO 5/2000 y la LO 7/2000. *Revista Jurídica*, (4), 9-70.
- FELDBRUGGE, F. J. (1963). Soviet Criminal law. The last six years. *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*, 54(3), 249-266.
- FERDINANDUSSE, W. (2006). *Direct application of International criminal law in national courts*. La Haya: T.M.C. Asser Press.
- FEREJOHN, J. Y PASQUINO, P. (2003). *Rule of democracy and Rule of law. Democracy and the Rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- FERNÁNDEZ CRUZ, J. (2010). El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad? *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 17(1), 51-99.
- FERNÁNDEZ CRUZ, J. (2013). El discurso de la criminalidad y del poder punitivo: representaciones sociales, previsibilidad y principio de economía cognitiva. *Revista de derecho de la Universidad Católica del Norte (Coquimbo)*, 20(20), 327-350.
- FERNÁNDEZ, J. (2017). La interpretación conforme con la Constitución en los límites del mandato de certeza. *Revista Chilena de Derecho*, 44(3), 653-675.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. D. (1994). Los límites del ius puniendi. *Anuario de De-*

- recho Penal y Ciencias Penales*, XLVII(3), 87-114.
- FERRAJOLI, L. (1995). El Derecho Penal mínimo. En J. Bustos Ramírez (Ed.), *Preven-  
ción y Teoría de la Pena* (pp. 25-48). Santiago de Chile: Conosur.
- FERRAJOLI, L. (1999). El Derecho como sistema de garantías. *Nuevo Foro Penal*, (60),  
59-75.
- FERRAJOLI, L. (2004a). *Derechos y garantías. La ley del más débil* (4a ed.). Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2004b). *Epistemología jurídica y garantismo*. Ciudad de México: Fontamara.
- FERRAJOLI, L. (2005). La crisis de la democracia en la era de la globalización. *Anales de  
la Cátedra Francisco Suárez*, (39), 37-51.
- FERRAJOLI, L. (2006). *Garantismo penal*. Ciudad de México: Universidad Nacional  
Autónoma de México.
- FERRAJOLI, L. (2008). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2009a). Criminalidad y globalización. En M. Carbonell y R. Vázquez  
(Eds.), M. Carbonell y P. Andrés Ibáñez (Trads.), *Globalización y Derecho* (pp. 145-  
160). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- FERRAJOLI, L. (2009b). Derechos fundamentales. En A. De cabo y G. Pisarello (Eds.),  
*Los fundamentos de los derechos fundamentales* (4a ed., pp. 19-56). Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2009c). Pasado y futuro del Estado de derecho. En M. Carbonell (Ed.),  
*Neconstitucionalismo(s)* (pp. 13-29). Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2011). Pasado y futuro del Estado de Derecho. *Revista Internacional de  
Filosofía Política*, (17), 31-46.
- FERRAJOLI, L. (2013). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid:  
Civitas.
- FERRAJOLI, L. (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo ga-  
rantista como modelo teórico y como proyecto político*. (P. Andrés Ibáñez, Trad.). Ma-  
drid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2016). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. (P. Andrés Ibáñez,  
A. Ruiz Miguel, J. Bayón Mohino, J. Terradillos Bosoco, & R. Cantarero Brandés,  
Trads.) (10a ed.). Madrid: Trotta.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C. (2018). El Plea Bargaining, o cómo pervertir la justicia penal a tra-  
vés de un sistema de conformidades low cost. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y  
Criminología*, (20-06), 1-30. Recuperado 15 de agosto de 2020 a partir de [http://  
criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-06.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-06.pdf)
- FERRER BELTRÁN, J. (2010). Una concepción minimalista y garantista de la presunción  
de inocencia. *Revista de la Maestría en Derecho procesal*, 4(1), 1-26.
- FERRERES COMELLA, V. (1997). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro  
de Estudios Políticos y Constitucionales.
- FERRERES COMELLA, V. Y MIERES MIERES, L. (1999). Algunas consideraciones  
acerca del principio de legalidad penal (A propósito de las Sentencias 111/1993 y  
150/1997 del Tribunal Constitucional). *Revista Española de Derecho Constitucio-*

- nal*, 19(55), 287-321.
- FIANDACA, G. (2007). Legalità penale e democrazia. *Quaderni Fiorentini*, (36), 1247-1277.
- FIANDACA, G. Y MUSCO, E. (2019). *Diritto penale. Parte generale* (8a ed.). Bologna: Zanicheli Editore.
- FIERRO, G. (2003). *Legalidad y retroactividad de las normas penales. Fuentes del derecho. Legalidad en el Derecho tributario, procesal penal y aduanero*. Buenos Aires: Hammurabi.
- FILANGIERI, C. (1821). *Ciencia de la legislación*. (J. Ribera, Trad.) (Vol. III). Madrid: Imprenta de D. Fermín Villalpando.
- FIORAVANTI, M. (2016). La Magna Carta nella storia del costituzionalismo. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, (45), 67-86.
- FITZI, G. (2019). Populism. An ideal-typical assessment. En G. Fitzi, J. Mackert, y B. S. Turner (Eds.), *Populism and the crisis of democracy. Concepts and theory* (Vol. I, pp. 47-61). Oxon: Routledge.
- FLETCHER, G. (1998). *Basic concepts of Criminal law*. New York-Oxford: Oxford University Press.
- FLETCHER, G. P. (2000). *Rethinking Criminal law. Journal of Chemical Information and Modeling*. Oxford: Oxford University Press.
- FORNASARI, G. (2018). Argomenti per una riserva di legge rafforzata in ambito penale. *Diritto Penale Contemporaneo*, (2), 162-175.
- FORNASARI, G. Y MENGHINI, A. (2008). *Percorsi europei di Diritto penale*. Padova: CEDAM.
- FOUCAULT, M. (1976). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (6a reimp.). Ciudad de México: Siglo Veintiuno.
- FRISCH, W. (2014). Transformaciones del Derecho penal como consecuencia del cambio social. *Revista de Estudios de la Justicia*, (21), 15-40.
- FROSINI, V. (2017). *La letra y el espíritu de la ley*. Santiago de Chile: Olejnik.
- FROST, W. L. (2000). The developing human rights discourse: A history of the human rights movement. *Trinity Law Review*, (10), 1-28.
- GALINDO, F. (2007). Justicia, gobernanza y legalidad. *Seqüência*, (55), 29-64.
- GALLANT, K. (2009). *The principle of legality in international and comparative Criminal law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- GALLANT, K. (2012). La legalidad como norma del Derecho consuetudinario internacional: la irretroactividad de los delitos y de las penas. En J. Montiel Fernández (Ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* (pp. 315-354). Madrid: Marcial Pons.
- GANDULFO, E. (2009). ¿Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica. *Política Criminal*, 4(8), 292-382.
- GARCÍA-HUIDOBRO, J. Y MIRANDA, A. (2013). Sobre la licitud de una aeronave agresora que lleva pasajeros inocentes. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del*

- Norte*, 20(2), 351-371.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (2005). *Introducción al derecho penal* (3a ed.). Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- GARCÍA ALBERO, R. (2008). ¿'Nullum crimen sine lex certa'? Causas y efectos de la crisis del principio de taxatividad. *Jueces para la democracia*, (62), 57-91.
- GARCÍA ALBERO, R. (2010). El nuevo delito de tráfico de órganos. En Francisco Álvarez García y J. González Cussac (Eds.), *Comentarios a la reforma penal de 2010* (pp. 183-192). Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA AMADO, J. (2016). Sobre el principio de legalidad penal y su alcance. De la previsibilidad como componente de la legalidad. En Mercedes Pérez Manzano y J. Lascurain Sánchez (Eds.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal* (pp. 313-334). Madrid: Marcial Pons.
- GARCÍA AMADO, J. (2018). On the principle of legality and its scope: foreseeability as a component of legality. En Mercedes Pérez Manzano, J. Lascurain Sánchez, y M. Mínguez Rosique (Eds.), *Multilevel protection of the principle of legality in Criminal law* (pp. 177-193). Cham: Springer.
- GARCÍA ARÁN, M. (2008). El Derecho Penal simbólico (a propósito del nuevo delito de dopaje en el deporte y su tratamiento mediático). En M. García Arán y J. Botella (Eds.), *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España* (pp. 191-227). Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1984). Principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 4(10), 11-61.
- GARCÍA INDA, A. (2001). Cinco apuntes sobre Derecho y Postmodernidad. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, (24), 235-248. Recuperado a partir de <https://doxa.ua.es/article/view/2001-n24-cinco-apuntes-sobre-derecho-y-postmodernidad>
- GARCÍA PÉREZ, O. (2018). El principio de legalidad y el valor de la jurisprudencia. *Indret Penal*, (4), 2-53.
- GARCÍA RIVAS, N. (1992). *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones.
- GARCÍA RIVAS, N. (1996). *El poder punitivo en el Estado democrático*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- GARDNER, J. (1998). Crime: In proportion and in perspective. En A. Ashworth y M. Wasik (Eds.), *Fundamentals of sentencing theory* (pp. 31-52). Oxford: Clarendon Press.
- GARDNER, J. (2008). Introduction. En *Punishment and responsibility. Essays in the Philosophy of law* (2a ed., pp. xiii-liiii). Oxford: Oxford University Press.
- GARLAND, D. (1991). Sociological perspectives on punishment. *Crime and justice*, 14, 115-165.
- GARLAND, D. (1996). The limits of the sovereign state. Strategies of crime control in contemporary society. *The British Journal of Criminology*, 36(4), 445-471.

- GARLAND, D. (1999). *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social.* (B. Ruiz de la Concha, Trad.). Ciudad de México: Siglo Veintiuno.
- GARLAND, D. (2001). *La cultura del control.* (M. Sozzo, Trad.). Barcelona: Gedisa.
- GARLAND, D. (2017). Penal power in America: Forms, functions and foundations. *Journal of the British Academy*, (5), 1-35.
- GARLAND, D. (2019). Punishment and Welfare revisited. *Punishment and Society*, 21(3), 267-274.
- GARLAND, D. (2020). Penal controls and social controls: Toward a theory of American penal exceptionalism. *Punishment and Society*, 22(3), 321-352.
- GARRAUD, R. (1909). *Précis de Droit criminel* (10a ed.). Paris: Librairie de la Société du recueil J.B. Sirey et de Journal du Palais.
- GARRIDO GÓMEZ, M. I. (2009). La predecibilidad de las desiciones judiciales. *Iust et Praxis*, 15(1), 55-72.
- GARRIDO MONTT, M. (2001). *Derecho Penal* (Vol. I). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- GERARDS, J. (2019). *General principles of the European Convention on Human Rights.* Cambridge: Cambridge University Press.
- GERBER, M. M. Y JACKSON, J. (2016). Authority and punishment: On the ideological basis of punitive attitudes towards criminals. *Psychiatry, Psychology and Law*, 23(1), 113-134.
- GIL GIL, A. (1999). *Derecho penal internacional.* Madrid: Tecnos.
- GIL GIL, A. (2005). La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (7), 1-18. Recuperado a partir de <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-r1.pdf>
- GIL GIL, A. (2010). La excepción al principio de legalidad del número 2 del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LXIII, 131-163.
- GIL GIL, A. (2019a). El crimen de genocidio. En A. Gil Gil y E. Maculan (Eds.), *Derecho Penal Internacional* (2a ed., pp. 395-419). Madrid: Dykinson.
- GIL GIL, A. (2019b). Los crímenes contra la humanidad. En A. Gil Gil y E. Maculan (Eds.), *Derecho Penal Internacional 2* (2a ed., pp. 421-442). Madrid: Dykinson.
- GIL GIL, A. Y MACULAN, E. (2019). Qué es el Derecho Penal Internacional. En A. Gil Gil y E. Maculan (Eds.), *Derecho Penal Internacional* (2a ed., pp. 39-52). Madrid: Dykinson.
- GIMENO SENDRA, V. (1987). Los procedimientos penales simplificados (Principio de oportunidad y proceso penal monitorio). *Boletín del Ministerio de Justicia*, (1457), 1287-1306.
- GLASER, S. (1942). Nullum crimen sine lege. *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 24(1), 29-42.
- GOLDSMITH, A. (2003). The Void-for-Vagueness doctrine in the Supreme Court, revisited. *American Journal of Criminal Law*, 30(2), 279-314.
- GOLDSTONE, R. J. (1997). The South African Bill of Rights. *Texas International Law*

- Journal*, 32(3), 451-470.
- GOLDSWORTHY, J. (2010). *Parliamentary sovereignty. Contemporary debates*. Cambridge: Cambridge University Press.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P. (1840). *Elementos de Derecho civil y Penal de España*. Madrid: Establecimiento Tipográfico.
- GÓMEZ PAVÓN, P. Y BUSTOS RUBIO, M. (2014). Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal. *Revista Penal México*, (6), 169-190.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, M. (2003). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, M. (2014). El principio constitucional de proporcionalidad en España. En J. Lascurain Sánchez y M. Rusconi (Eds.), *El principio de proporcionalidad penal* (pp. 235-273). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- GOODHART, A. (1958). The Rule of law and absolute sovereignty. *University of Pennsylvania Law Review*, 106(7), 943-963.
- GÓRRIZ ROYO, E. (2020). Contraterrorismo emergente a raíz de la reforma penal de LO1/2019 de 20 de febrero y de la Directiva 2017/541/EU: ¿europeización del Derecho penal del enemigo? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22). Recuperado a partir de <http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-01.pdf>
- GOSALBO-BONO, R. (2010). The significance of the rule of law and its implications for the European Union and the United States. *University of Pittsburg Review of Law*, 72(2), 229-360.
- GOZZI, G. (2007). Rechtsstaat and individual rights in German constitutional history. En P. Costa y D. Zolo (Eds.), *The rule of law. History, theory and criticism* (pp. 237-259). Apringer: Springer.
- GRANDI, C. (2010). «Nullum crimen sine lege» parlamentaria y Derecho Penal europeo. En L. Díez-Picazo y A. Nieto Martín (Eds.), *Los derechos fundamentales en el Derecho Penal europeo2* (pp. 183-250). Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters.
- GRANDI, C. (2011). The «qualities» of Criminal Law - connected to national and european Law-making procedures. *European Criminal Law Review*, 1(3), 285-310.
- GRECO, L. (2010). Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal. *Indret Penal*, (4), 1-36. Recuperado a partir de [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/768\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/768_es.pdf)
- GREER, S. (2006). *The European Convention on Human Rights. Achievements, problems and prospects*. Cambridge: Cambridge University Press.
- GREWAL, D. S. Y PURDY, J. (2014). Introduction: Law and neoliberalism. *Law and Contemporary Problems*, 77(4), 1-24.
- GROSSO GARCÍA, M. (2019). *El principio de legalidad. Un estudio semiótico de su génesis, destrucción y reconstrucción en el contexto del Derecho Penal*. Buenos Aires: BdeF.
- GRZYBOWSKI, K. (1960). Soviet Criminal Law Reform of 1958. *Indiana Law Journal*, 35(2), 125-142.
- GUARIGLIA, F. (1993). Facultades discrecionales del ministerio público e investigación

- preparatoria: el principio de oportunidad. En J. Maier, C. Roxin, M. Rusconi, F. Guariglia, M. Cerletti, H. Folguerio, ... E. Bertoni (Eds.), *El ministerio público en el proceso penal* (pp. 81-95). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- GUASTINI, R. (2009). *La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. (J.M. Lujambio, Trad.), *Neconstitucionalismo(s)* (4a ed.). Madrid: Trotta.
- GÜNTHER, K. (2016). Le (minacciate) libertà individuali nel diritto penale illuministico. En G. Cocco (Ed.), D. Rosani y M. Helfer (Trad.), *Per un manifesto del neoiluminismo penale* (pp. 37-49). San Giuliano Milanese: Wolters Kluwer/CEDAM.
- GUR-ARYE, M. Y WEIGEND, T. (2011). Constitutional review of criminal prohibitions affecting human dignity and liberty: German and Israeli perspectives. *Israel Law Review*, 44(1-2), 63-89.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. (1866). *Exámen histórico del Derecho penal*. Madrid: Imprenta de Antonio Peñuelas.
- HABERMAS, J. (1996). *Between facts and norms. Contributions to a discourse Theory of law and democracy*. (W. Rehg, Trad.). Cambridge-Massachusetts: MIT Press.
- HAFNER-BURTON, E. M. Y RON, J. (2009). Seeing double. Human rights impact through qualitative and quantitative eyes. *World Politics*, 61(2), 360-401.
- HALE, M. (1736). *History of the pleas of the Crown* (Vol. I). London: E. and R. Nutt.
- HALL, J. (1937). Nulla Poena Sine Lege. *The Yale Law Journal*, 47(2), 165-193.
- HALL, J. (1960). *General principles of Criminal law*. Clark: Bobbs-Merrill Company.
- HALL, S. (1988). *The hard road to renewal. Thatcherism and the crisis of the left*. London-New York: Verso.
- HALLEVY, G. (2010). *A modern treatise on the principle of legality in Criminal law*. Springer: Springer.
- HALLSWORTH, S. (2000). Rethinking the punitive turn. Economies of excess and the criminology of other. *Punishment & Society*, 2(2), 145-160.
- HAMILTON, A., MADISON, J. Y JAY, J. (1864). *The Federalist. A commentary on the Constitution of the United States. A collection of essays*. Philadelphia: J.B. Lippincott & Co.
- HARDT, M. Y NEGRI, A. (2017). *Assembly*. Oxford: Oxford University Press.
- HART, H. L. A. (1994). *The concept of law* (2a ed.). Oxford: Clarendon Press.
- HART, H. L. A. (1999). *El concepto del Derecho*. (G. Carrió, Trad.) (2a ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- HART, H. L. A. (2000). *Post scriptum al concepto de derecho*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- HART, H. L. A. (2008). *Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law (with an introduction by John Gardner)* (2a ed.). Oxford: Oxford University Press.
- HARTCOURT, B. (2010). Neoliberal penalty. *Theoretical Criminology*, 14(1), 74-92.
- HARTCOURT, B. (2014). Beccaria's On crimes and punishments: A mirror on the history of the foundations of modern Criminal law. En *Foundational texts in modern Criminal law* (pp. 39-59). Oxford: Oxford University Press.
- HARVEY, D. (2007). *Breve historia del neoliberalismo*. (A. Varela Mateos, Trad.). Ma-

- drid: Akal.
- HASSEMER, W. (1988). La persecución penal: legalidad y oportunidad. *Jueces para la democracia*, 4, 8-11.
- HASSEMER, W. (1991). Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Nuevo Foro Penal*, (51), 17-30.
- HASSEMER, W. (1992). Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XLV(1), 235-250.
- HASSEMER, W. (1996). ¿Palabras justas para un Derecho justo? Sobre la interdicción de la analogía en el Derecho penal. *Persona y Derecho*, (35), 143-169.
- HASSEMER, W. (2016). *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- HASSEMER, W. Y MUÑOZ CONDE, F. (1989). *Introducción a la criminología y al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- HAVA GARCÍA, E. (2014). Antes y después de la doctrina Parot: la refundición de condenas y sus consecuencias. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (6), 1-21.
- HAZARD, J. (1938). Reforming Soviet Criminal Law. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 19(2), 157-169.
- HEAD, M. (2004). The rise and the fall of a Soviet jurist: Evgeny Pashukanis and Stalinism. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 17(2), 269-294.
- HEGEL, G. W. F. (1999). *Principios de la filosofía del Derecho*. (J.L. Vermaal, Trad.), 1821 (2a ed.). Barcelona: Edhasa.
- HELMHOLZ, R. (2016). The myth of Magna Carta revisited. *North Carolina Law Review*, 94, 1475-1493.
- HERDEGEN, M. J. (1995). Unjust laws, human rights, and the German constitution: Germany's recent confrontation with the past. *Columbia Journal of Transnational Law*, 32(3), 591-606.
- HERLIN-KARNELL, E. (2012). *The constitutional dimension of European Criminal law*. Oxford-Portland: Hart Publishing.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2005). Perspectivas del Derecho penal económico en Chile. *Persona y sociedad*, XIX(1), 101-134.
- HERNÁNDEZ, H. (2005). Perspectivas del Derecho penal económico en Chile. *Persona y sociedad*, XIX(1), 101-134.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. (1992). Fines en el derecho. En *Funciones y fines en el derecho (Estudios en honor del Profesor Mariano Hurtado Bautista)*. Murcia: Universidad de Murcia.
- HEYNS, C. (2004). The african regional human rights system: the African Charter. *Pennsylvania State Law Review*, 108(3), 679-702.
- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. (1996). El imperio de la ley y la crisis de la ley. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (19), 287-308.
- HINDS, L. (2005). Crime control in Western countries, 1970 to 2000. En J. Pratt, D. Brown, M. Brown, S. Hallsworth, y W. Morrison (Eds.), *The new punitiveness. Trends, theories, perspectives, 1970 to 2000* (pp. 47-65). Devon: Willan Publishing.

- HITCHCOCK, W. (2015). The rise and fall of human rights: Searching for a narrative from the Cold War to the 9/11 era. *Human Rights Quarterly*, 37(1), 80-106.
- HOBBS, T. (1841). Leviathan. Sive de materia, forma et potestate civitatis, ecclesiasticae et civilis. En G. Molesworth (Ed.), *Opera philosophica quae latine scripsit onmia in unum corpus nunc primum collecta* (Vol. III). London: Apud Joannen Bohn.
- HOBBS, T. (1881). *Leviatán*. (A. Escotado, Trad.), 1651 (2a ed., Vol. I). Madrid: Editora Nacional.
- HOEFER, F. (1945). The Nazi Penal System-I. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 35(6), 385-393.
- HORDER, J. (2002). Criminal Law and legal positivism. *Legal Theory*, 8, 221-241.
- HORDER, J. (2019). *Ashworth's principles of Criminal law* (9a ed.). Oxford: Oxford University Press.
- HÖRNLE, T. Y KREMNIETZER, M. (2011). Human dignity as a protected interest un Criminal Law. *Israel Law Review*, (44), 143-167.
- HORTAL IBARRA, J. C. (2018). Tutela de las condiciones laborales y reformas penales: ¿el ocaso del Derecho Penal del Trabajo? *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (20), 65-85.
- HOVIUS, B. (1985). The limitation clauses of the European Convention of Human Rights: A guide for the application of section 1 of the Charter? *Ottawa Law Review*, 17, 213-261.
- HUERTA TOCILDO, S. (1993). El derecho fundamental a la legalidad penal. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 13(39), 81-113.
- HUERTA TOCILDO, S. (2005). El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal (Art. 7 CEDH y art. 4 P7). En *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (pp. 455-486). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- HUERTA TOCILDO, S. (2016). La anulación de la doctrina Parot por STEDH de 21 de octubre de 2013: mucho ruido para un fallo jurídicamente cantado. En J. Lascuráin Sánchez y M. Pérez Manzano (Eds.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal* (pp. 265-290). Madrid: Marcial Pons.
- HUERTA TOCILDO, S. (2018). The annulment of the Parot Doctrine by the European Court of Human Rights. ECtHR judgement of 21 October 2013: much ado over a legally awaited judgement. En Mercedes Pérez Manzano, J. Lascuráin Sánchez, y M. Mínguez Rosique (Eds.), *Multilevel protection of the principle of legality in criminal law* (pp. 141-157). Cham: Springer.
- HULSROJ, P. (2013). *The principle of proportionality*. Springer: Springer.
- HUSAK, D. N. (1998). Desert, proportionality, and the seriousness of drug offences. En A. Ashworth y M. Wasik (Eds.), *Fundamentals of sentencing theory* (pp. 187-219). Oxford: Clarendon Press.
- HUSAK, D. N. (2005). Malum prohibitum and retributivism. En R. A. Duff y S. P. Green (Eds.), *Defining crimes. Essays of the special parte of the Criminal law* (pp. 65-90). Oxford: Oxford University Press.

- HUSAK, D. N. (2008). *Overcriminalization. The limits of the Criminal law*. Oxford: Oxford University Press.
- IÑESTA PASTOR, E. (2011). *El Código Penal español de 1848*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- INNERARITY, D. (2017). La representación de los europeos: sobre las posibilidades y límites de la parlamentarización de la Unión Europea. *Cuadernos Europeos de Deusto*, (56), 163-179.
- IPPOLITO, D. (2011). La filosofía penal de las luces entre utilitarismo y retribucionismo. *Revista Nuevo Foro Penal*, 7(77), 116-129.
- ISHAY, M. R. (2008). *The history of human rights* (2a ed.). Berkely-Los Angeles: University of California Press.
- ISLER SOTO, C. (2018). Thomas Hobbes y la función de los jueces. *Revista de Estudios Histórico-jurídicos*, (XL), 407-421.
- JACKMAN, M. (1996). Protecting rights and promoting democracy: Judicial review under Section 1 of the Charter. *Osgoode Hall Law Journal*, 34(4), 661-680.
- JAÉN VALLEJO, M. (1986). Consideraciones generales sobre el principio de proporcionalidad y su tratamiento constitucional. *Revista General de Derecho*, XLIII(507), 4923-4936.
- JAKOBS, G. (1999). Teoría y praxis de la injerencia. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LII(1-3), 18-50.
- JARIA I MANZANO, J. (2015). El marco constitucional del Derecho penal. En G. Quintero Olivares y J. Jaria i Manzano (Eds.), *Derecho penal constitucional* (pp. 135-189). Valencia: Tirant lo blanch.
- JEFFERSON, M. (2011). *Criminal law* (10a ed.). Edimburg: Pearson.
- JELLINEK, G. (2000). Teoría general del Estado. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- JENKINS, J. C. (2005). Social movements, political representation, and the State: An agenda and comparative framework. En J. C. Jenkins y B. Klandermans (Eds.), *The politics of social protest. Comparative perspectives on states and social movements*. London: Taylor & Francis.
- JENKINS, J. C. Y KLANDERMANS, B. (2005). The politics of social protest. En J. C. Jenkins y B. Klandermans (Eds.), *The politics of social protest. Comparative perspectives on states and social movements* (pp. 2-6). London: Taylor & Francis.
- JUSS, S. (1998). The coming of communitarian rights: Are third-generation human rights really first-generation rights. *International Journal of Discrimination and the Law*, 3(3), 159-180.
- KAASE, M. (1990). Appendix C. The cumulativeness and dimensionality of the participation scales. En M. K. Jennings, J. van Deth, S. Barnes, D. Fuchs, F. Heunks, R. Inglehart, ... J. Thomassen (Eds.), *Continuities in political action* (pp. 393-395). Berlin-New York: Walter de Gruyter.
- KADISH, S. (1967). The crisis of overcriminalization. *The annals of the American Academy of Political and Social Science*, 374(1), 157-170.
- KADISH, S. (1971). More on overcriminalization: A reply to Professor Junker. *UCLA*

- Law Review*, (719), 719-722.
- KADISH, S. H. (1988). The Model Penal Code's historical antecedents. *Rutgers Law Journal*, 19(3), 521-538.
- KAHLO, M. (2000). Determinación conceptual de Derecho e interpretación sincrética en las relaciones de pertenencia propias del tipo de hurto. En Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Eds.), *La insostenible situación del Derecho penal* (pp. 129-148). Granada: Comares.
- KAHN, J. (2014). The Law is a causeway: Metaphor and the Rule of law in Russia. En J. Silkenat, J. Hickey, y P. Barenboim (Eds.), *The legal doctrines of the rule of law and the legal state (Rechtsstaat)* (pp. 229-250). Cham: Springer.
- KANT, I. (2005). *La metafísica de las costumbres*. (A. Cortina Orts & J. Conill Sancho, Trad.), 1797 (4a ed.). Madrid: Tecnos.
- KAYSSER, M. (2000). Sobre el potencial incriminador de los principios limitadores del Derecho Penal. Competencias penales en la cuestión del aborto. En Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Eds.), *La insostenible situación del Derecho penal* (pp. 149-165). Granada: Comares.
- KELK, C. (2001). Consent in dutch Criminal law. En P. Alldridge y C. Brants (Eds.), *Personal autonomy, the private sphere and the Criminal law. A comparative study* (pp. 205-222). Oxford-Portland: Hart Publishing.
- KELSEN, H. (1943). Collective and individual responsibility in International law with particular regard to the punishment of war criminals. *California Law Review*, 31(5), 530-571.
- KELSEN, H. (1945). The rule against ex post facto laws and the prosecution of the axis war criminals. *The judge advocate journal*, II(3), 8-12,45.
- KELSEN, H. (1982). *Teoría pura del Derecho*. (R. Vernengo, Trad.). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- KENNEDY, D. (2004). *The dark sides of virtue. Reassessing international humanitarianism*. Princeton/Oxford: Princeton University Press.
- KENNEDY, E. (2000). Introduction: Carl Schmitt's Parlamentarismus in its historical context. En *The crisis of parliamentary democracia* (pp. XIII-L). Cambridge-Massachusetts-London: The MIT Press.
- KIRSTE, S. (2014). Philosophical foundations of the principle of the Legal State (Rechtsstaat) and the Rule of Law. En J. Silkenat, J. Hickey, y P. Barenboim (Eds.), *The legal doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)* (pp. 29-43). New York: Springer.
- KLATT, M. Y MEISTER, M. (2012). Proportionality-A benefit to human rights? Remarks on the I·CON controversy. *International Journal of Constitutional Law*, 10(3), 687-708.
- KLOSS, E. S. (1992). La regla de oro del derecho público chileno. Sobre los orígenes históricos del artículo 160 de la Constitución de 1833. *Revista de Estudios Histórici-*

- co-Jurídicos*, (15), 333-358.
- KREVER, T. (2017). Law, development, and political closure under neoliberalism. En H. Brabazon (Ed.), *Neoliberal legality. Understanding the role of law in the neoliberal project* (pp. 22-42). Oxon: Routledge.
- KREB, C. (2019). Nulla poena nullum crimen sine lege. Recuperado 12 de noviembre de 2019, a partir de <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e854?rskey=s4alsm&result=2&prd=MPIL>
- KRYGIER, M. (2018). Transformations of the rule of law. Legal, liberal, and neo-. En B. Golder y D. McLoughlin (Eds.), *The politics of legality in a neoliberal age* (pp. 19-43). Oxon: Routledge.
- KUHLEN, L. (2012). Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de la analogía. En J. Montiel Fernández (Ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* (pp. 151-172). Madrid: Marcial Pons.
- KÜNSEMÜLLER LOEBENFLEDER, C. (2018). *El derecho penal liberal. Los principios cardinales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LABOULAYE, É. (1869). *Estudios sobre la constitución de Estados-Unidos*. (J. Guichot, Trad.) (Vol. II). Sevilla: E. Perié y Cía.
- LACCHÈ, L. (2015). The shadow of the law: The Special Tribunal for the Defence of the State between justice and politics in the Italian fascist period. En S. Skinner (Ed.), *Fascism and Criminal law* (pp. 15-33). Oxford-Portland: Hart Publishing.
- LACEY, N. (2013). What constitutes criminal law? En R. Duff, L. Farmer, S. Marshall, M. Renzo, y V. Tadros (Eds.), *The constitution of the criminal law*. Oxford: Oxford University Press.
- LAFAVE, W. Y SCOTT, A. (1960). The void-for-vagueness doctrine in the Supreme Court. *University of Pennsylvania Law Review*, 109(1), 67-116.
- LAGUILLO RODRÍGUEZ, M. D. (1982). Ejercicio de autoridad y principio de legalidad penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XXXII(2), 347-356.
- LAMARCA PÉREZ, C. (1987). Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 7(20), 99-135.
- LAMARCA PÉREZ, C. (2011). Principio de legalidad penal. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 1-5.
- LANDA GOROSTIZA, J. (2012). Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH. A propósito del caso Del Río Prada c. España, STEDH, 3ª, 10.07.2012 (42750/09) y la aplicación de la doctrina Parot. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (4), 1-25.
- LANDA, J.-M. Y GARRO, E. (2009). Artículo 7. No hay pena sin ley. En I. Lasagabaster (Ed.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático* (2a ed., pp. 257-292). Madrid: Thomson Reuters.
- LANDROVE DÍAZ, G. (1992). Funciones y fines del Derecho Penal. En *Funciones y fines en el derecho (Estudios en honor del Profesor Mariano Hurtado Bautista)* (pp. 93-

- 105). Murcia: Universidad de Murcia.
- LANGER, M. (2015). La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 1(1), 11-42.
- LAPORTA, F. (2011). El ámbito de la Constitución. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, (24), 459-484.
- LAPORTA SAN MIGUEL, F. (2016). La doctrina Parot y la teoría del Derecho. En Mercedes Pérez Manzano y J. Lascuráin Sánchez (Eds.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal* (pp. 335-347). Madrid: Marcial Pons.
- LAQUIÈZE, A. (2007). État de droit and national sovereignty in France. En P. Costa y D. Zolo (Eds.), *The rule of law. History, theory and criticism* (pp. 261-291). Dordrecht: Springer.
- LARRAURI PIJOAN, E. (2009). La economía política del castigo. *Mientras tanto*, (110/111), 113-135.
- LARRAURI PIJOAN, E. (2015). *Introducción a la criminología y al sistema penal*. Madrid: Trotta.
- LARSEN, P. (2015). Entre la estética intelectual, el arbitrio de los jueces y la seguridad jurídica. Reflexiones críticas sobre la función de la dogmática penal a partir del caso argentino. *Indret Penal*, (3), 27. Recuperado a partir de <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1150.pdf>
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. (1998). La proporcionalidad de la norma penal. *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 159-189.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. (2000). Sobre la retroactividad penal favorable. Madrid: Civitas.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. (2006). El derecho a la tipicidad penal. En C. Viver Pi-Sunyer (Ed.), *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo* (pp. 255-315). Valencia: Tirant lo Blanch.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. (2011). Principios del Derecho penal (I). El principio de legalidad y las fuentes del Derecho penal (pp. 53-79). Cizur Menor: Thomson Reuters.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. (2012). ¿Restrictivo o deferente?: el control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (3), 17-34.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. (2014). Cuando penar, cuánto penar. En J. Lascuráin Sánchez y M. Rusconi (Eds.), *El principio de proporcionalidad penal* (pp. 283-328). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. (2018). How judges are bound by the legal definition of the crime. En Mercedes Pérez Manzano, J. Lascuráin Sánchez, y M. Mínguez rosique (Eds.), *Multilevel protection of the principle of legality in Criminal law* (pp. 55-73). Cham: Springer.
- LE BRET, C. (1632). *De la souveraineté du Roy*. París: Chez Toussaincts de Bray.
- LEFORT, J. (1877). *Cours élémentaire de droit criminel*. París: E. Thorin.
- LEVI, M. (1998). A state of trust. En V. Braithwaite y M. Levi (Eds.), *Trust and governance* (pp. 77-101). New York: Russell Sage Foundation.

- LEWY, J. (2008). The drug policy of the Third Reich. *Social History of Alcohol and Drugs*, 22(2), 144-167.
- LIÑÁN LAFUENTE, A. (2019). Los crímenes de guerra. En A. Gil Gil y E. Maculan (Eds.), *Derecho Penal Internacional* (2a ed., pp. 443-472). Madrid: Dykinson.
- LIPPMAN, M. (2008). Nuremberg: Forty five years later. En G. Mettraux (Ed.), *Perspectives on the Nuremberg trial* (pp. 492-545). Oxford: Oxford University Press.
- LLOBET RODRÍGUEZ, J. (2018). *Nacionalsocialismo y antigarantismo penal (1933-1945)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LOCKE, J. (2006). *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*. (C. Mellizo, Trad.). Madrid: Tecnos.
- LOEWENSTEIN, K. (1937a). Militant democracy and fundamental rights I. *The American Political Science Review*, XXXI(3), 417-432.
- LOEWENSTEIN, K. (1937b). Militant democracy and fundamental rights II. *The American Political Science Review*, XXXI(4), 638-658.
- LOPERA MESA, G. (2005). El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 25(73), 381-410.
- LOPERA MESA, G. (2006). *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- LOPERA MESA, G. (2011). Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXIV(2), 113-138.
- LÓPEZ AGUILAR, J. (1991). La reserva constitucional de ley en materia penal (Ley, reserva de ley y legalidad penal desde la perspectiva del constitucionalista español). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11(33), 105-143.
- LÓPEZ MENUDO, F. (2002). El principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves. *Documentación Administrativa*, (263-264), 73-104.
- LÓPEZ PEREGRÍN, C. (2003). ¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas? *Revista Española de Investigación Criminológica: REIC*, (1), 1-20. Recuperado a partir de <https://reic.criminologia.net/index.php/journal/article/view/6/5>
- LOUGHLIN, M. (2013). *The British constitution. A very short introduction*. Oxford: Oxford University Press.
- LOZANO, J. M. (1874). *Derecho penal comparado o el Código Penal del Distrito Federal y territorio de la Baja California*. Ciudad de México: Imprenta del Comercio de Nabor Chávez.
- LUZÓN PEÑA, D. (1989). Alcance y función del Derecho penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XLII(1), 5-53.
- LUZÓN PEÑA, D. (2016). *Lecciones de Derecho penal parte general* (3a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- MACCORMICK, N. Y GARLAND, D. (1998). Sovereign States and vengeful victims: the problem of the right to punish. En A. Ashworth y M. Wasik (Eds.), *Fundamentals of sentencing theory* (pp. 11-29). Oxford: Clarendon Press.

- MACKERT, J. (2019). Introduction: Is there such a thing as populism? En G. Fitzi, J. Mackert, y B. S. Sturmer (Eds.), *Populism and the crisis of democracy. Concepts and theory* (Vol. I, pp. 1-13). Oxon: Routledge.
- MACULAN, E. (2019). El crimen de agresión. En A. Gil Gil y E. Maculan (Eds.), *Derecho Penal Internacional* (2a ed., pp. 473-488). Madrid: Dykinson.
- MADRID CONESA, F. (1982). *El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo*. Valencia: Universidad de Valencia.
- MADRID CONESA, F. (1983). *La legalidad del delito*. Valencia: Universidad de Valencia.
- MAGILL, E. (2000). The real separation in separation of powers law. *Virginia Law Review*, 86(6), 1127-1198.
- MAIER, J. (2016). *Derecho procesal penal. I Fundamentos* (Vol. I). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- MAINE, H. S. (1908). *Ancient Law. Its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*. John Murray.
- MALDONADO FUENTES, F. (2014). Anticipación de la tutela penal, seguridad ciudadana y delincuencia común o cotidiana. *Revista de Estudios de la Justicia*, (21), 93-107.
- MAÑALICH RAFFO, J. P. (2011). Ontología sexual y Derecho penal: sobre la construcción de la heteronormatividad como prestación jurídica. En C. de E. C. Universitarios (Ed.), *En reversa. Primeras jornadas estudiantiles de teoría de género* (pp. 75-97). Santiago de Chile: Párrafo.
- MAÑALICH RAFFO, J. P. (2012). Reglas primarias de obligación. Las «reglas del derecho penal» en el concepto de Derecho de H.L.A. Hart. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 571-585.
- MAÑALICH RAFFO, J. P. (2014). El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio. *Política Criminal*, 9(18), 543-563.
- MAÑALICH RAFFO, J. P. (2018). El principalismo político-criminal como fetiche. *Revista de estudios de la justicia*, (29), 59-71.
- MANNER, G. (1952). The object theory of the individual in International law. *The American Journal of International Law*, 46(3), 428-449.
- MANTOVANI, F. (2017). *Diritto penale* (10a ed.). Milano: Wolters Kluwer/CEDAM.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. (2006). Acumulación de penas, individualización científica y aplicación de beneficios penitenciarios (con una referencia especial al caso Parot). En F. Bueno Arús, L. Rodríguez Ramos, y E. Zaffaroni (Eds.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez* (pp. 857-882). Madrid.
- MARINIELLO, T. (2013). The 'Nuremberg Clause' and beyond: legality principle and sources of International criminal law in the European Court's jurisprudence. *Nordic Journal of International Law*, (82), 221-248.
- MARTÍN ARAGÓN, M. DEL M. (2017). *Análisis criminológico y jurídico de la pena de prisión de larga duración*. Universidad de Cádiz.
- MARTÍN ARMARIO, E. (1982). La teoría de los conjunto borrosos y la toma de decisio-

- nes. *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, XI(38-39), 405-430.
- MARTÍN, S. (2007). Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad (1874-1944). En M. Sbriccoli (Ed.), *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno XXXVI. Principio di legalità e diritto penale* (pp. 503-609). Milano: Giuffrè Editore.
- MARTÍN, S. (2010). El Estado en la España de los años treinta: De la constitución republicana a la dictadura franquista. *Res Publica*, (23), 81-92.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (2003). Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del «big crunch» en la sección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico). *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 953-985.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (2019). *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial* (6a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ ESTAY, J. I. (2014). Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación: breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo. *Estudios constitucionales*, 12(1), 365-396.
- MARTÍNEZ GUERRA, A. (2016). Delitos contra la corona (Lección 2a). En Francisco Álvarez García, A. Manjón-Cabeza Olmeda, y A. Ventura Püschel (Eds.), *Tratado de Derecho Penal español. Parte especial. Delitos contra la Constitución* (pp. 72-119). Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ, M. G. (2014). Entre el Poder y la Obediencia: el Gobierno en la España de Franco. *Bulletin for Spanish and Portuguese Historical Studies*, 39(1), 21-54.
- MARTOS NÚÑEZ, J. (1991). Principios penales en el estado social y democrático de derecho. *Revista de derecho penal y criminología*, (1), 217-296.
- MARTOS NÚÑEZ, J. A. (2017). *El delito de asesinato. Análisis de la L.O. 1/2015 de 30 de marzo, de Reforma al Código penal*. Barcelona: Bosch.
- MARZAL, P. (2015). Criminal Law under the Francoist Regime: the influence of Militarism and National-Catholicism. En S. Skinner (Ed.), *Fascism and Criminal Law* (pp. 127-148). Oxford-Portland: Hart Publishing.
- MASCAREÑO, A. (2007). Regímenes jurídicos en la constitución de la sociedad mundial. *Política Criminal*, (4), 1-39. Recuperado 12 de agosto de 2020 a partir de [http://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/04/a\\_3\\_4.pdf](http://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/04/a_3_4.pdf)
- MASFERRER, A. Y TAITSLIN, A. (2014). The ill-fated union: Constitutional entrenchment of rights and the will theory from Rousseau to Waldron. En J. Silkenat, J. Hickey Jr., y P. Barenboim (Eds.), *The legal doctrines of the rule of law and the legal state (Rechtstaat)* (pp. 105-128). Cham: Springer.
- MATA Y MARTÍN, R. (2011). El principio de legalidad en el ámbito penitenciario. *Derecho penal y criminología*, 33(93), 121-166.
- MATUS ACUÑA, J. P. Y RAMÍREZ GUZMÁN, M. C. (2015). *Lecciones de Derecho penal chileno. Fundamentos y límites constitucionales del derecho penal positivo*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- MATUS ACUÑA, J. P. Y RAMÍREZ GUZMÁN, M. C. (2021a). *Manual de Derecho penal chileno. Parte especial* (4a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

- MATUS ACUÑA, J. P. Y RAMÍREZ GUZMÁN, M. C. (2021b). *Manual de derecho penal Chileno. Parte General*. (2a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- MAUGERI, A. M. (2013). Fundamental rights in the European legal order, both as a limit on punitive power and as a source of positive obligations to criminalise. *New Journal of European Criminal Law*, 4(4), 374-408.
- MAZZARESE, T. (1996). Lógica borrosa y decisiones judiciales: el peligro de una falacia racionalista. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (19), 201-228.
- MEAGHER, D. (2011). The common law principle of legality in the age of rights. *Melbourne University Law Review*, 35(2), 449-478.
- MENDOZA BUERGO, B. (1999). Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LII(1), 279-321.
- MENDOZA CALDERÓN, S. (2005). La reciente aplicación de los crímenes de lesa humanidad en España: el caso Scilingo. *Revista de Estudios de la Justicia*, (6), 85-113.
- MENDOZA CALDERÓN, S. (2011). La aplicación de lesa humanidad en España bajo el principio de justicia universal y los conflictos derivados del principio de legalidad: el caso Scilingo. *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXI, 431-507.
- MENDOZA CALDERÓN, S. (2014). El delito de tráfico de órganos. Una primera aproximación al artículo 156 bis del código penal: ¿Un futuro ejemplo más del derecho penal simbólico? *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (11), 147-188.
- MERKEL, R. (2008). The Law of Nuremberg trial: valid, dubious, outdated. En G. Meittraux (Ed.), *Perspectives on the Nuremberg trial* (pp. 554-576). Oxford: Oxford University Press.
- MILLER, R. (2001). Rejecting Radbruch: The European Court of Human Rights and the crimes of the East German leadership. *Leiden Journal of International Law*, 14(3), 653-663.
- MÍNGUEZ ROSIQUE, M. (2016). El principio de legalidad penal en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En Mercedes Pérez Manzano y J. Lascuráin Sánchez (Eds.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal* (pp. 201-238). Madrid: Marcial Pons.
- MÍNGUEZ ROSIQUE, M. (2018). The principle of legality in Criminal law in the Inter-american system for the protection of human rights. En Mercedes Pérez Manzano, J. Lascuráin Sánchez, y M. Mínguez Rosique (Eds.), *Multilevel protection of the principle of legality in Criminal law* (pp. 97-119). Cham: Springer.
- MINISTERIO DE SANIDAD Y ORGANIZACIÓN NACIONAL DE TRANSPLANTES. (2019). *Actividad de donación y trasplante. España 2019*. Recuperado a partir de <http://www.ont.es/infesp/Memorias/ACTIVIDAD DE DONACIÓN Y TRASPLANTE ESPAÑA 2019.pdf>
- MIR PUIG, S. (2002). Principio de proporcionalidad y fines del Derecho Penal. En J. Echano Basaldúa (Ed.), *Estudios jurídicos en Memoria de don José María Lidón* (pp. 349-366). Bilbao: Universidad de Deusto.
- MIR PUIG, S. (2003). *Introducción a las bases del Derecho penal*. Buenos Aires: BdeF.

- MIR PUIG, S. (2005). Límites del normativismo en derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18(7), 18. Recuperado a partir de <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>
- MIR PUIG, S. (2010). El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal. En S. Mir Puig y J. Queralt Jiménez (Eds.), *Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales* (pp. 67-104). Valencia: Tirant lo Blanch.
- MIR PUIG, S. (2011). *Bases constitucionales del Derecho penal*. Iustel.
- MIR PUIG, S. (2014). El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal. En J. Lascuráin Sánchez y M. Rusconi (Eds.), *El principio de proporcionalidad penal* (pp. 329-357). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- MIR PUIG, S. (2016). *Derecho penal, parte general* (10a ed.). Buenos Aires: BdeF.
- MOKTHAR, A. (2005). Nullum crimen, nulla poena sine lege: aspects and prospects. *Williams*, 26(1), 41-55.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F. (2016). Las cicatrices jurídicas del terrorismo: la doctrina Parot y otras interpretaciones irrazonables de la ley. En Mercedes Pérez Manzano y J. Lascuráin Sánchez (Eds.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*. Madrid: Marcial Pons.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F. (2018). The legal scars of terrorism: the unreasonable Parot doctrine. En Mercedes Pérez Manzano, J. Lascuráin Sánchez, y R. Mínguez Rosique (Eds.), *Multilevel protection of the principle of legality in Criminal law* (pp. 123-140). Cham: Springer.
- MÖLLER, K. (2014). Constructing the proportionality test: An emerging global conversation. En L. Lazarus, C. MacCrudden, y N. Bowles (Eds.), *Reasoning rights: comparative judicial engagement* (pp. 31-40). Oxford: Hart Publishing.
- MONER, J. (1868). ¿Existe penada por el Código penal la usurpacion de aguas como delito, según el art. 440, ó bien es solo punible el aprovechamiento ó distraccion de aguas á tenor y en los casos de los art. 489 y 498, considerándolas siempre como faltas? *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, XXXIII, 58-60.
- MONTESQUIEU, C. L. (1906). *El espíritu de las leyes*. (S. García del Mazo, Trad.), 1748 (Vol. I). Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- MONTIEL FERNÁNDEZ (ED.), J. (2012). *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Madrid: Marcial Pons.
- MONTIEL FERNÁNDEZ, J. (2017). Estructuras analíticas del principio de legalidad. *Indret*, (1), 1-47. Recuperado a partir de <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1273.pdf>
- MORALES PRATS, F. (2016). Artículo 1º. En G. Quintero Olivares y F. Morales Prats (Eds.), *Comentarios al Código Penal español* (7a ed., Vol. I, pp. 77-80). Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters.
- MORALES PRATS, F. (2017). Título I. Del homicidio y sus formas. En G. Quintero Olivares y F. Morales Prats (Eds.), *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I. Artículos 1 a 233* (7a ed., Vol. I, pp. 945-996). Cizur Menor: Aranzadi Thomson

- Reuters.
- MORENO CATENA, V. Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (2019). *Derecho procesal penal* (9a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- MORESO, J. J. (2001). Principio de legalidad y causas de justificación. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, (24), 525-545.
- MORESO, J. J. (2009). *Conflictos entre principios constitucionales. Neoconstitucionalismo(s)* (4a ed.). Madrid: Trotta.
- MORIN, A. (1850). *Répertoire général et raisonné du droit criminel où sont méthodiquement exposées la législation, la doctrine et la jurisprudence sur tout ce qui constitue le grand et le petit criminel en tout matières et dans toutes les juridictions* (Vol. II). Paris: A. Durand.
- MORRIS, H. (1968). Persons and punishment. *The Monist*, 52(4), 475-501.
- MORRISON, T. W. (2001). Fair warning and the retroactive judicial expansion of federal criminal statutes. *Southern California Law Review*, 74(2), 455.
- MOYA GUILLEM, C. (2014). Consideraciones sobre el delito de tráfico de órganos humanos. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (18), 45-66.
- MOYN, S. (2011). *The last utopia. Human rights in history* (Vol. 48). Cambridge-Massachusetts-London: The Belknap Press of Harvard University Press. Recuperado a partir de <https://doi.org/10.5860/choice.48-3414>
- MOYN, S. (2014). A powerless companion: Human rights in the age of neoliberalism. *Law and Contemporary Problems*, 77(4), 147-169.
- MOYN, S. (2017). Human rights in the absence of virtue. *Journal of International Law and International Relations*, 13(1), 26-28.
- MOYN, S. (2018). A powerless companion. Human rights in the age of neoliberalism. En B. Golder y D. McLoughlin (Eds.), *The politics of legality in a neoliberal age* (pp. 137-160). Oxon: Routledge.
- MUDDE, C. (2004). The populist Zeitgeist. *Government and Opposition*, 39(4), 541-563.
- MUGWANYA, G. W. (1999). Realizing universal human rights norms through regional human rights mechanisms: Reinigorating the African system. *Indiana International Comparative Law Review*, 10(1), 35-50.
- MUÑOZ CLARES, J. (2011). Separación de poderes y Derecho penal. En F. Muñoz Conde, J. Lorenzo Salgado, J. C. Ferré Olivé, E. Cortés Becharelli, y M. Núñez Paz (Eds.), *Un Derecho Penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz* (pp. 829-850). Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, F. (2001). *Introducción al Derecho penal* (2a ed.). Buenos Aires: BdeF.
- MUÑOZ CONDE, F. (2003). *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo* (4a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, F. (2019). *Derecho Penal. Parte especial* (22a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, F. Y GARCÍA ARÁN, M. (2019). *Derecho penal. Parte general* (10a

- ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. (2014). El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal europeo: un puzzle con muchas piezas. En J. Lascurain Sánchez y M. Rusconi (Eds.), *El principio de proporcionalidad penal* (pp. 359-415). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. (2019). Codification and legislative technique in the United States of America. En A. Nieto Martín y M. Muñoz de Morales Romero (Eds.), *Towards a rational legislative evaluation in Criminal Law* (pp. 159-194). Cham: Springer.
- MUÑOZ LORENTE, J. (2001). Análisis sobre la constitucionalidad de algunos tipos penales relativos a la flora y fauna. Interpretaciones para su adecuación constitucional. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LIV(1), 71-141.
- MURPHY, C. (2010). The principle of legality in criminal law under the European Convention on Human Rights. *European Human Rights Law Review*, (2), 192-207.
- MUTUA, M. (1999). The African Human Rights Court: a two-legged stool? *Human Rights Quarterly*, (21), 342-363.
- MUTUA, M. (2002). *Human rights. A political and cultural critique*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- MUTUA, M. (2016). *Human rights standards. Hegemony, Law and politics*. New York: State University of New York Press.
- NARANJO DE LA CRUZ, R. (2020). Capítulo XVIII. Derechos fundamentales. En M. Agudo Zamora, F. Álvarez Ossorio Micheo, J. Cano Bueso, E. Gómez Corona, J. López Ulla, P. Martínez Ruano, ... O. Salazar Benítez (Eds.), *Manual de Derecho constitucional* (11a ed., pp. 461-507). Madrid: Tecnos.
- NAVARRO-DOLMESTCH, R. (2002). Propuesta para una construcción «jurídica» del honor como método de reducción de las hipótesis de conflicto con la libertad de comunicación. *Ius et Praxis*, 8(2), 217-259.
- NAVARRO-DOLMESTCH, R. (2018). *Derecho Procesal Penal chileno I*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- NAVARRO CARDOSO, F. (2018). El delito de contratación ilegal del art. 311 bisCP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio, legislativo. En P. De la Cuesta Aguado, L. Ruiz Rodríguez, M. Acale Sánchez, E. Hava García, M. J. Rodríguez Mesa, G. González Agudelo, ... J. Ríos Corvacho (Eds.), *Liber Amirocum. Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Juan Ma. Terradillos Basoco* (pp. 1049-1063). Valencia: Tirant lo Blanch.
- NAVARRO FRÍAS, I. (2010). El principio de proporcionalidad en sentido estricto: «principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios». *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 1-33. Recuperado a partir de <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/225386/306697>
- NAVARRO FRÍAS, I. (2014). El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance general de costes y beneficios? En J. Lascurain Sánchez y M. Rusconi (Eds.), *El principio de proporcio-*

- nalidad penal* (pp. 417-453). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- NAVARRO, P. Y MANRIQUE, L. (2005). El desafío de la taxatividad. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LVIII(3), 807-836.
- NEDZEL, N. (2014). Rule of law v. Legal state: Where have we come from, where are we going to? En J. Silkenat, J. Hickey, y P. Barenboim (Eds.), *The legal doctrines of the Rule of law and the Legal state (Rechtsstaat)* (pp. 289-314). Springer: Springer.
- NELKEN, D. (1987). Critical Criminal Law. *Journal of Law and Society*, 14(1), 105-117.
- NELKEN, D. (2010). Using legal culture: Purposes and problems. *Journal of Comparative Law*, 5(2), 1-39.
- NELKEN, D. (2012). La trata de seres humanos y la cultura legal. En A. Iglesias Skulj y P. Faraldo Cabana (Trads.), *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (Vol. 16, pp. 615-646).
- NERLICH, V. (2010). Core crimes and transnational business corporations. *Journal of International Criminal Justice*, (8), 895-908.
- NEUMANN, F. (1968). *El estado democrático y el estado autoritario. Ensayos sobre teoría política y legal.* (H. Marcuse, Ed.). Buenos Aires: Paidós.
- NEWMAN, D. (1999). The limitation of rights: A comparative evolution and ideology of the Oakes and Sparrow tests. *Saskatchewan Law Review*, 62(2), 543-566.
- NICOL, D. M. (2007). Byzantine political thought. En J. H. Burns (Ed.), *The Cambridge history of medieval political thought c. 350-c. 1450.* (6a reimp., pp. 51-79). Cambridge: Cambridge University Press.
- NIETO MARTÍN, A. (2016). A necessary triangle: The science of legislation, the constitutional control of criminal laws and experimental legislation. En A. Nieto Martín y M. Muñoz de Morales Romero (Eds.), *Towards a rational legislative evaluation in Criminal Law* (pp. 351-384). Cham: Springer.
- NIETO MARTÍN, A. (2019). Transformaciones del ius puniendi en el Derecho global. En A. Nieto Martín y B. García Moreno (Eds.), *Ius puniendi y global law. Hacia un Derecho Penal sin Estado* (pp. 17-110). Valencia: Tirant lo Blanch.
- NIEVA FENOLL, J. (2010). *La valoración de la prueba.* Madrid: Marcial Pons.
- NIEVA FENOLL, J. (2019). *Derecho procesal III. Proceso penal.* Valencia: Tirant lo Blanch.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. (2013a). Del Código Penal de 1973 hasta la sentencia de la gran sala del TEDH en el asunto Del Río Prada c. España: el fin de la «doctrina Parot». *Revista de derecho penal y criminología*, (1 (extra)), 119-176. Recuperado a partir de [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2013-x-1-7030/Del\\_Codigo\\_penal.pdf](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2013-x-1-7030/Del_Codigo_penal.pdf)
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. (2013b). La «Doctrina Parot» y el fallo del TEDH en el asunto Del Río Prada c. España: el principio del fin de un conflicto sobre el castigo de hechos acaecidos hace más de veinte años. *Revista de derecho penal y criminología*, (9), 377-416. Recuperado a partir de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2013-9-7100&dsID=Documento.pdf>
- OEHLING DE LOS REYES, A. (2017). El artículo 53 de la Constitución Española de

- 1978: esquema de la evolución y del estado de situación de sus instrumentos de garantía de los derechos fundamentales (1978-2017). *Revista de Derecho Político*, (100), 1099-1136.
- OHLER, N. (2016). *El gran delirio. Hitler, drogas y el III Reich*. (H. Piquer Minguijón,- Trad.). Barcelona: Planeta.
- OLÁSULO ALONSO, H. (2013). El principio nullum crimen sine iure en el Derecho penal contemporáneo. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, 1, 18-42.
- OLLÉ SESÉ, M. (2008). El principio de legalidad en el Derecho penal internacional: su aplicación por los tribunales domésticos. En C. García Valdéz, A. Cuerda Riezu, M. Martínez Escamilla, R. Alcácer Guirao, y M. Valle Mariscal de Gante (Eds.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat* (pp. 559-582). Madrid: Edisofer.
- OLLÉ SESÉ, M. (2019a). La aplicación del Derecho Penal Internacional por los tribunales nacionales. En A. Gil Gil y E. Maculan (Eds.), *Derecho Penal Internacional* (2a ed., pp. 145-173). Madrid: Dykinson.
- OLLÉ SESÉ, M. (2019b). Principios generales. En A. Gil Gil y E. Maculan (Eds.), *Derecho Penal Internacional* (2a ed., pp. 177-207). Madrid: Dykinson.
- OLMEDO CARDENETE, M. (2008). ¿Es la lex stricta una garantía efectiva en Derecho penal? En C. García Valdés, A. Cuerda Riezu, M. Martínez Escamilla, R. Alcácer Guirao, y M. Valle Mariscal de Gante (Eds.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Madrid: Edisofer.
- ONECA, J. A. (1965). Historia del Código Penal de 1822. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XVIII(2), 263-278.
- ORTEGO COSTALES, J. (1941). El principio «nullum crimen, nulla poena sine lege». Exigencia jurídica y no garantía política. *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, (6-7), 52-68.
- ORTOLAN, J.-L.-E. (1878). *Tratado de Derecho penal. Penalidad, jurisdicción, procedimiento*. (M.P. Rivas, Trad.). Madrid: Leocadio López Editor.
- ORTS BERENGUER, E. Y GONZÁLEZ CUSSAC, J. (2019). *Compendio de Derecho penal, parte general* (8a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- ORTS BERENGUER, E. Y GONZÁLEZ CUSSAC, J. (2020). *Introducción al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- OSSANDÓN WIDOW, M. M. (2009). *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- OTERO GONZÁLEZ, P. (2011). Delitos contra el honor. Cuestiones generales. Calumnias (Lección 25a). En Francisco Álvarez García (Ed.), *Derecho Penal español. Parte especial (I)* (2a ed., pp. 831-845). Valencia.
- PACHECO, J. F. (1856). *El Código Penal concordado y comentado* (2a ed., Vol. I). Madrid: Imprenta y fundición de Manuel Tello.
- PACHECO, J. F. (1881a). *El Código Penal concordado y comentado* (5a ed., Vol. I). Madrid: Imprenta de la viuda de Perinat y Compañía.

- PACHECO, J. F. (1881b). *El Código Penal concordado y comentado* (5a ed., Vol. III). Madrid: Imprenta y fundición de Manuel Tello.
- PACKER, H. (1968). *The limits of the criminal sanction*. Stanford: Stanford University Press.
- PALAZZO, F. (1998). Estado constitucional de Derecho y Derecho penal. En AA.VV. (Ed.), *Teorías actuales en el derecho penal* (pp. 153-178). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- PALAZZO, F. (1999). La legalidad penal en la Europa de Amsterdam. *Revista Penal*, (3), 36-41.
- PALAZZO, F. (2010). La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y el concepto de la regla iuris. *Revista Penal*, (25), 104-116.
- PALAZZO, F. (2013). La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y el concepto de la regla iuris. *Revista Penal México*, (4), 145-160.
- PALAZZO, F. (2017). Il principio di legalità tra costituzione e suggestioni sovranazionali. En G. De Francesco y A. Cargani (Eds.), *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche* (pp. 13-27). Milano: Giuffrè Editore.
- PALAZZO, F. (2018). *Corso di Diritto penale, parte generale* (7a ed.). Torino: G. Giappichelli Editore.
- PALLAVICINI MAGNÈRE, J. (2012). El principio de juridicidad en tiempos de catástrofe. *Revista de Derecho Público*, (77), 185-199.
- PANTALEÓN DÍAZ, M. Y SOBEJANO NIETO, D. (2014). El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra: la propuesta de dos nuevas modalidades de asesinato en el Código Penal español. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (29), 213-237.
- PANTOJA BAUZÁ, R. (2000). El principio de juridicidad. *Revista de Derecho Público*, (62), 156-168.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. (2013). *La justificación de las leyes penales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. (2016). Punitivismo y democracia: las «necesidades sociales» y la «voluntad popular» como argumentos político-criminales. *Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, (4), 153-202.
- PASHUKANIS, E. (2003). *The general theory of Law & Marxism*. (B. Einhorn, Trad.). New Brunswick-London: Transaction Publishers.
- PASTOR RIDRUEJO, J. Y ACOSTA ALVARADO, P. (2014). *Los sistemas internacionales de protección de los derechos*. Medellín: Universidad Externado de Colombia.
- PELSER, C. M. (2001). Criminal legislation in the Nineteenth Century: The historic roots of Criminal law and non-intervention in The Netherlands. En P. Alldridge y C. Brants (Eds.), *Personal autonomy, the private sphere and the Criminal law. A Comparative Study* (pp. 181-203). Oxford-Portland: Hart Publishing.
- PEÑARANDA RAMOS, E. (2017). Las nuevas modalidades de los delitos de homicidio y asesinato introducidas por la LO 1/2015 de reforma al Código Penal. *Cuadernos*

- Penales José María Lidón*, (13), 13-45.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J. (2020). El proceso penal... En A.-J. Pérez-Cruz Martín (Ed.), *Derecho procesal penal* (pp. 19-38). Valencia: Tirant lo Blanch.
- PÉREZ BARBERA, G. (2015). Reserva de ley, principio de legalidad y proceso penal. *En letra, Derecho penal*, 1(1), 42-92.
- PÉREZ DEL VALLE, C. (2008). Derecho penal europeo, principio de legalidad y principio de proporcionalidad. *InDret*, (4), 3-24.
- PÉREZ LUÑO, A.-E. (1991a). *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel.
- PÉREZ LUÑO, A.-E. (1991b). Las generaciones de derechos humanos. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (10), 203-217.
- PÉREZ MANZANO, MERCEDES. (2011). Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1-39.
- PÉREZ MANZANO, MERCEDES. (2012). El acceso al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional frente a resoluciones del orden penal. En S. Mir Puig y M. Corcoy Bidasolo (Eds.), *Constitución y sistema penal* (pp. 123-149). Madrid: Marcial Pons.
- PERISTERIDOU, C. (2015). *The principle of legality in European criminal law*. Cambridge: Intersentia.
- PERRONE, D. (2019). *Nullum crimen sine iure. Il Diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze de garanzia*. Torino: Giappichelli.
- PIKETTI, T. (2019). *Capital e ideología*. (D. Fuentes, Trad.). Barcelona: Deusto.
- PIÑA ROCHEFORT, J. (2014). *Derecho penal. Fundamentos de la responsabilidad*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- PIZZORUSSO, A. (1984). *Lecciones de Derecho Constitucional* (Vol. II). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- PIZZORUSSO, A. (2001). Las «generaciones» de derechos. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (5), 291-307.
- POLITOFF LIFSCHITZ, S. (2000). *Derecho penal* (2a ed.). Santiago de Chile: Conosur.
- POLLEDO CUETO, V. (1864). *Fundamentos del Derecho penal. Discurso leído en la Universidad Central por el Licenciado*. Madrid: Imprenta de D. Luis Palacios.
- POSNER, R. A. (1998). Creating a legal framework for economic development. *The World Bank Research Observer*, 13(2), 1-11.
- POTT, C. (2000). La pérdida de contenido del principio de legalidad y su manifestación en las relaciones entre el delito de encubrimiento por funcionario (§258.a StGB) y el sobreesimio (§153 sigs. StPO). En Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y Área de Derecho Penal Universidad Pompeu Fabra (Eds.), *La insostenible situación del Derecho penal* (pp. 79-100). Granada: Comares.
- POZZOLO, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa*, 2(21), 339-353. Recuperado a partir de [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10369/1/doxa21-2\\_25.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10369/1/doxa21-2_25.pdf)
- PRATT, J. (2007). *Penal populism: key ideas in criminology*. London: Routledge.

- PRATT, J. (2020). *Law, insecurity and risk control. Neo-liberal governance and the populist revolt*. Cham: Palgrave Macmillan.
- PRATT, J., BROWN, D., BROWN, M., HALLSWORTH, S. Y MORRISON, W. (2005). *The new punitiveness. Trends, theories, perspectives*. (J. Pratt, D. Brown, M. Brown, S. Hallsworth, & W. Morrison, Eds.). Devon: Willan Publishing.
- PRATT, J. Y MIAO, M. (2017). Populismo penal: el fin de la razón. *Nova Criminis*, 9(13), 33-105.
- PRATT, J. Y MIAO, M. (2019). From protecting individual rights to protecting the public. The changing parameters of populist-driven criminal law and penal policy. En G. Fitzi, J. Mackert, y B. S. Turner (Eds.), *Populisms and the crisis of democracy. Politics, social movements and extremism* (Vol. II, pp. 47-63). Oxon: Routledge.
- PREUSS, L. (1936). Punishment by analogy in National Socialistic Penal law. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 26(6), 847-856.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2008). El juicio de ponderación constitucional. En M. Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (pp. 85-123). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2009). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 123-158). Madrid: Trotta.
- PRITTWITZ, C. (2016). Garanzie di libertà tramite una riduzione dell'intervento penale o tramite il diritto penale. En G. Cocco (Ed.), *Per un manifesto del neilluminismo penale* (pp. 50-61). San Giuliano Milanese: Wolters Kluwer/CEDAM.
- PROVOST, R. (2004). *International human rights and Humanitarian law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- PUNTE ABA, L. (2011). La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código Penal español. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, (26), 135-152.
- QUERALT JIMÉNEZ, A. (2016). Crónica de una ejecución anunciada: la efectividad de la STEDH Del Río Prada en España. En Mercedes Pérez Manzano y J. Lascuraín Sánchez (Eds.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal* (pp. 349-376). Madrid: Marcial Pons.
- QUERALT JIMÉNEZ, A. (2018). Chronicle of an enforcement foretold: the effectiveness of the Del Río Prada ECtHR judgement in Spain. En M. Mazano Pérez, J. Lascuraín Sánchez, y M. Mínguez Rosique (Eds.), *Multilevel protection of the principle of legality in Criminal law* (pp. 195-212). Cham: Springer.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. (1992). Código Penal y Ley Orgánica. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XLV(1), 49-83.
- QUINTANAR DÍEZ, M., ORTIZ NAVARRO, J. Y ZAVALA LÓPEZ-GÓMEZ, C. (2020). *Elementos de Derecho penal. Parte general* (3a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. (1963). *Curso de Derecho penal I*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- QUINTERO OLIVARES, G. (1976). *Represión penal y Estado de Derecho*. Barcelona: Dirosa.
- QUINTERO OLIVARES, G., GONZÁLEZ BONDIA, A. Y FALLADA GARCÍA-VALLE, J.

- (2015). *La construcción del bien jurídico a partir de la Constitución. Derecho penal constitucional*. Valencia: Tirant lo blanch.
- QUINTERO OLIVARES, G. Y JARIA I MANZANO, J. (2015). Los derechos fundamentales y el Derecho Penal. En G. Quintero Olivares y J. Jaria i Manzano (Eds.), *Derecho penal constitucional* (pp. 365-438). Valencia: Tirant lo Blanch.
- QUINTERO OLIVARES, G., JARIA I MANZANO, J. Y PIGRAU SOLÉ, A. (2015). Aspectos generales. En G. Quintero Olivares y J. Jaria i Manzano (Eds.), *Derecho penal constitucional* (pp. 10-70). Valencia: Tirant lo Blanch.
- QUINTERO OLIVARES, G. Y MORALES PRATS, F. (2007). *Parte general del Derecho penal* (2a ed.). Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.
- QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F. Y PRATS CANUT, J. (2002). *Manual de Derecho penal* (3a ed.). Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters.
- QUINTERO OLIVARES, G. Y TORRES ROSELL, N. (2015). La Constitución y los principios rectores del derecho penal. En G. Quintero Olivares y J. Jaria i Manzano (Eds.), *Derecho penal constitucional* (pp. 320-364). Valencia: Tirant lo Blanch.
- RADIN, M. (1947). The myth of Magna Carta. *Harvard Law Review*, 60(7), 1060-1091.
- RAES, K. (2001). *Legal moralism or paternalism? Tolerance or indifference? Egalitarian justice and the ethics of equal concern. Personal autonomy, the private sphere and the criminal law. A comparative study*. Hart Publishing.
- RAGUÉS I VALLÈS, R. (2004). Derecho penal sustantivo y derecho procesal penal: hacia una visión integrada. En J. Hurtado (Ed.), *La reforma del proceso penal peruano* (pp. 129-163). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- RAGUÉS I VALLÈS, R. (2017). El sistema integral del Derecho Penal: variaciones en torno a una idea. *Revista eletrônica de direito penal e política criminal*, 5(1), 1-13. Recuperado a partir de <https://seer.ufgrs.br/redppc/article/download/78202/45813>
- RAMON RIBAS, E. (2014). Interpretación extensiva y analogía en el Derecho penal. *Revista de Derecho penal y criminología* (3a época), (12), 111-164.
- RAMON RIBAS, E. (2018). La intimidación en los delitos sexuales: entre las agresiones y los abusos sexuales. En M. Acale Sánchez y P. Faraldo Cabana (Eds.), *La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España* (pp. 133-170). Valencia: Tirant lo Blanch.
- RAMOS TAPIA, M. I. (2020). Límites al poder punitivo del Estado (I). En M. R. Moreno-Torres Herrera (Ed.), *Lecciones de Derecho penal. Parte general* (5a ed., pp. 53-70). Valencia: Tirant lo Blanch.
- RAMOS VÁSQUEZ, I. (2004). La represión de los delitos atroces en el derecho castellano de la edad moderna. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXVI, 255-299.
- RANDO CASERMEIRO, P. (2010). *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RAUTER, T. (2017). *Judicial practice, customary International criminal law and nullum crimen sine lege*. Cham: Springer.
- REQUEJO, J. (2006). Dependencias y servidumbres del juez independiente. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (76), 75-94.

- RÍOS MARTÍN, J. Y RODRÍGUEZ SÁEZ, M. C. (2014). Del origen al fin de la doctrina Parot. *InDret*, (3), 2-42.
- RISHMAWI, M. (2010). The Arab Charter on Human Rights and the League of Arab States: an update. *Human Rights Law Review*, 10(1), 169-178.
- ROACH, K. (2011). The primacy of liberty and proportionality, not human dignity, when subjecting Criminal Law to constitutional control. *Israel Law Review*, 44(1-2), 91-113.
- ROBERTSON, D. (2018). The counter-majoritarian thesis. En G. Jacobsohn y M. Schor (Eds.), *Comparative constitutional theory* (pp. 189-207). Chentelham-Northampton: Edward Elgar Publishing.
- ROBINSON, P. H., GREENE, P. D. Y GOLDSTEIN, N. R. (1996). Making criminal codes functional: A code of conduct and a code of adjudication. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 86(2), 304-365.
- ROBLEDO RUIZ, A. (1997). El principio de legalidad penal en la historia constitucional española. *Revista de Derecho Político*, (42), 137-169.
- RODRÍGUEZ COLLAO, L. (2000). *Delitos sexuales*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. (2006). Una cuestión de principios. La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de 15 de febrero de 2006, sobre la Ley de Seguridad Aérea, que autorizaba a derribar el avión secuestrado para cometer un atentado terrorista. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (77), 257-272.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. (1973). *Derecho penal español, parte general*. Madrid: sin editorial.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. Y SERRANO GÓMEZ, A. (1994). *Derecho penal español. Parte general*. Madrid: Dykinson.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, D. (2013). Nulla poena sine lege y retroactividad de cambios jurisprudenciales: modificaciones tras la STEDH as. Del Río Prada c. España (21/10/2013). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LXVI, 251-292.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. (2014). Doctrina Parot: Claves para entender las sentencias del TEDH en el caso Del Río Prada c. España. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (6), 1-16.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. (2016). Ascenso y caída de la doctrina Parot: tutela multinivel de los derechos a la legalidad y a la libertad. En Mercedes Pérez Manzano y J. Lascurain Sánchez (Eds.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*. Madrid: Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. (2018). Rise and fall of the Parot doctrine: multilevel protection of the rights to legality and to liberty. En Mercedes Pérez Manzano, J. Lascurain Sánchez, y M. Mínguez Rosique (Eds.), *Multilevel protection of the principle of legality in Criminal law*. Cham: Springer.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1978). *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Civitas.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1997). Principio de legalidad y arbitrio judicial. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (1), 279-296.

- RODRÍGUEZ, R. (2013). El triunfo y la crisis de la democracia liberal. *Política y sociedad*, 50(2), 657-679.
- ROJAS VÍA, B. (1998). Alternativas a la pena y a la privación de libertad. En AA.VV. (Ed.), *Teorías actuales en el derecho penal* (pp. 583-597). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- ROSENFELD, E. (1894). L'Espagne. En *La législation pénale comparée* (Vol. I, pp. 139-192). Berlin-Paris-Rome-Lisbone: Otto Liebmann/Pedone-Lauriel/Loescher & Cie./Ferin & Cie.
- ROSSI CARVAJAL, P. (1998). Rechazo a la despenalización de la sodomía desde el punto de vista del magisterio de iglesia y del derecho natural. *Revista Chilena de Derecho*, 25(4), 915-937.
- ROSSI, P. (1829). *Traité de Droit pénal* (Vol. I). Geneve: J. Barbezat et Cíe., Libraires.
- ROSSI, P. (1839). *Tratado de Derecho penal* (Vol. I). Madrid: Imprenta de don José María Repullés.
- ROUSSEAU, J. J. (1836). *El contrato social, o sea principio del Derecho político*. (S/i, Trad.). Barcelona: Imprenta de los Herederos de Roca.
- ROVIRA KALTWASSER, C. (2019). How to define populism? Reflections on a contested concept and its (mis)use in the social sciences. En G. Fitzi, J. Mackert, y B. S. Turner (Eds.), *Populism and the crisis of democracy. Concepts and theory* (Vol. I, pp. 62-78). Oxon: Routledge.
- ROXIN, C. (2000). *Derecho procesal penal*. (G. Córdoba, D. Pastor, & J. Maier, Trad.). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- ROXIN, C. (2004). ¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales? *Cuadernos de Política Criminal*, (83), 23-36.
- ROXIN, C. (2015). *Derecho penal, parte general*. (D. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, & J. de Vicente Remesal, Trad.) (Vol. I). Madrid: Civitas.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, J. (2004). Sobre la eficacia de los derechos fundamentales: de la «libertad natural» a la drittwirkung der Grundrechte. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (8), 1159-1174.
- RUIZ MIGUEL, C. (2016). La STEDH sobre la doctrina Parot y el problema de la ejecución de las sentencias de TEDH. En Mercedes Pérez Manzano y J. Lascuraín Sánchez (Eds.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal* (pp. 377-408). Madrid: Marcial Pons.
- RUIZ MIGUEL, C. (2018). The «Del Río Prada» judgements and the problem of the enforcement of ECtHR judgements. En Mercedes Pérez Manzano, J. Lascuraín Sánchez, y M. Mínguez Rosique (Eds.), *Multilevel protection of the principle of legality in Criminal law* (pp. 213-234). Cham: Springer.
- RUIZ ROBLEDO, A. (2003). *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RUSCHE, G. Y KIRCHHEIMER, O. (1984). *Pena y estructura social*. (E. García Méndez, Trad.). Bogotá: Temis.
- SÁENZ ROYO, E. (2017). *Manual de Derecho constitucional I*. Zaragoza: Prensas de las Universidad de Zaragoza.

- SAMARDŽIĆ, D. (2017). The principle of proportionality as justification test on the grounds of Art. 52 I CFR. *Review of European Law*, 19(1), 5-34.
- SÁNCHEZ LÁZARO, F. (2011). Deconstruyendo el principio de legalidad. *InDret*, (1), 1-19.
- SÁNCHEZ SANDOVAL, A. (2006). La justificación constitucional de la violación del «principio de legalidad». *Capítulo Criminológico*, 34(2), 201-213.
- SÁNCHEZ TEJERINA, I. (1940). *Derecho penal español. Parte general, parte especial* (2a ed.). Salamanca: Librería General «La Facultad».
- SARKIN, J. (1998). The effect of constitutional borrowings on the drafting of South Africa's Bill of Rights and interpretation of human rights provisions. *Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 1(2), 176-204.
- SARRABAYROUSE, E. (2012). Crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio in dubio pro reo: una propuesta de integración. En J. Montiel Fernández (Ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* (pp. 31-54). Madrid: Marcial Pons.
- SATTAR, A. (2019). *Criminal punishment and human rights: convenient morality*. London-New York: Routledge.
- SCHABAS, W. (2015). *The European Convention on Human Rights. A commentary*. Oxford: Oxford University Press.
- SCHLINK, B. (2012). Proportionality in Constitutional Law: Why everywhere but here? *Duke Journal of Comparative and International Law*, 22(April), 291-302.
- SCHMITT, C. (2000). *The crisis of parliamentary democracy*. (E. Kennedy, Trad.), 1923. Cambridge-Massachusetts-London: The MIT Press.
- SCHÖNKE, ADOLF. (1951). Evolución del Derecho penal y del Procesal-penal en Alemania a partir del año 1945. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, IV(1), 9-27.
- SCHÖNKE, ADOLFO. (1948). Interpretación, analogía y Derecho consuetudinario en el Derecho penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (2), 221-236.
- SCOLETTA, M. (2010). El principio de legalidad penal europeo. En L. Díez-Picazo y A. Nieto Martín (Eds.), *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo* (pp. 245-291). Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas.
- SEGURA SOTO, R. (2011). El principio de legalidad en el hurto de energía eléctrica. *Revista de Derechos Fundamentales*, (6), 211-217.
- SEITZER, J. Y THORNHILL, C. (2008). *An introduction to Carl Schmitt's Constitutional theory: Issues and context*. (J. Seitzer, Trad.), *Constitutional theory*. Duke University Press.
- SELLERS, M. N. S. (1998). *The sacred fire of liberty. Republicanism, liberalism and the law*. Hampshire-London: Macmillan Press.
- SERRANO ALBERCA, J. (2001). Artículo 25.1. En F. Garrido Falla (Ed.), *Comentarios a la Constitución* (pp. 577-598). Madrid: Civitas.
- SERRANO GÓMEZ, A. (2010). Legislación líquida: Una nota sobre el Proyecto de Ley de 2009. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (12), 1-7. Recuperado

- a partir de <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-r3.pdf>
- SHAPIRO, S. (2014). *Legalidad*. (D. Papayanis & L. Ramírez Ludeña, Trads.). Madrid: Marcial Pons.
- SHAW, M. (2008). *International law* (6a ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- SHESTACK, J. J. (1997). Globalization of human rights Law. *Fordham International Law Journal*, 21(2), 558-568.
- SIEBRASSE, N. (1991). "The Oakes Test: An old ghost impeding bold new initiatives." *Ottawa Law Review*, 23(2), 99-138.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (1992). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (2007). La injerencia de las leyes. Problemas de la juridificación de las relaciones sociales. *Persona y Derecho*, (56), 35-57.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (2011). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2a ed.). Madrid: Civitas.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (2015). ¿Legalidad penal líquida? *Indret Penal*, 1-3.
- SILVELA, L. (1848). *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*. Madrid: Imprenta de T. Fortanet.
- SIMESTER, A. P. Y VON HIRSCH, A. (2011). *Crimes, harms, and wrongs. On the principles of criminalisation*. Oxford-Portland: Hart Publishing.
- SKINNER, S. (2015). Fascists by name, fascist by nature? The 1930 Italian Penal Code in academic commentary, 1928-1940. En S. Skinner (Ed.), *Fascism and Criminal law* (pp. 59-84). Oxford-Potland: Hart Publishing.
- SLOSS, D. Y SANDHOLTZ, W. (2019). Universal human rights and constitutional change. *William & Mary Bill of Rights Journal*, 27(4), 1183-1262.
- SOHN, L. B. (1982). The new International law: Protection of the rights of individuals rather than states. *American University Law Review*, 32(1), 1-64.
- SOLA, E. (2017). El principio de legalidad como garantía criminal. En J.-M. Silva, J. Queralt, M. Corcoy, y M. T. Castiñeira (Eds.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig* (pp. 401-415). Buenos Aires: BdeF.
- SPINOZA, B. (1997). *Tratado teológico-político*. (D. Atiliano, Trad.), 1670. Madrid: Al-taya.
- SQUELLA, A. (2014). *Introducción al Derecho*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- STACEY, R. (2019). The Magnetism of moral reasoning and the principle of proportionality in comparative constitutional adjudication. *The American Journal of Comparative Law*, 67(2), 435-476.
- STAROSOLSKY, G. (1950). Basic principles of Soviet Criminal law. *North Carolina Law Review*, 28, 359-374.
- STEGER, M. B. Y ROY, R. K. (2010). *Neoliberalisms. A very short introduction*. Oxford: Oxford University Press.
- STEIKER, C. S. (2013). Proportionality as a limit on preventive justice. Promises and pitfalls. En A. Ashworth, L. Zedner, y P. Tomlin (Eds.), *Prevention and the limits of Criminal Law* (pp. 194-213). Oxford: Oxford University Press.

- STEPHAN, P. B. (2000). International governance and American democracy. *Chicago Journal of International Law*, 1(2), 237-256.
- STOLLEIS, M. (2011). Judicial interpretation in transition from the ancien régime to constitutionalism. En Y. Morigiwa, M. Stolleis, y J.-L. Halperin (Eds.), *Interpretation of law in the age of Enlightenment* (pp. 3-17). Springer: Springer.
- STUNTZ, W. J. (2001). The pathological politics of Criminal law. *Michigan Law Review*, 100(3), 505-600.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (ED.). (2005). *Manual de Derecho penal. Tomo I. Parte general* (3a ed.). Thomson Civitas.
- SÜSS, F. (2000). El trato actual del mandato de determinación. En Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Eds.), *La insostenible situación del derecho penal* (pp. 225-244). Granada: Comares.
- SWEET, A. S. Y MATHEWS, J. (2008). Proportionality balancing and global constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, 47(1), 72-164.
- TAGGART, P. (2019). Populism and 'unpolitics'. En G. Fitzzi, J. Mackert, y B. S. Turner (Eds.), *Populisms and the crisis of democracy. Concepts and theory* (Vol. I, pp. 79-87). Oxon: Routledge.
- TAMANAH, B. (2004). *On the rule of law. History, politics, theory*. Cambridge: Cambridge University Press.
- TARUFFO, M. (2010). *Simplemente la verdad*. (D. Accatino, Trad.). Madrid: Marcial Pons.
- THOMPSON, E. P. (1977). *Whigs and hunters. The origin of the Black Act*. London: Penguin Books.
- THORBURN, M. (2014). The radical orthodoxy of Hart's punishment and responsibility. En M. Dubber (Ed.), *Foundational texts in modern criminal law* (pp. 279-295). Oxford: Oxford University Press.
- THORNHILL, C. (2011). *A sociology of constitutions. Constitutions and State legitimacy in historical-sociological perspective*. Cambridge: Cambridge University Press.
- TIKHONRAVOV, E. (2017). Principle nullum crimen sine lege in the history of Russian Criminal Law. *Perm University Herald, Juridical Sciences*, (38), 548-557.
- TISSOT, J. (1880). *El Derecho penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo o introducción filosófica e histórica al estudio del Derecho penal*. (J. Ortega García & A. García Moreno, Trads.) (Vol. I). Madrid: Góngora y Cía.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. (1983). *Manual de historia del Derecho español* (4a ed.). Madrid: Tecnos.
- TSAKYRAKIS, S. (2009). Proportionality: An assault on human rights? *International Journal of Constitutional Law*, 7(3), 468-493.
- TYLER, T. R. Y BOECKMANN, R. J. (1997). Three strikes and you are out, but Why? The psychology of public support for punishing rule breakers. *Law & Society*, 31(2), 237-266.

- UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I. (2017). La eficacia entre particulares de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. *Teoría y realidad constitucional*, (30), 361-386.
- UNITED NATIONS. DEVELOPMENT PROGRAM. (2019). *Human Development Report 2019*. New York: United Nations. Development Program.
- UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. (1955). *Draft International Conventions on Human Rights, doc A/2929*. New York: UN Secretary-General.
- URQUIZO OLAECHEA, J. (2002). Principio de proporcionalidad penal. En J. L. Díez Ripollés, C. Romeo Casabona, L. Gracia Martín, y J. Higuera Guimerá (Eds.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor José Cerezo Mir* (pp. 193-210). Madrid: Tecnos.
- VALENTINI, V. (2011). European criminal justice and continental Criminal law. *European Criminal Law Review*, 1(2), 188-202.
- VAN SCHAACK, B. (2008). Crimen sine lege: Judicial lawmaking at the intersection of law and morals. *Georgetown Law Journal*, 97(1), 119-192.
- VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Á. (2011). *La garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- VAN ZYL SMIT, D. Y ASHWORTH, A. (2004). Disproportionate sentences as human rights violations. *Modern Law Review*, 67(4), 541-560.
- VASAK, K. (1977). A 30-year struggle. The sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights. *The UNESCO Courier*, (November), 29-32.
- VÁZQUEZ SOTELO, J. (2013). Los principios del proceso penal. Legalidad, oportunidad y condena pactada. En J. Pico i Junoy (Ed.), *Principios y garantías procesales. Liber Amicorum en homenaje a la Prof.a M.a Victoria Berzosa Francos* (pp. 457-471). Barcelona: Bosch.
- VEDEL, G. Y DEVOLVÉ, P. (1990). *Droit administratif* (11a ed.). Paris: Presses Universitaires de France.
- VERDIRAME, G. (2015). Rescuing human rights from proportionality. En R. Cruft, S. M. Liao, y M. Renzo (Eds.), *Philosophical foundations of human rights* (pp. 341-357). Oxford: Oxford University Press.
- VERGARA, C. (2019a). Populism as plebeian politics: Inequality, domination, and popular empowerment. *The Journal of Political Philosophy*, 28(2), 222-246.
- VERGARA, C. (2019b). Sobre la ley anti-encapuchados y otras adaptaciones legales fascistas. *Ciper*, p. [versión electrónica]. Santiago de Chile. Recuperado a partir de <https://www.ciperchile.cl/2019/12/26/sobre-la-ley-anti-encapuchados-y-otras-adaptaciones-legales-fascistas/>
- VERGARA, C. (2020a). *República plebeya. Guía práctica para constituir el poder popular*. Santiago de Chile: Sangría.
- VERGARA, C. (2020b). *Systemic corruption. Constitutional ideas for an anti-oligarchic republic*. Princeton/Oxford: Princeton University Press.
- VIANA BALLESTER, C. (2020). Populismo punitivo y quiebra del principio de lega-

- lidad. En J. González Cussac (Ed.), *Estudios jurídicos en Memoria de la profesora doctora Elena Górriz Royo* (pp. 859-877). Valencia: Tirant lo Blanch.
- VIEYTEZ, E. R. (2012). La excepción constitucional australiana. El debate sobre la protección jurídica de los derechos y el modelo del diálogo institucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (95), 95-138.
- VIGANÒ, F. (2014). La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales. *Política Criminal*, 9(18), 428-476.
- VIGANÒ, F. (2016a). Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale. *Diritto penale contemporaneo*, 1-43.
- VIGANÒ, F. (2016b). Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale. En C. E. Paliero, S. Moccia, G. de Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, y L. Risicato (Eds.), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali* (pp. 213-265). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- VILLARRAZO Y GONZÁLEZ, L. (1874). *Compendio de la obra titulada Curso de Derecho penal español*. Madrid: Imprenta de José Díaz.
- VITALE, G. (1998). *Estado constitucional de derecho y derecho penal. Teorías actuales en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- VITKAUSKAITE-MEURICE, D. (2010). The Arab Charter on Human Rights: the naissance of new regional human rights system or a challenge to the universality of human right? *Jurisprudence*, 119(1), 165-180.
- VIVES ANTÓN, T. (2011). *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales* (2a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- VIVES ANTÓN, T. (2015). La reforma penal de 2015: una valoración genérica. En J. González Cussac, E. Górriz Royo, y Á. Matallín Evangelio (Eds.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015* (2a ed., pp. 18-30). Valencia: Tirant lo Blanch.
- VIVES ANTÓN, T. (2016). Prólogo. En M. L. Cuerda Arnau y J. García Amado (Eds.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana* (pp. 1-5). Valencia: Tirant lo Blanch.
- VON FEUERBACH, P. J. A. (1801). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts* (1a ed.). Giessen: Heyer.
- VON LISZT, F. (2007). The rationale for the Nullum crimen principle. *Journal of International Criminal Justice*, (5), 1009-1013.
- VORMBAUM, T. (2014). *A modern history of German Criminal law*. (M. Bohlander, Ed. M. Hiley, Trad.). Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg: Springer.
- WEBBER, G. C. N. (2009). *The negotiable Constitution. On the limits of rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- WEBBER, G. C. N. (2010). Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 23(1), 179-202.
- WEINRIB, L. E. (2001). The Supreme Court of Canada in the age of rights: Constitutional democracy, the Rule of Law and fundamental rights under Canada's Constitution. *Canadian Bar Review*, 80(1-2), 699-748.
- WESTEN, P. (2007). Two rules of legality in criminal law. *Law and Philosophy*, 26(3),

229-305.

- WILLIAMS, G. (1961). *Criminal law. The general part* (2a ed.). London: Stevenson & Sons.
- WILSON, W. (2017). *Criminal law. Principles of French Law* (6a ed.). Harlow: Pearson. Recuperado a partir de <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199541393.003.0008>
- WINTER ETCHEBERRY, J. (2013). Derecho penal e impunidad empresarial en Chile. *Revista de Estudios de la Justicia*, (19), 91-125.
- YOUNG, K. G. (2017). Proportionality, reasonableness, and economic and social rights. En V. C. Jackson y M. Tushnet (Eds.), *Proportionality. New frontiers, new challenges* (pp. 248-272). Cambridge: Cambridge University Press.
- ZAGREBELSKY, G. (2011). *El Derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. (M. Gascón Abellán, Trad.) (10a ed.). Madrid: Trotta.
- ZAGREBELSKY, V. (1995). Independencia del Ministerio Público y obligatoriedad de la acción penal. En J. Bustos Ramírez (Ed.), *El Ministerio Público* (pp. 112-136). Santiago: Conosur.
- ZAPATERO GÓMEZ, V. (1994). De la jurisprudencia a la legislación. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, (16-16), 769-789.
- ZDRAVKOVIC, A. (2000). Few questions yet to be answered in regard to the Article 7 of the European Convention on Human Rights. *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, (4), 670-700.
- ZIMRING, F. E. (1996). Populism, democratic government, and the decline of expert authority: Some reflections on «Three Strikes» in California. *Pacific Law Journal*, 1(1), 243-256.
- ZOLO, D. (2007). The rule of law: a critical reappraisal. En P. Costa y D. Zolo (Eds.), *The rule of law. History, theory and criticism* (pp. 3-71). Dordrecht: Springer.
- ZULGADÍA ESPINAR, J. (1993). *Fundamentos de Derecho Penal* (3a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- ZULGADÍA ESPINAR, J. (2006). *Contrarreforma penal (el annus horribilis de 2003) y el Anteproyecto de reforma del Código penal de 2006. Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*. Dykinson.
- ZULGADÍA ESPINAR, J. (2010). Límites al poder punitivo del Estado (I). En J. Zulgadía Espinar y M. R. Moreno-Torres Herrera (Eds.), *Fundamentos de Derecho Penal, parte general. Incorpora la LO 5/2010, de 22 de junio, de de Reforma del Código Penal* (4a ed., pp. 93-110). Valencia: Tirant lo Blanch.
- ZULGADÍA ESPINAR, J. (2019). Lección 2. La pena. En M. R. Moreno-Torres Herrera (Ed.), *Lecciones de Derecho penal. Parte general* (4a ed., pp. 35-45). Valencia: Tirant lo Blanch.



