

SANTIAGO MIR PUIG
Catedrático de Derecho Penal

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

7ª edición
4ª reimpresión corregida

editorial
B de f
Montevideo - Buenos Aires

2007

Julio César Faura - Editor

LOS LÍMITES DEL IUS PUNIENDI

BIBLIOGRAFÍA

- Aroyo, Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal, en Rev. española de D^o constitucional, mayo-ag. 1983, pp. 9 ss.; A. Asúa, El régimen penitenciario abierto, en Libro-Homenaje al Prof. Beristain, 1989, pp. 95 ss.; *Bucigatupo*, La garantía del principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el derecho penal, en Anuario de derechos Humanos, 2 (1983), pp. 13 ss.; *Bulda*, La construcción de la teoría del delito y el desarrollo continuador del Derecho, ADPCP 1996; *Baratta*, Jenseits der Strafe— Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft, en Festschrift f. Arth. Kaufmann, 1993, pp. 393 ss.; *Baumann*, Schuldlose Dogmatik?, en Lüderssen/Sack (ed.), Seminar: Abweichendes Verhalten, IV, 1980, pp. 196 ss.; *el mismo*, Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit, 1981; *Beccaria*, De los delitos y de las penas, trad. J. A. de las Casas, 1968; *Bolme*, Die Magna Charta und das strafgesetzliche Analogieverbot, en Festschrift für H. Lehmann, 1937, pp. 71 ss.; *Bydlanski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2^a ed., 1991; *Carbondil*, Derecho penal. Concepto y principios constitucionales, 2^a ed., 1996; *Cardenal Murillo*, Primeros ensayos de codificación y principio de culpabilidad en el Derecho penal español, CPC n.º 37 (1989); *Cattaneo*, Dignità umana e pena nella filosofia di Kant, 1981; *el mismo*, Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale, 1970; *Class*, Generalklauseln im Strafrecht, en Festschrift für B. Schmidt, 1961, pp. 136 ss.; *Córdoba Roda*, Culpabilidad y pena, 1977; *Cuerda Ariau*, Aproximación al principio de proporcionalidad en el Derecho penal, en A.A.V.V., Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Dr. J.R. Casabó, 1997, pp. 447 ss.; *Dannecker*, Das intertemporale Strafrecht, 1992; *De la Cuesta*, El sistema penitenciario: reforma o abolición, en Rev. del Colegio de Abogados de Vizcaya, n.º 12, 1983, pp. 21 ss.; *Filtschaid/Hassener*, Strafe ohne Vorwurf, en Lüderssen/Sack, Seminar: Abweichendes Verhalten, II, 1973, pp. 266 ss.; *Erb*, Die Schutzfunktion von Art. 103 II GG bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 108 (1996), pp. 266 ss.; *Fernández Carrasquilla*, Derecho penal liberal de hoy, Bogotá-Medellín, 2002; *García Arán*, El llamado principio de culpabilidad, en A.A.V.V., El nuevo Derecho penal español, L.H. Valle Muñiz, 2001, pp. 401 ss.; *García Pablos*, Estudios penales, 1984; *García Rivas*, El poder punitivo en el Estado democrático, 1996; *García Valdés*, No a la pena de muerte, 1975; *Gimbernat*, ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?, en el mismo, Estudios de Derecho penal, 2^a ed., 1981, pp. 105 ss.; *Grünwald*, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Gesetzlichkeitsprinzip, en Festschrift f. Arth. Kaufmann, 1993, pp. 49 ss.; *Hoffke*, Die Legitimation des staatlichen Strafrechts zwischen Effizienz, Freiheitsverbürgung und Symbolik, en Festschrift für C. Roxin, 2001, pp. 953 ss.; *Hassener*, ¿Alternativas al principio de culpabilidad?, CPC 18 (1982), pp. 473 ss.; *Hezag*, Über die Grenzen der Wirksamkeit des Strafrechts, KritV 1993, pp. 247 ss.; *Heber*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, en Zeit. f. Schweizer Recht, 96 (1977), pp. 1 ss.; *Huerta Touido*, El derecho fundamental a la legalidad penal, Rev. española de D^o constitucional, pp. 81 ss.; *Jakobs*, El principio de culpabilidad, ADPCP 1992, pp. 1051 ss.; *Jecheck*, Grundsätze der Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht, en Festschrift für Miyazawa, 1993, pp. 363 ss.; *Jorge Barreiro*, Las medidas de seguridad en el Derecho español, 1976; *Arthur Kaufmann*, Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht, en Festschrift für Henkel, 1974, pp. 89 ss.; *el mismo*, Das Schuldprinzip, 2^a ed., 1976; *el mismo*, Dogmatische und Kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht,

en 17. 1967, pp. 553 ss.; *el mismo*, Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, en Festschrift für Lange, 1976; *Kün*, Zur Fragwürdigkeit und Notwendigkeit des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1987; *Klose*, *Ius puniendi* und Grundsatz, en ZSW 86 (1974), pp. 53 ss.; *Krahl*, Die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht, 1986; *Krey*, Keine Strafe ohne Gesetz, 1983; *Lang-Hirshen*, Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht, ZStW 75 (1961), pp. 210 ss.; *Lardizábal y Urbe*, Discurso sobre las penas, REP. n° 174 (1966), pp. 627 ss.; *Lenndel*, Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen und der Grundsatz nullum crimen sine lege, 1970; *Lindemann* (ed.), Modernes Strafrecht u. ultima-ratio-Prinzip, 1990, pp. 201 ss.; *Lionpart*, ¿Es la estricta legalidad un principio del Derecho positivo?, en *Libro-Homenaje al Prof. Beristain*, 1989, pp. 355 ss.; *Maiwald*, Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts, en *Festschrift für Maurach*, 1972, pp. 22 ss.; *Mappelli*, Principios fundamentales del sistema penitenciario español, 1983; *Martucci/Dalcini*, Derecho penal mínimo y nuevas formas de criminalidad, RDP n° 9, 2002, pp. 147 ss.; *Martus*, El principio de intervención mínima, ADPCP 1987, pp. 99 ss.; *Mir Puig*, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2ª ed., 1982 (=el mismo, El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho, 1994, pp. 29 ss.); *el mismo*, Problemática de la pena y seguridad ciudadana, en *RevCat*, 1981, pp. 179 ss. (= Sistema, 43-44 (1981), pp. 75 ss., y el mismo, El Derecho penal en el Estado..., cit. pp. 115 ss.); *el mismo*, Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la reforma penal, en el mismo, El Derecho penal en el Estado..., cit. pp. 171 ss.; *el mismo*, ¿Qué queda en pie de la resocialización?, en el mismo, El Derecho penal en el Estado..., cit. pp. 141 ss.; *Merillas Cuervo*, Derecho penal e ideológico, en la obra colectiva «Derecho y Economía en la sociedad española actual» (UNED de Granada) 1978, *el mismo*, Aproximación teórica al principio de intervención mínima, *Rev. Fac. Derecho Univ. Granada*, n° 2 (1983), pp. 61 ss.; *Munoz Cande*, El principio de culpabilidad, en III Jornadas de Profesores de Derecho penal, Santiago 1976, pp. 219 ss.; *el mismo*, Monismo y dualismo en el Derecho penal español, en *Fernández Albor* (ed.), Estudios penales y criminológicos (XI), 1983, pp. 217 ss.; *Nino*, Los límites de la responsabilidad penal, Buenos Aires, 1980; *Novakowski*, Zur Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Maßnahmen, en *Festschrift für v. Weber*, 1965, pp. 98 ss.; *Octavio de Toledo*, Sobre el concepto del Derecho penal, 1981; *Ostenhoff*, Auf Generalprävention kann noch nicht verzichtet werden, en ZRP, 1976, pp. 681 ss.; *Pallero*, Minima non curat praetor, 1983; *Pérez Montano*, Culpabilidad y prevención, 1990; *Peters*, Die ethischen Voraussetzungen des Resozialisierung und Interventionsvollzugs, en *Festschrift für Heimtz*, 1972, pp. 501 ss.; *Parilla Contreras*, Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos, CPC n° 39 (1989), pp. 723 ss.; *Quintero Olivares*, Represión penal y Estado de Derecho, 1976; *Rodríguez Motrillo*, Principio de legalidad, en NEJ XIV (1971); *Rodríguez Deyesa*, Nullum crimen sine culpa en la reforma del CP, en *Festschrift für Jeschek*, 1985, pp. 201 ss.; *Roux*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, Jus 1966, pp. 377 ss. (=el mismo, Problemas básicos de Derecho penal, trad. Luzón Peña, 1976, pp. 11 ss.); *el mismo*, Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des AE, en *Franz v. Liszt zum Gedächtnis*, 1969, pp. 69 ss.; *el mismo*, ¿Qué queda en pie de la culpabilidad y reforma del ordenamiento penal español, en la obra colectiva «Derecho y Economía en la sociedad actual» (UNED de Granada), 1978; *Sánchez García*, El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho penal, La Ley, 1994-4, pp. 114 ss.; *Sax*, Das strafrechtliche Analogieverbot, 1953; *el mismo*, Grundsätze der Strafrechtspflege, en *Beiermann/Nipperdey/Schneier*, Die Grundrechte, III-2, 1979, pp. 992 ss.; *Scheffer*, Die Worsinnengrenze bei der Auslegung, Jus 1996, pp. 505 ss.; *Schmidt-Häuser*, Vom Sinn der Strafe, 2ª ed., 1971; *Schick*, Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot, en *Festschrift für R. Walter*, 1991, pp. 625 ss.; *Schöneborn*, Grenzen einer generalpräventiven Rekonstruktion des strafrechtlichen Schuldprinzips, ZStW 92 (1980), pp. 682 ss.; *Schreiber*, Gesetz und Richter, Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes «nullum crimen, nulla poena sine lege», 1976; *el mismo*, Vor dem Ende des Schuldstrafrechts, en Immenga (ed.), Rechtswissenschaft und Rechtswissenschaft, 1980; *Schroth*, Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht, 1983; *Schünemann*, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, en el mismo (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984; *Silva*, ¿Competencia «inirectas» de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho penal?, en La Ley, 2 marzo 1993, pp. 1 ss.; *el mismo*, Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco», en Estudios penales y criminológicos, XVI, 1993, pp. 425 ss.; *el mismo*, La expansión del Derecho penal, 2ª ed., 2001; *Silva/Baldó*, La teoría del delito en la obra de M. de Lardizábal, en Estudios de Derecho penal

y Criminología, Libro-Homenaje a Rodríguez Deyesa, 1989, pp. 345 ss.; *Smittenwerth*, Zur Rechtsstaatlichkeit der flichtensetzenden Maßnahmen im Strafrecht, en SchwZStR. 82 (1966), pp. 337 ss.; *el mismo*, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977 (=el mismo, El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad, 1980); *Siree*, Deliktfolgen und Grundgesetz, 1960; *Terradillos*, Peligrosidad social y Estado de Derecho, 1981; *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991; *Vives*, Presupuestos constitucionales en Boix/Rodríguez Marín/Vives (ed.), Problemática jurídica y físico-social de las drogas, 1987, pp. 245 ss.; *Woerner*, Generalklauseln und Garantiefunktion der Strafsätze, NSJZ 1963, pp. 273 ss.; *Wolter*, Verfassungsrecht im Strafprozess- und Strafrechtssystem, NSJZ 1993, pp. 1 ss.; *Zapf*, Kriminalpolitik, 2ª ed., 1980; *el mismo*, Introducción a la Política criminal, trad. Izquierdo, 1979.

Vid. además la bibliografía de la Lección anterior.

Al decidir la cuestión de la función que corresponde al Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho como el que acoge nuestra Constitución, se señaló que este modelo de Estado impone una **función de prevención limitada**. Fuera de determinados límites la prevención penal perderá su legitimación en aquel contexto político. Importa en esta lección examinar en detalle los límites mencionados. Al hacerlo será útil contemplar el Derecho penal en su **sentido subjetivo** de facultad punitiva que corresponde al Estado, esto es, como ***Ius puniendi***. Vamos a preguntarnos, en efecto, dentro de qué límites puede un Estado social y democrático de Derecho ejercer legítimamente su potestad punitiva, dentro de qué límites es legítimo el recurso al *Ius puniendi*. Se trata de una perspectiva de Política criminal independiente del grado de su efectiva realización por parte del Derecho penal vigente. La comprobación de la medida en que el Derecho español respeta los límites deseables podrá adelantarse en algún caso en lo que sigue, pero en general requiere el conocimiento de todo nuestro Derecho.

I. El Estado social y democrático de Derecho como fundamento del *Ius Puniendi* y sus límites

El derecho a castigar se puede fundar en distintas concepciones políticas. Aquí partiremos de la concepción del Estado social y democrático de Derecho, hoy ampliamente aceptada en nuestra área de cultura y acogida en el art. 1.1, de la Constitución española. Los tres componentes de dicha fórmula servirán de base a los distintos límites que a nuestro juicio deben respetar el legislador y los demás órganos encargados de ejercer la función punitiva.¹

El principio de **Estado de Derecho** impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del **principio de legalidad**. La idea del **Estado social** sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica

1. Acoge este planteamiento Luzón, Curso, pp. 79 s.

ya varios límites que giran en torno a la exigencia de la *necesidad social de la intervención penal*. Por último, la concepción del **Estado democrático** obliga en lo posible a poner el Derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como los de *dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano*.

4 Los distintos aspectos señalados de la fórmula sintética de «Estado social y democrático de Derecho» se hallan estrechamente relacionados, de suerte que algunos de los límites que estudiaremos podrían fundarse en más de uno de estos aspectos. Hemos elegido, entonces, el fundamento que nos ha parecido más significativo, según una valoración evidentemente opinable.

II. El principio de legalidad como exigencia del Estado de Derecho

1. Origen y sentido político

5 El principio de legalidad se expresa, en su aspecto formal, con el aforismo **nullum crimen, nulla poena sine lege**, procedente, pese a su formulación latina, de Feuerbach,² quien vino a reflejar y precisar una de las conquistas centrales de la Revolución francesa (art. 8 de la Declaración de Derechos del Hombre de 26 de agosto de 1789 y de la Constitución de 3 de septiembre de 1791).

6 Los antecedentes anteriores a la Ilustración que pueden mencionarse —principalmente la *Magna Charta Libertatum* inglesa de Juan Sin Tierra, de 1215, y la *Constitutio Criminalis Carolina* germanica, de 1532— no poseen el sentido moderno del principio de legalidad. Así, la Magna Charta inglesa no excluía la costumbre y, al parecer, tenía significado de garantía procesal,³ y la Carolina no prohibía la analogía contra *reo*.⁴ Pero, sobre todo, el actual significado político inspirador del principio de legalidad diverge del que poseían los anteriores a la Ilustración. Sólo a partir de la ideología liberal impulsada por ésta y consagrada políticamente sobre todo a partir de la Revolución francesa,⁵ se concibe como limitación del poder punitivo del Estado dotada del sentido de garantía para la libertad del ciudadano. Sólo desde entonces el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* es, como dijo Mezger, «un *Polladium* de la libertad ciudadana».⁶

2. Vid. A. von Feuerbach, Lehrbuch, § 23. Pero debe advertirse que literalmente Feuerbach no se refirió a la componente «nullum crimen sine lege», por mucho que se incluía en su pensamiento: cfr. Jescheck, Lehrbuch, 2ª ed., p. 104; Cattaneo, Feuerbach, pp. 446 ss.

3. Cfr. Rodríguez Devesa, PG, p. 165. Sin embargo todo ello es discutible: cfr. sobre el problema Rodríguez Mourullo, Principio de legalidad, pp. 883 ss.; Sáinz Cantero, Lecciones, p. 326; Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 68.

4. Cfr. Bohne, Lehmann-Festschrift, pp. 80 ss.; Mezger, Tratado, I, p. 141; Maurach, Tratado, I, p. 114.

5. Aunque con anterioridad habíase ya acogido en Estados Unidos, en las Constituciones de Filadelfia, de 1774, de Virginia, de 1776, y de Maryland, de 1776. Cfr. Rodríguez Devesa, PG p. 164; Jescheck, Lib. 2ª ed., p. 104. Jiménez de Asúa, Tratado II, p. 387, coincide, sin embargo en entender que «fue en la Declaración francesa del hombre y del ciudadano, de 26 de agosto de 1789, donde adquiere universalidad, como Hipólito Taine observa...».

6. Cfr. Mezger, Tratado, I, p. 140.

7 En su sentido actual, el principio de legalidad se derivó en un principio de la **teoría ilustrada del contrato social** y presuponia una organización política basada en la *división de poderes*, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto —contrato social— en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del Poder Legislativo, que representa al pueblo. Sólo de él puede emanar la ley, que constituye, pues, la expresión de la voluntad popular.

8 Beccaria, que trasludó más que nadie el espíritu de la Ilustración al Derecho penal, escribía: «...sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad». Los jueces no pueden, consiguientemente, «aumentar la pena establecida» por las leyes, ni siquiera «bajo pretexto de celo o de bien público».⁷

9 El principio de legalidad no es sólo, entonces, una **exigencia de seguridad jurídica**, que requiera sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la **garantía política** de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo.⁸

10 Así entendido, el postulado *nullum crimen, nulla poena sine lege* pasó a inspirar las legislaciones «de todos los países cultos».⁹ Las Constituciones y Códigos penales españoles —ya el de 1822— siguieron este camino, y desde el Código de 1848 el principio de legalidad se formula de modo básicamente coincidente hasta el Código vigente. La Constitución de 1978 no sólo acogió, sino que amplió las exigencias del principio de legalidad. Pero antes de examinar la regulación vigente conviene concretar los distintos aspectos y exigencias del principio de legalidad.

2. Garantías del principio de legalidad

11 A) Por una parte, se distinguen los siguientes aspectos del principio de legalidad: una **garantía criminal**, una **garantía penal**, una **garantía jurisdiccional o judicial**, y una **garantía de ejecución**. La **garantía criminal** exige que el delito (=crimen)

7. Cfr. Beccaria, De los delitos, pp. 29 ss. Vid. también sobre el fundamento del Derecho penal en el contrato social, ibidem, pp. 27 y 29. En términos parecidos se expresaba entre nosotros en el s. XVIII Lardizábal, Discurso, cap. II, nos 32-34. Cfr. Silva/Baldó, Teoría, pp. 353 ss.

8. Cfr., en un sentido próximo, Arroyo, Principio de legalidad, pp. 12 ss.

9. Cfr., con amplias referencias, Jiménez de Asúa, Tratado, II, pp. 388 ss.; Naucke, Strafrecht, 9ª ed., 2/1 y ss. No obstante, la Unión Soviética tras la Revolución de 1917, y hasta 1958-60, y la Alemania de Hitler, renunciaron a las exigencias del principio de legalidad: cfr. Sáinz Cantero, Lecciones, pp. 328 ss.; Landrove, Introducción, p. 86, haciendo referencia a la proclamación del principio de legalidad en la Declaración universal de los derechos del hombre de 1948 y en otras convenciones internacionales.

se halle determinado por la ley (*nullum crimen sine lege*). La **garantía penal** requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho (*nulla poena sine lege*). La **garantía jurisdiccional** exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial¹⁰ y según un procedimiento legalmente establecido. La **garantía de ejecución** requiere que también la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule. Estas distintas garantías también deben exigirse respecto a las *medidas de seguridad* y sus presupuestos.

12 B) Por otra parte, se imponen ciertos requisitos a la norma jurídica que debe ofrecer las garantías anteriores. Pueden clasificarse en torno a la triple exigencia de *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*.¹¹

13 a) Con la exigencia de una *lex praevia* se expresa la **prohibición de retroactividad** de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición: es preciso que el sujeto pueda saber en el momento en que actúa si va a incurrir en algún delito o en alguna nueva pena. Este aspecto del principio de legalidad afecta a su sentido de protección de la seguridad jurídica. No está prohibida, en cambio, la retroactividad de las leyes penales más favorables, que vienen a suprimir algún delito o a atenuar su pena.

14 La retroactividad de la **ley penal más favorable** para el reo no infringe el sentido *limitador* de la potestad punitiva que corresponde al principio de legalidad. El sujeto podría contar, cuando actuó, con una determinada pena y, sin embargo, la aplicación retroactiva de la ley posterior le deja sin castigo o le disminuye la pena. De ahí que esta clase de retroactividad favorable no se oponga al significado liberal del principio de legalidad. Siendo así, resultaría inadmisibles seguir aplicando la ley anterior más desfavorable para el reo cuando, ya derogada, ha dejado de considerarse *necesaria* para la protección de la sociedad.

15 b) Con la exigencia de una *lex scripta* queda, desde luego, **excluida la costumbre** como posible fuente de delitos y penas. Mas tampoco basta cualquier norma escrita, sino que es preciso que tenga **rango de ley** emanada del Poder Legislativo, como representación del pueblo. Esto último afecta el sentido de garantía política del principio de legalidad. Quedarían excluidas como fuente de delitos y penas las normas reglamentarias emanadas del Poder Ejecutivo como Decretos, Órdenes Ministeriales, etc.

16 c) El tercer requisito, de **lex stricta**, impone un cierto grado de **precisión** de la ley penal y **excluye la analogía** en cuanto perjudique al reo (*analogía in malam partem*). El postulado de precisión de la ley da lugar al llamado «**mandato de determinación**», que exige que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear. Constituye éste

10. Cobo/Vives, PG, 5ª ed., pp. 78, 80, exigen «un juicio formal ante sus jueces naturales».

11. Cfr. SSTC 133/1987, 75/2002.

un aspecto *material* del principio de legalidad que trata de evitar la burla del significado de seguridad y garantía de dicho principio, burla que tendría lugar si la ley penal previa se limitase a utilizar *cláusulas generales* absolutamente indeterminadas.¹² El «mandato de determinación» se concreta en la teoría del delito a través de la **exigencia de tipicidad** del hecho, y en la teoría de la determinación de la pena obliga a un cierto **legalismo** que limite el por otra parte necesario *arbitrio judicial*.

El «mandato de determinación» plantea especiales problemas en relación con **17 las medidas de seguridad**, puesto que es difícil delimitar con una precisión suficiente el presupuesto de la peligrosidad del sujeto y la duración y características concretas de las propias medidas. De ahí que convenga, por una parte, exigir la comisión de un delito previo que demuestre la peligrosidad (**exclusión de las medidas predelictuales**) y, por otra parte, señalar **límites máximos** a la duración de las medidas. De otro modo se hacen intolerables en un Estado de Derecho.¹³

3. El principio de legalidad en el Derecho español

BIBLIOGRAFÍA

- Arroyo*, Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal, en Rev. esp. der. const., 1983, pp. 9 ss.; *Baldó*, La construcción de la teoría del delito y el desarrollo continuador del Derecho, ADPCP 1986, *Boix Riera*, El principio de legalidad en la Constitución, en el libro colec. Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal (Univ. Deusto) 1987, pp. 52 ss.; *Bustos*, Las fuentes del Derecho y el principio de legalidad sancionatoria, en el libro colec. Las fuentes del Derecho (Univ. Barcelona) 1983, pp. 99 ss.; *Cobo del Rosal/Boix Riera*, en Comentarios a la legislación penal, dirigi. por Cobo del Rosal, I, 1982, pp. 192 ss.; *Górriz*, Principio de legalidad penal y Constitución, en *Zeitschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 79 ss.; *García Valdés*, Comentarios a la legislación penitenciaria, 1982; *Giménez*, Constitución y Derecho penal, en La Constitución española. Un análisis comparado, Roma 1981; *Giménez Sastre*, en Comentarios a la legislación penal, dirigi. por Cobo del Rosal, I, 1982, pp. 135 ss.; *Huerta Trujillo*, El derecho fundamental a la legalidad penal, en Revista española de Derecho constitucional, nº 39 (1993), pp. 81 ss.; *la misma*, El principio de legalidad, en *Actas de las V Jornadas de la Asociación de Territorios del TC*, 2000, pp. 11 ss.; *Madrid Cereza*, La legalidad del delito, 1983; *Lamare*, Legalidad penal y reserva de leyes en la Constitución española, en RED, 1987; *Mir Puig*, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2ª ed., 1982 (=el mismo, El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho, 1994, pp. 29 ss.); *el mismo*, Sobre la irretroactividad de las normas procesales y el sujeto pasivo del delito de bigamia, en La Ley, 17 julio 1986, pp. 1 ss.; *Mestre*, El Derecho penal de la unidad europea, en Libro-Homenaje al Prof. Bernstam, 1989, pp. 575 ss.; *Muñiz Vega*, Los bandos militares en el Derecho vigente, ADPCP 1987, pp. 191 ss.; *Octavio de Toledo*, Sobre el concepto de Derecho penal, 1981; *Peces Barba/Prieto Sánchez*, La Constitución española de 1978, 1981; *Pérez Manzanao*, La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem, 2002; *Rodríguez Devesa*, Una versión aberrante de las fuentes del Derecho penal, en Estudios jurídicos en honor del Prof. O. Pérez-Vitoria, 1985, pp. 835 ss.; *Rodríguez Mourillo*, Principio de legalidad, en NEJ, XIV, 1971; *Rodríguez*

12. Vid. las obras de Class, Engisch, Lemmel y Woessner cit. en la bibliografía. Ver también STS 21 oct. 97 y SSTC 116/1993, 142/1999, 127/2001.

13. Cfr. por todos Jorge Barreiro, Medidas, pp. 135 ss.; Terradillos, Peligrosidad, pp. 181 ss.; Muñoz Conde, Derecho penal y control social, p. 54; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., pp. 432 s. (Vid. también art. 6 CP).

Ramos, Reserva de ley orgánica para las normas penales, en Comentarios a la legislación penal, dirigi. por Cobo del Rosal, I, 1982, pp. 299 ss.; Serrano Alberca, Comentarios al art. 25 de la Constitución, en Garrido Falla y otros, Comentarios a la Constitución, 1980; Vives Antón, un Comentario a la legislación penal, dirigi. por Cobo del Rosal, I, 1982, pp. 14 ss.

18 El principio de legalidad de la ley penal se halla regulado en la Constitución y en el Código penal.

19 A) La Constitución se refiere expresamente al principio de legalidad del Derecho penal en su art. 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». Pero este precepto no recoge todas las exigencias del principio de legalidad, sino sólo la garantía *criminal* y la exigencia de *irretroactividad* de las leyes que establecen delitos o faltas. La garantía *penal* —única que impide la agravación de la pena con posterioridad a la comisión del delito— resulta comprendida en la prohibición general de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas que establece el art. 9, 3 Const. Pero ni el art. 25, 1 ni el 9, 3 Const. precisan el rango que debe tener la ley anterior, ni expresan las garantías penal, judicial y de ejecución, así como tampoco aluden al «mandato de determinación». ¹⁴ Por último, al menos literalmente, quedan fuera del art. 25, 1, las medidas de seguridad. ¹⁵

20 a) En cuanto al **rango de la norma anterior**, no puede considerarse determinado por el término «legislación vigente», que es genérico y comprende al conjunto de todas las normas estatales. Que «legislación» no puede interpretarse en el sentido estricto de «leyes» aprobadas por el Parlamento se deduce no sólo del uso genérico que es corriente en aquel término, sino también del contexto del art. 25, que incluye a las infracciones administrativas: no cabe pensar que se excluya la posibilidad, ampliamente existente en nuestro Derecho, de establecer infracciones y sanciones administrativas mediante disposiciones emanadas del Poder Ejecutivo. ¹⁶

21 La discusión parlamentaria del art. 25 Const., confirma esta interpretación. En el Senado se aprobó una enmienda socialista que requería que el delito, falta o sanción administrativa se hallasen previstos por la «ley vigente». No obstante, la Comisión Mixta rechazó la enmienda

14. Cfr. Luzón, Curso, p. 181. Sin embargo, el TC ha proclamado esta última exigencia de determinación: cfr. p. ej. las SSTC 12 dic. 86 y sobre todo 21 jul. 87. También SSTC 142/1999, de 22 jul., 199/1999, de 27 jul., y 127/2001, de 4 jun.

15. Sin embargo, algún autor considera que las medidas de seguridad tienen un contenido material privativo de derechos que permite ver su imposición como una «condena»: así Vives, Presupuestos, p. 261. Ello conduciría a afirmar la inconstitucionalidad de las medidas predictales, por no exigir un delito, falta o infracción administrativa, como requiere el art. 25, 1 Const. Vid. supra, Icción 1, IV 2. Incluye también las medidas de seguridad en el art. 25, 1 Const. Bustos/Hormazabal, PG, p. 85.

16. Cfr. Cobo/Vives, PG, 3ª ed., pp. 75 ss.; Cobo/Boix, en Cobo (dir.), Comentarios, I, p. 47. Entiende, en cambio, «legislación» como «ley en sentido amplio» (permitiendo la ley penal en blanco, el decreto ley y la legislación delegada) Bustos, Fuentes, pp. 105, 112.

y adoptó la fórmula actual («legislación vigente»), a conciencia, pues, de que no coincidía con la de «ley vigente».¹⁷

22 Sin embargo, puede entenderse que el art. 81 de la Constitución viene a asegurar el rango de «**ley orgánica**» —y no sólo de ley formal— para el establecimiento de, por lo menos, la mayoría de penas. El art. 81 no se refiere expresamente al Derecho penal, pero alcanza a éste su declaración de que «son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas...». ¹⁸ Según el art. 81, II, «la aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto».

23 Los «derechos fundamentales y libertades públicas» a que se refiere el art. 81 son los previstos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, como indica la rúbrica literalmente coincidente de dicha Sección. ¹⁹ El Derecho penal afecta casi siempre a tales derechos y libertades en forma directa. Ello es evidente cuando se trata de **penas o medidas de seguridad privativas de libertad** (que afectan al derecho de la libertad: art. 17 de la Const.). ²⁰

24 También debe admitirse respecto a las **penas de multa**, pues aunque la propiedad no cuenta entre los mismos, ²¹ el impago de la multa lleva acarreado un arresto sustitutorio privativo de libertad. ²² Del mismo modo, la pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos limita directamente el derecho fundamental a la libre elección de residencia y circulación dentro del territorio nacional (art. 19, 1 Const.). La **pena de inhabilitación especial para derecho de sufragio pasivo**, así como la de **inhabilitación absoluta**, que implica a aquélla, afectan al derecho (también incluido entre los fundamentales de la Sección 1ª, art. 23, 1 Const.) a participar en la vida pública. Igualmente puede entenderse que limitan el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23, II Const.) las **penas de inhabilitación y suspensión para cargos públicos**.

17. Cfr. Cobo/Boix, op. cit., p. 196; Muñoz Conde, Adiciones, p. 181; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., pp. 107 ss. Arroyo, Principio de legalidad, pp. 24 ss., entiende, sin embargo, que el término «legislación», en sí mismo amplio, puede y debe concretarse poniéndolo en relación con la exigencia de ley orgánica del art. 81 de la Const. La STC 23 febr. 84 (n.º 25) declara que «la legislación» en materia penal o punitiva se traduce en la «reserva absoluta —de ley— pero no argumenta por qué ello sucede en materia penal, aunque si sólo tiene lugar en esta materia no parece que se base en la sola palabra «legislación».

18. Aunque ello se ha discutido, las leyes penales afectan al «desarrollo» de derechos por el solo hecho de limitarlos: así Arroyo, op. cit., pp. 28 ss. En el mismo sentido, con toda claridad, las SSTC 11 nov. 86, 12 dic. 86 y 16 dic. 86, que declaran la inconstitucionalidad del art. 7, 1, de la Ley de Control de Cambios de 10 dic. 79 porque prevía penas privativas de libertad.

19. Cfr. con más argumentos Peces Barba/Prieto Sanchez, Constitución española, p. 1129.

20. Ver en este sentido expresamente las SSTC 11 nov., 12 dic. y 16 dic. 86.

21. El derecho a la propiedad no se halla previsto en la Sec. 1ª, sino en la Sec. 2ª del Cap. II del Tit. I de la Const. (art. 33).

22. Sostiene lo contrario Cerezo, PG, I, pp. 152 s. Si lo acepta Boix, Principio de legalidad, pp. 63 y 67. Sin embargo, la STC 13 febr. 87 denegó el amparo por imposición de una multa prevista por una ley no orgánica (la de Control de Cambios de 10 dic. 79). Ello, referido al caso concreto de una multa ya impuesta, es diferente de la cuestión de si una nueva ley no orgánica puede prever con carácter general multas con la posibilidad de arresto sustitutorio. Ver también la STC 14 jul. 87.

25 Se ha sostenido que la exigencia de ley orgánica que se desprende del art. 81, Const. no alcanza sólo a los casos enunciados, sino a *toda* ley penal, cualquiera que sea la clase de pena que establezca, por entender que en cualquier caso afectaría en general al honor del condenado.²³ Ciertamente el honor constituye un derecho fundamental de la Sección 1ª del Cap. 2º del Título I de la Constitución, pero es discutible que toda pena deba concebirse como un ataque al honor del penado. Estimo preferible probar para cada clase de pena si afecta a algún derecho fundamental específico.²⁴ Es dudoso que ello pueda afirmarse de las penas de **inhabilitación especial** para profesión u oficio, de **privación de derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotor y de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, así como del comiso**. Más evidente es que las **medidas de seguridad** no implican ningún ataque al honor, por lo que habrá que comprobar para cada una de ellas si afectan directamente a algún derecho fundamental cuya regulación requiera ley orgánica.

26 Las penas o medidas de seguridad que no limiten derechos fundamentales de aquella clase deberán ser establecidas por una «**ley**» en sentido estricto, aunque ordinaria, si afecta a algún otro derecho del Capítulo 2º del Título I de la Constitución. Así lo impone el artículo 53, I Const.²⁵ Estas materias pueden ser objeto de **delegación legislativa** según el art. 82 Const., a diferencia de lo que ocurre con las penas y medidas que requieren una ley orgánica (así lo impide el propio art. 82, I, Const.). En cambio ni una ni otra clase de materias pueden ser reguladas por **Decreto-ley**, que no se permite para ningún derecho del Título I (art. 86 Const.).²⁶

27 No pueden crear Derecho penal las **leyes de las Comunidades Autónomas**, por que el Derecho penal es competencia exclusiva del Estado (art. 149, I, 6º Const.).²⁷

28 Es discutible la constitucionalidad de las **leyes penales en blanco** que remiten a normas de rango inferior.²⁸ Inadmisible desde el punto de vista constitucional

23. Así Cobo/Vives, PG (ed. 1984), p. 75. También, con más argumentos, Boix, Principio de legalidad, pp. 94 ss.; Carbonell, Justificación, p. 112; Arroyo, Principio de legalidad, pp. 26 ss. También exigen ley orgánica con carácter general: Muñoz Conde, Adiciones T. p. 139; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., pp. 109 ss.; Octavio de Toledo, Concepto, p. 318 nota 917; Rodríguez Ramos, Comentarios I, pp. 299 ss.; Gimbernat, Constitución, p. 93. Por el contrario, Rodríguez Devesa, PG p. 171 y en Homenaje a Pérez-Vitoria, pp. 856 ss., rechaza con carácter general la necesidad de ley orgánica.

24. Esta es la vía seguida por el TC: S. 15 febr. 87. A favor también Luzón, Curso, pp. 140 s. En orden a la cuestión aquí contemplada de la necesidad o no de ley orgánica, es irrelevante, en cambio, que el bien jurídico protegido por la ley penal se halle o no constituido por un derecho fundamental de la Sec. 1ª del Cap. 2º del Título I de la Const. (contra lo que opinan Cerezo, PG, I, p. 152, y Luzón, Curso, p. 141), pues la ley penal no limita tales bienes jurídicos, ni regula o modifica las condiciones de su existencia, sino que únicamente los tutela.

25. Ver la STC 12 dic. 86, que declara que tanto el art. 53, I, como el art. 17, I Const. «llevan a concluir que en materia penal y punitiva existe una reserva absoluta de Ley».

26. Cfr. por todos Gimbernat, Introducción, p. 23.

27. Cfr. Landrove, Introducción, p. 89; Silva, La Ley, 2 marzo 93, pp. 1 ss., admitiendo, sin embargo, que normas autonómicas puedan afectar indirectamente al contenido de las leyes penales en blanco o que contengan elementos normativos jurídicos del tipo definidos fuera de la ley penal (pp. 6 ss.), y que puedan crear causas de justificación (pp. 8 s.).

28. En contra de su constitucionalidad Cobo/Boix, en Cobo (dir.), Comentarios, I, pp. 199 s. A favor, Cerezo, PG, I, p. 156; SSTC 122/1987 y 127/1990, 62/1994, bajo ciertos requisitos. La admite, pero

es esta técnica de la ley penal en blanco cuando la ley penal renuncia por completo a limitar de algún modo la remisión.²⁹ Ello ocurre en el caso del art. 63 CP Militar, que castiga toda desobediencia o incumplimiento de los **bandos militares** dictados por las autoridades militares en tiempo de guerra o estado de sitio, aunque sea con la exigencia de que se produzcan «de conformidad con las leyes y la Constitución».³⁰ Esta última salvedad no puede querer expresar la imposibilidad de que los bandos contengan prohibiciones distintas a las amparadas por ley orgánica, pues ello haría inútiles los bandos militares.

b) La **garantía jurisdiccional** puede verse en parte tutelada en el art. 24, II Const.: «todos tienen derecho al *Juez ordinario predeterminado por la ley*, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia». Aunque no se exige que todos estos extremos no subrayados se regulen por una ley, deberán serlo —como también la determinación del juez— por una **ley orgánica**, por tratarse de derechos fundamentales de la Sección 1ª, Cap. 2º, Título I.³¹

c) La **garantía de ejecución** se especifica sólo respecto al cumplimiento de las penas privativas de libertad, y en forma algo indirecta, por el art. 25, 2 Const. Sin embargo, se ha afirmado que, afectando la privación de libertad a un derecho fundamental de la Sección 1ª, Cap. 2º, Título I, la ejecución de las penas o medidas que la comporten debe efectuarse por **ley orgánica** según el art. 81 Const.³²

B) El **Código penal** proclama el principio de legalidad a través de varios preceptos:

a) En el art. 1 se formula la **garantía criminal**: «1. No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración. — 2. Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley».

b) El art. 2 CP confirma la **garantía penal**: «1. No será castigado ningún delito o falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán,

sería la tensión en que se hallan con el principio de legalidad, Prats Canut, en Quintero/Morales/Prats, PG, p. 37.

29. Así Bajo, en Cobo (dir.), Comentarios, IV, p. 51. El TC exige que la ley penal contenga el núcleo esencial de la prohibición y que se satisfaga la exigencia de certeza (mandato de determinación): STC 127/1990, de 5 julio y STC 62/1994, de 28 febrero, así también STS 18 marzo 1997. De acuerdo, pero subrayando que la técnica de la ley penal en blanco sólo es admisible en caso de absoluta necesidad, Luzón, Curso, pp. 150 ss.

30. Cfr. Muñoz Vega, ADPCP 1987, pp. 197 ss.

31. Respecto a la determinación del juez cfr. Gimeno Sendra, op. cit., pp. 158 ss.

32. Así García Valdés, Comentarios, p. 18.

igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad». También se precisa aquí el **principio de irretroactividad**. El n° 2 del mismo artículo consagra, a su vez, la *excepción* del principio: «No obstante, tendrán **efecto retroactivo** aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo la condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo».³³

34 El art. 2, 2 CP no puede considerarse contrario a la prohibición de retroactividad de las leyes penales formulada por el art. 25 de la Constitución. Por de pronto, este precepto sólo prohíbe castigar un hecho que no constituyera *delito* en el momento de producirse, por lo que no se refiere a la posibilidad de que con posterioridad se aumente o disminuya la pena del delito anterior. Tampoco se opone a que en virtud de una ley posterior se deje sin castigo al que realizó un hecho que constituía delito en el momento de su realización. Por otra parte, el art. 2, 2 CP tampoco vulnera el art. 9, 3° Const., que prohíbe sólo la retroactividad de las leyes sancionadoras no favorables.³⁴

35 La **retroactividad** de las leyes penales más favorables plantea varias cuestiones. No son «**leyes penales**» las normas reguladoras de la **responsabilidad civil**, de naturaleza civil. Problemas especiales suscitan las **leyes procesales penales**, que siguen el principio «*tempus regit actum*» (los actos procesales se rigen por las normas vigentes en el momento en que deben producirse tales actos: art. 2, 3 CC). Ello puede suponer una aplicación «retroactiva» en el sentido de que, si se modifica alguna ley procesal penal con posterioridad a la comisión del delito que ha de enjuiciarse, en principio deberá aplicarse la nueva normativa (la que rige al tiempo de los actos procesales a realizar). Pero ello ha de encontrar el límite de que las **normas procesales que restrinjan el contenido de derechos y garantías** del ciudadano no pueden ser retroactivas. Éste es el caso de las reformas que alarguen los plazos de la **prisión preventiva**, institución procesal que, no obstante, afecta al derecho a la libertad.³⁵

36 ¿Alcanza la retroactividad a la **ley intermedia más favorable**? Concorre una ley intermedia más favorable cuando, además de la ley que regía en el momento del hecho y la que está en vigor al tiempo de su enjuiciamiento, existe otra ley —u otras leyes— que rigió entre ambas y que es más favorable que las otras dos. La opinión dominante admite la retroactividad de esta clase de leyes.³⁶ Éstas crean durante su vigencia unas expectativas de impunidad o trato más favorable cuya

33. Según el TC, la retroactividad de la ley penal más favorable supone la aplicación íntegra de la ley más beneficiosa, incluidos aquellos aspectos concretos que puedan resultar perjudiciales (STC 75/2002).

34. Cfr. Cobo/Boix, op. cit., p. 205; Cerezo, PG, I, p. 177.

35. Cfr. Mir Puig, La Ley, 17 julio 1986, pp. 1 ss.; Cobo/Vives, PG, pp. 187 ss.; Rodríguez Ramos, La Ley, 1987-2, pp. 1078 ss.; Luzón, Curso, p. 193. Vid. la STC 32/1987, de 12 marzo, en CPC n° 35 (1988), pp. 529 ss. El TS ha declarado que el principio de retroactividad no es aplicable a cambios jurisprudenciales más beneficiosos para el reo: STS 3-abr. 2002.

36. Cfr., por todos, Luzón, Curso, p. 188.

frustración mediante la aplicación de una ley posterior más desfavorable afectaría a la *seguridad jurídica*. Así, por ejemplo, el que ya no podía ser perseguido por un hecho que dejó de ser delito, se vería sorprendido en sus expectativas si se le volviese a perseguir en base a una ley posterior. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, si el sujeto hubiera sido juzgado durante la vigencia de la ley intermedia, habría sido objeto del trato más favorable de ésta y ya no podría empeorar su situación por una ley posterior. ¿Por qué el sujeto que es juzgado después —tal vez no por su culpa— ha de ser de peor condición que el que fue enjuiciado antes bajo la ley más favorable?

37 Se discute en la doctrina si el régimen general de retroactividad de las leyes penales más favorables debe mantenerse o no cuando ello determine la inaplicación de una **ley temporal más severa**.³⁷ Son leyes temporales las dictadas por un plazo previamente determinado, y se llaman «**de excepción**» cuando obedecen a circunstancias excepcionales (guerra, desórdenes interiores, catástrofes), cuya duración se calcula limitada. Como tales leyes pueden ser de breve vigencia, la aplicación retroactiva de la norma posterior —normalmente el régimen ordinario más favorable— comprometería la eficacia preventivo-general de aquéllas, que apenas habría tiempo de aplicar (calcúlese el tiempo necesario para averiguar los hechos, descubrir a los culpables, llevar a término las actuaciones procesales conducentes a la sentencia y cumplir la condena —pues hasta su término opera la retroactividad—). Por otra parte, el transcurso del plazo de vigencia de las leyes temporales, previamente fijado, *no supone necesariamente un cambio de criterio* que haga aparecer como inadecuadas ya las penas señaladas por dichas leyes para quienes las infringieron durante su vigencia. En tales casos puede resultar preferible negar la retroactividad de la legislación ordinaria posterior. El último inciso del art. 2, 2 CP ha venido a acoger este criterio: «Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario».

c) La **garantía jurisdiccional** se halla recogida por el art. 3, 1 CP: «No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales.» El art. 1 LECr declara: «No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente».

d) El art. 3, 2 CP se refiere a la **garantía de ejecución** al establecer que «tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por

37. Vid. Silva, Legislación, pp. 442 ss.

la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes».

4. La prohibición de analogía

40 Un aspecto particular del principio de legalidad que merece atención especial es la **prohibición de la analogía contra reo**. Frente a ésta, siempre se considera lícita aquella aplicación de la ley penal que no desborda los límites que permiten su interpretación. La **diferencia entre interpretación** (siempre permitida si es razonable y compatible con los valores constitucionales) y **analogía** (prohibida si perjudica al reo) es la siguiente: mientras que la interpretación es búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su «sentido literal posible», la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero *análogo* a otros sí comprendidos en el texto legal.³⁸

41

Ejemplo: El art. 23 CP considera circunstancia que puede agravar o atenuar la pena ser el agravado ascendiente por naturaleza, por adopción o afinidad. Sería una aplicación de este precepto por analogía —prohibida por ser contra reo— extenderlo al que matare a quien le ha acogido en su casa desde pequeño como a un hijo. Existe aquí analogía, que desborda el marco de la interpretación porque la mencionada relación no tiene cabida en ninguno de los sentidos literales posibles de la expresión «ascendiente por naturaleza, por adopción o afinidad». En cambio, basta la interpretación del término «descendiente» que emplea el mismo art. 23 CP para incluir en él al que mata a su nieto, porque éste es uno de los sentidos posibles de aquel término.

42

La **interpretación** es lícita aunque resulte **extensiva** de delitos o penas³⁹ —salvo que se aparte de los modelos de interpretación aceptados o de las pautas valorativas constitucionales, en cuyo caso el Tribunal Constitucional la rechaza (así SSTC 142/1999, 127/2001, entre otras). Con esta salvedad, la interpretación extensiva

38. Cfr. en este sentido Larenz, Metodología de la Ciencia del Derecho, trad. de la 4ª ed. alemana por Rodríguez Moliner, 1994, pp. 518, 541; Bydliński, Juristische Methodlehre, pp. 467 ss., considerando que el criterio del «sentido literal posible» es el manejado por la doc. dom. En el texto nos referimos a la *analogía legis*. La *analogía iuris* se diferencia de ella en que no es aplicación de un solo precepto determinado, sino del principio que inspira a un conjunto de preceptos, cada uno de los cuales se refiere a casos ni siquiera análogos al enjuiciado, pero cuyo ratio común alcanza al mismo: cfr. Larenz, op. cit., pp. 377 ss. En Derecho penal ambas clases de analogía deben tratarse del mismo modo, esto es, según sean favorables o contrarias al reo. Lo mismo vale también para la «reducción teleológica», que supone la no aplicación de un precepto a casos que integran su esfera nuclear de significado pero que son análogos a otros no comprendidos en ella y, como éstos, ajenos a la ratio legis: cfr. Larenz, op. cit., pp. 385 ss.; Baldó, ADPCP 1996.

39. De acuerdo Baldó, ADPCP 1996. En contra, en cambio, de la admisibilidad de la interpretación extensiva, que no ve posible diferenciar estructuralmente de la analogía, Bacigalupo, Anuario de derechos humanos, 2 (1983), pp. 28 ss.

no sobrepasa el límite de garantía representado por la letra de la ley, porque toda interpretación admisible se mueve dentro de este límite (el «sentido literal posible»). En cambio, como la analogía traspasa esta frontera no será admisible si perjudica al reo (**analogía in malam partem**). Cuando favorezca al reo (**analogía in bonam partem**) no chocará, en cambio, con el sentido de límite garantizador que posee el texto legal: dicho límite sólo persigue garantizar al ciudadano que no podrá verse afectado por una pena que no se halle prevista por la letra de la ley, y no que no pueda ser castigado menos o incluso eximido de pena si no lo prevé literalmente la ley. Siendo así, parece lógico admitir la aplicación de un beneficio legal para el reo cuando su situación sea análoga a la que motiva dicho beneficio.

43

Así lo entiende la doctrina alemana y un sector de la española.⁴⁰ En contra, se ha alegado el tenor del art. 2, II del anterior CP (coincidente en este punto con el actual art. 4, 3 CP) como contrario a la analogía in bonam partem, en cuanto obliga al Tribunal a una «aplicación rigurosa de las disposiciones de la ley», aunque ello perjudique al reo excesivamente a juicio de aquél.⁴¹ Sin embargo, también la analogía es una forma de «aplicación» de la ley, puesto que la interpretación no es más que una de sus formas, junto a la analogía. Nada impide, pues, una «aplicación analógica rigurosa» (es decir, cuidadosa y no a la ligera).⁴² El Proyecto de CP 1980 y el Anteproyecto CP 1983 admitieron expresamente la analogía in bonam partem, pese a mantener el texto del actual art. 4, 3. El actual CP ha renunciado a formular dicha admisión, pero no se opone expresamente a ella. Cuando el art. 4, 1 CP declara que «las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas», puede interpretarse en el sentido de que se refiere a las «leyes penales» en sentido estricto, esto es: solamente las leyes que imponen penas o las agravan. En el mismo sentido puede interpretarse la fórmula parecida que emplea el art. 4, 2 Cód. civil, que no pretende modificar el sentido del principio de legalidad penal, sino constituir sólo una normal consecuencia del mismo (así se manifiesta la Exposición de Motivos de la reforma que introdujo dicho precepto).⁴³

III. Límites del Jus Puniendi en un Estado social

1. El principio de utilidad de la intervención penal

Si el Derecho penal de un Estado social se legitima sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser

40. Así Antón, PG p. 102 ss.; Muñoz Conde, Introducción, pp. 151 ss.; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., p. 115; Cerezo, PG, I, pp. 172 ss.; Luzón, Curso, p. 137; Baldó, ADPCP 1996. En contra la jurisprudencia tradicional del TS, aunque recientemente se manifiestan a favor algunas sentencias, como STS 30 abr. 90 y 12 jun. 90, 12 febr. 92, 13 nov. 92. El TC sólo considera prohibida por el principio de legalidad la analogía in malam partem; así SSTC 142/1999, 127/2001. Entre los autores contrarios cfr. Cobo/Boix, op. cit., pp. 202 ss.

41. Cfr. en este sentido, Córdoba, Comentarios, I, pp. 58 ss. Le sigue Landrove, Introducción, pp. 105 ss., aunque reconoce que la analogía in bonam partem es vista con simpatía por la moderna doctrina española (p. 104).

42. Vid., ampliamente, Mir Puig, introducción, pp. 319 ss. En el mismo sentido, Baldó, ADPCP 1996.

43. Cfr. Mir Puig, Introducción, p. 323.

incapaz de servir para evitar delitos. El **principio de necesidad** conduce, pues, a la **exigencia de utilidad**. Esto plantea por de pronto la cuestión de si realmente el Derecho penal sirve para evitar delitos.

45 En contra de la **eficacia de la pena** podrían alegarse los elevados porcentajes de *reincidencia* pese al cumplimiento de una pena anterior.⁴⁴ Puede aducirse, además, que en los *delitos pasionales*,⁴⁵ o de *terrorismo*, a menudo los más graves, el *contraefinulo* de la pena juega un papel de muy dudosa relevancia. Sin embargo, la eficacia de la pena no debe medirse sobre la base de los que ya han delinquido. Precisamente en éstos el hecho de haber delinquido demuestra inevitablemente que para ellos la pena ha resultado ineficaz. La eficacia de la pena no puede valorarse por esos fracasos, sino por sus posibles éxitos, y éstos han de buscarse entre los que *no han delinquido* y *acaso lo hubieran hecho* de no concurrir la amenaza de la pena.⁴⁶ Existen ciertas **experiencias históricas y presentes** que ponen de manifiesto un aumento de la delincuencia cuando disminuye de forma sensible la intervención del Derecho penal: momentos de caos político, en que el Estado pierde el control del orden público, guerras, revoluciones, situaciones en que el Estado garantiza la impunidad de ciertos delitos —como sucedió en la Alemania nacionalsocialista y como sucede en las «policías paralelas».⁴⁷

46 Sin embargo, cuando se demuestre que una determinada reacción penal es **inútil** para cumplir su objetivo protector, deberá desaparecer, aunque sea para dejar lugar a otra reacción penal más leve. Así, por ejemplo, estudios importantes han demostrado que la supresión de la pena de muerte no ha determinado un aumento en los delitos a que se señalaba; ello confirma que debe bastar una pena inferior. Como ya señalaba Beccaria, con frecuencia más importante que la *gravedad* del castigo es la *seguridad* de que se impondrá *alguna* pena.⁴⁸

2. Principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal

47 El Derecho penal deja de ser necesario para proteger a la Sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales. Se trata de una exigencia de economía social

44. Vid. Mir Puig, La reincidencia en el CP, 1974, pp. 11 ss. Pese a que no toda repetición delictiva da lugar a una agravación formal por reincidencia, los índices de apreciación de ésta entre los penados a privación de libertad se situaban, cuando efectuó la investigación citada, alrededor del 60%. Las cifras que ofrece García Valdés, Hombres y cárceles, 1974, p. 37, son aún más elevadas: un 70%.

45. Cfr. Roxin, Sentido, p. 18.

46. En este sentido, Anón Oruea, PG, p. 31; Lyons, Ética y Derecho, p. 159.

47. Sobre esto, más ampliamente, Mir Puig, RJCat 1981, p. 188.

48. Recoge investigaciones americanas en este sentido Pagliaro, RJCat 1981, pp. 447 ss.

coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social.⁴⁹ El principio de la «máxima utilidad posible» para las posibles víctimas debe combinarse con el de «mínimo sufrimiento necesario» para los delincuentes. Ello conduce a una fundamentación utilitarista del Derecho penal no tendente a la mayor prevención posible, sino al mínimo de prevención imprescindible.⁵⁰ Entra en juego así el «**principio de subsidiariedad**», según el cual el Derecho penal ha de ser la **última ratio**, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. El llamado «**carácter fragmentario del Derecho penal**» constituye una exigencia relacionada con la anterior. Ambos postulados integran el llamado «**principio de intervención mínima**».⁵¹

A) Para proteger los intereses sociales el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho penal antes de acudir a éste, que en este sentido debe constituir un arma **subsidiaria**, una **última ratio**.⁵² Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada *Política social*.⁵³ Seguirán a continuación las *sanciones no penales*: así, civiles (por ejemplo: impugnabilidad y nulidad de negocios jurídicos, repetición por enriquecimiento injusto, reparación de daños y perjuicios) y administrativas (multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones, etc.). Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad. Importa destacarlo especialmente frente a la tendencia que el Estado social tiene a una excesiva intervención y a una fácil «huida al Derecho penal».⁵⁴ Pero también el Estado social puede conseguirlo si hace uso de sus numerosas posibilidades de intervención distintas a la prohibición bajo sanción —técnica ésta característica del Estado liberal clásico!

B) Un segundo principio derivado de la limitación del Derecho penal a lo estrictamente necesario, es el postulado del «**carácter fragmentario del Derecho penal**». Significa que el Derecho penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las *modalidades de ataque más peligrosas* para ellos. Así, no todos los ataques a la propiedad constituyen delito, sino sólo

49. Según el TC (siguiendo a la jurisprudencia constitucional alemana), esta exigencia se deriva del principio de proporcionalidad en sentido amplio, que hará *inconstitucional* aquella pena o medida que no resulte necesaria. Así, recogiendo la jurisprudencia constitucional, STC 136/1999, de 20 julio (caso mesa de I Herri Batasuna).

50. Cfr. Ferrajoli, Poder y control, 1986, pp. 33 ss., que postula por esta vía un «Derecho penal mínimo». Le sigue Morales, en Quintano/Morales/Prats, PG, pp. 92 ss.

51. Cfr. Muñoz Conde, Introducción, pp. 59 ss.; Mir Puig, Principio de intervención mínima cit., pp. 151 ss.; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., pp. 79 ss.; STS 16 feb. 1996.

52. Cfr. Roxin, Sentido, pp. 21 s.; el mismo, AT, § 2/58; Arthur Kaufmann, Henkel-Festschrift, p. 89; Maurach, Tratado I, pp. 30 ss.

53. Así ya von Liszt, Aufsätze, II, p. 83. Más recientemente, Calliess, Theorie, pp. 128 ss.

54. Cfr. Roxin, Franz v. Liszt cit., pp. 77 ss.

ciertas modalidades especialmente peligrosas, como el apoderamiento subrepticio, violento o fraudulento. Binding habló por vez primera del carácter fragmentario del Derecho penal como un defecto a superar completando la protección de los bienes jurídicos.⁵⁵ En nuestros días, en cambio, el carácter fragmentario se regula como un postulado positivo del Derecho penal.⁵⁶ El giro operado guarda relación con el paso de una concepción retribucionista a otra basada en una estricta necesidad de la prevención (cfr. *supra*, Lección III, IV 2).

3. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

BIBLIOGRAFÍA

Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; *Argenti*, Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico, 1983; *Rustow*, Política criminal e injusto, en *Rev. int. droit pén.*, 1978 (=el mismo, *Bases críticas de un nuevo Derecho penal*, 1982, pp. 65 ss.); *el mismo*, Control social y sistema penal, 1987, pp. 159 ss., 181 ss.; *Calliess*, Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1974; *Dies*, *Ripollés*, El Derecho penal ante el sexo, 1981; *Gómez Benítez*, Sobre la teoría del «bien jurídico», *Rev. Fac. de Madrid*, n.º 69, pp. 85 ss.; *González Rus*, Bien jurídico y Constitución, 1983; *Hassmer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973; *el mismo*, Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale, en *Die delitti e delle pene*, 1984, pp. 104 ss.; *el mismo*, Grundlinien einer personalen Rechtsgüterlehre, en *Festschrift für Arthur Kaufmann*, 1990, pp. 85 ss.; *Hefendel*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2000; *A. v. Hirsch*, Das Rechtsgüterbegriff und das «darm principles», *GA* 2002, pp. 2 ss.; *Jäger*, Strafgesetzbuch und Rechtsgüterschutz bei Stillekeitsdelikten, 1977; *Lampke*, Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis, en *Festschrift für H. Welzel*, 1974, pp. 151 ss.; *Marek*, M., Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut», 1972; *Mir Puig*, Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del *ius puniendi*, en *Estudios penales y criminológicos*, XIV (1991), pp. 205 ss. (= el mismo, El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho, 1994, pp. 159 ss.); *Mitsig*, Desmaterialización del bien jurídico y de la Política criminal, *RDPCr* n.º 9 (2002), pp. 169 ss.; *Padoa-Schioppa*, La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni, en *Die delitti e delle pene*, 1981, pp. 114 ss.; *Polidoro Nararrie*, El bien jurídico en el Derecho Penal, 1974; *Rudolph*, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgüterbegriffs, en *Festschrift für Honig*, 1970, pp. 151 ss.; *Santana*, Funciones del Derecho penal y bienes jurídico-penales colectivos, en *AP*, n.º 9 de 2001, pp. 141 ss.; *Sax*, Grundsätze der Strafrechtsplege in *Bettendorf/Scheuner*, *Die Grundrechte*, III-2, 1959, 909 ss. y 992 ss.; *Sina*, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut», 1962; *Ternulius*, La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal, en *Rev. Fac. Der. Univ. Compl.*, Madrid, n.º 63, pp. 123 ss.

50 A) El Derecho penal de un Estado social ha de justificarse como sistema de protección de la sociedad. Los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del Derecho se denominan «bienes jurídicos». Se dice, entonces, que el Derecho penal sólo puede proteger «bienes jurídicos». La expresión «bien jurídico» se utiliza en este contexto en su «sentido político-criminal» de objeto que puede reclamar protección jurídico-penal, en contraposición a su «sentido dogmático», que alude a los objetos que de hecho protege el Derecho penal vigente (cfr. sobre este otro sentido *infra*, Lección 6).

55. Cfr. Binding, *Lb. BT*, pp. 20 ss.

56. En este sentido Maiwald, *Maurach-Festschrift*, p. 22; Roxin, *Sentido*, pp. 21 ss.; Jeschek, *Tratado*, p. 73.

Que el Derecho penal sólo deba proteger «bienes jurídicos» no significa que todo «bien jurídico» haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención del Derecho penal. Ambas cosas se opondrían respectivamente, a los principios de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal. El concepto de «bien jurídico» es, pues, más amplio que el de «bien jurídico-penal».

Relacionado con la distinción de Moral y Derecho, el postulado de exclusiva protección de bienes jurídicos implica que no pueden ser amparados por el Derecho penal intereses meramente morales —esto es, *solamente* morales, lo que no impide que los bienes jurídico-penales puedan ser, como de hecho lo son los más importantes, también bienes morales, pero exige que tengan *algo más* que los haga merecedores de protección jurídico-penal—. El problema es determinar con mayor precisión este punto de partida, único modo de que pueda tener alguna utilidad limitadora del *ius puniendi*.

B) El concepto de bien jurídico, que se atribuye a Birnbaum (a mediados del s. XIX) no nació en el sentido político-criminal expresado, sino en el sentido dogmático de objeto de protección elegido por la ley. Las distintas concepciones del bien jurídico que se formularon con posterioridad tampoco lograron ofrecer un límite válido al legislador. Von Liszt ofreció un concepto material de bien jurídico, afirmando que éste encuentra su origen en un interés de la vida, previo al Derecho, que surge de las relaciones sociales; pero admitió que dicho interés vital no se convierte en bien jurídico hasta que es protegido por el Derecho. Es éste quien decide entre los intereses sociales —cuales deben convertirse en bienes jurídicos⁵⁷— También los neokantianos, que constituyeron la doctrina dominante a partir de los años veinte, buscaron una sustancia material del bien jurídico en una realidad previa al Derecho, pero en lugar de verla en el terreno de los intereses sociales, la situaron en el mundo espiritual subjetivo de los valores culturales.⁵⁸ En un principio el concepto de bien jurídico fue rechazado por los penalistas nacionalsocialistas, que lo veían como un límite liberal a superar en un Estado totalitario. Tras un debate sobre el tema, neokantianos y defensores tradicionales del bien jurídico lograron disuadir a los nacionalsocialistas de que dicho concepto supusiera ningún freno individualista.⁵⁹

Sin embargo, una importante dirección acude hoy al concepto de bien jurídico como bandera de una Política criminal «liberal», que fija un límite al Derecho penal.⁶⁰ Comparto la utilidad de contar con un concepto que delimite la frontera mínima de lo que puede ser objeto de protección penal.

Un Estado social y democrático de Derecho sólo deberá amparar como bienes jurídicos condiciones de la vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social. Y para que dichos bienes jurídicos merezcan ser protegidos penalmente y considerarse bienes jurídico-penales, será preciso que tengan una importancia fundamental. Todo ello puede verse como

57. Cfr. von Liszt, *Tratado*, pp. 6 ss.; Sina, *op. cit.*, pp. 46 ss.

58. Vid. Amelung, *op. cit.*, pp. 350 y 367.

59. Vid. Sina, *op. cit.*, pp. 82 ss.

60. Así Jäger, *op. cit.*; Sax, *op. cit.*; Roxin, *Sentido*, p. 23; el mismo, Franz v. Liszt *cit.*, pp. 78 ss., donde señala que el Proyecto Alternativo alemán se afilia a la «concepción liberal» del bien jurídico; Rudolph, *Honig-Festschrift*, pp. 151 ss.; Sina, *op. cit.*, pp. 89 ss.

una exigencia del Estado social y democrático. El Derecho penal de un **Estado social** no ha de ocuparse en respaldar *mandatos puramente formales, valores puramente morales, ni intereses no fundamentales* que no comprometen seriamente el funcionamiento del sistema social.⁶¹ El postulado de que las condiciones sociales a proteger deban servir de base a la posibilidad de participación de *individuos* en el sistema social,⁶² puede fundarse en el **Estado democrático**.

56 «Posibilidad de participación» no se entiende aquí sólo como posibilidad de *incidencia activa* en la vida colectiva, sino también como posibilidad de vivir en sociedad confiando en el *respeto de la propia esfera de libertad particular* por parte de los demás. Para poner un ejemplo extremo: el poder vivir aislado sin necesidad de temer que los demás lo impidan es, según esto, una determinada posibilidad de participación social.

57 También encuentra este último fundamento la exigencia de que sean los propios ciudadanos quienes *decidan* qué objetos reúnen las condiciones requeridas para constituir bienes jurídico-penales. Por último, el **Estado de Derecho**, y el principio de legalidad material que impone, aconsejan que los distintos objetos cuya lesión pueda determinar la intervención penal se concreten en forma bien *diferenciada* en un catálogo de bienes jurídicos *específicos* correspondientes a los distintos tipos de delito, sin que baste una referencia a cláusulas generales como «perturbación del orden social», «perjuicio social», etc.

58 El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos (más concretamente: de bienes jurídico-penales) posee, como se ve, un fundamento plural, que procede de los tres aspectos de la fórmula «Estado social y democrático de Derecho».⁶³

IV. Límites del *Ius Puniendi* en un Estado democrático

59 Si el Estado de Derecho exige el sometimiento de la potestad punitiva al principio de legalidad y en el Estado social dicha potestad sólo se legitima si sirve de eficaz y necesaria protección de la sociedad, un Estado que además pretenda ser democrático tiene que llenar el Derecho penal de un contenido respetuoso de una

61. Sobre la limitación del Derecho penal a los comportamientos gravemente disfuncionales, sobre la base de la metodología de la sociología funcionalista, cfr. Amelung, pp. 358 ss.

62. Así Callies, op. cit., pp. 145 ss.; Mir Puig, Introducción, pp. 175 ss.; Berlugu, Lesiones, pp. 22 ss.; próximo Luzón, Curso, p. 327, acogiendo también la expresión que propongo «bien jurídico-penal» (p. 328). Terradillos, Satisfacción de necesidades, p. 156, concreta las posibilidades de participación en forma de «posibilidades de satisfacción de las necesidades humanas» y de modo que suponga una participación no alienante e igualitaria en la riqueza de la especie.

63. La STC 8 junio 1988 asigna al Derecho penal «la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de Derecho». Cfr. CPC 38 (1989), p. 550. También Roxin, AT, I, § 2/9, fundamenta el concepto político-criminal de bien jurídico en el modelo de Estado que acoge la Constitución, que en Alemania es también social y democrático de Derecho.

imagen del ciudadano como dotado de una serie de derechos derivados de su **dignidad humana, de la igualdad (real)** de los hombres y de su facultad de **participación** en la vida social. Pueden así fundamentarse ciertos principios político-criminales generalmente aceptados en el presente, los cuales pueden y deben aún profundizarse si se quiere ahondar en el camino de un Derecho penal realmente democrático —no sólo de garantías formales, sin duda imprescindibles, sino también al servicio efectivo de todos los ciudadanos—. Veamos, bajo esta luz, los principios de **humanidad, de culpabilidad, de proporcionalidad y de resocialización**.

1. *El principio de humanidad de las penas*

60 Tal vez sea éste el principio que en mayor medida caracteriza el **origen y la evolución** del contenido del sistema penal contemporáneo. Nació éste de la mano de la reivindicación de una humanización del rigor de las penas previstas en el Derecho del Antiguo Régimen. Fue un punto central del programa de la **Ilustración** que concretó especialmente Beccaria en el s. XVIII y que no ha dejado de inspirar la evolución doctrinal posterior y buen número de las reformas penales que se han producido hasta el presente. Se pasó así primero, de un sistema penal que giraba en torno a la pena de muerte y a las penas corporales, a otro cuya espina dorsal han sido las penas privativas de libertad. Las penas corporales desaparecieron primero. La pena de muerte va siendo abolida en los últimos tiempos en muchos países civilizados,⁶⁴ como lo ha sido en España, salvo si la prevén en tiempo de guerra las leyes militares (art. 15 Const.). Mas no se detiene aquí la evolución. En nuestros días se aprecia una importante y progresiva **sustitución de las penas privativas de libertad** por otras penas menos lesivas como la multa o el trabajo en beneficio de la comunidad, y hasta por otras medidas consistentes simplemente en la *suspensión* del cumplimiento de la pena o de su propia imposición, o incluso en la *renuncia* a toda pena. El CP 1995 ha incorporado o ampliado alguno de estos aspectos. En esta línea se inscribe también la tendencia internacional a la **despenalización** de ciertas conductas antes punibles.⁶⁵ También se *atenúa* paulatinamente la gravedad de la pena señalada a los delitos. Hoy se pide que la pena privativa de libertad tenga un *límite máximo* de quince años, aunque se trate de una aspiración no realizada en la mayoría de países. El Derecho vigente no admite la cadena perpetua, ni siquiera para sustituir la pena de muerte, abolida, como se ha dicho ya más arriba por el art. 15 Const. para tiempo de paz.⁶⁶

64. Cfr. García Valiés, No a la pena de muerte, pp. 37 ss.

65. Cfr. por todos la visión general que ofrece Jeschke, Movimiento internacional, pp. 15 ss.

66. Cfr. Mir Puig, R/Cat, 1981, pp. 27 ss.

61 Especial importancia tiene la progresiva humanización que se reclama por la doctrina y se exige por los textos legales para el **cumplimiento de las penas privativas de libertad**. Es éste un postulado más indiscutible que el más problemático, aunque también importante, de la resocialización. En cuanto sean inevitables, las cárceles tienen que garantizar unas condiciones de humanidad mínimas, como lo exigen las condiciones mínimas de la ONU.⁶⁷ Sin embargo, la realidad de la prisión no acaba de adaptarse a estas exigencias.

62 Toda esta evolución perdería sentido en una concepción política en la que el Estado se concibiese como fin en sí mismo y no al servicio de los individuos. Así se explica que las tendencias humanitarias cediesen durante el paréntesis en que, en el siglo XX, imperaron los Estados totalitarios, cuyos Derechos penales acentaron inexorablemente su rigor. Es la dignidad del individuo, como límite material primero a respetar por un Estado democrático, lo que va fijando topes a la dureza de las penas y agudizando la sensibilidad por el daño que causan en quienes las sufren. Aunque al Estado y hasta a la colectividad en general pudieran convenir penas crueles para defenderse, a ello se opone el respeto de la dignidad de todo hombre — también del delincuente —, que debe asegurarse en un Estado *para todos*.

2. El principio de culpabilidad

63 En su **sentido más amplio** el término «culpabilidad» se contraponen al de «inocencia». En este sentido, bajo la expresión «principio de culpabilidad» pueden incluirse diferentes límites del *ius puniendi*, que tienen de común exigir, como presupuesto de la pena, que pueda «culpase» a quien la sufra del hecho que la motiva. Para ello es preciso, en primer lugar, que no se haga responsable al sujeto por delitos ajenos: **principio de personalidad de las penas**. En segundo lugar, no pueden castigarse formas de ser, personalidades, puesto que la responsabilidad de su configuración por parte del sujeto es difícil de determinar, sino sólo conductas, hechos: **principio de responsabilidad por el hecho**, exigencia de un «Derecho penal del hecho». Mas no basta requerir que el hecho sea materialmente causado por el sujeto para que pueda hacérsele responsable de él; es preciso además que el hecho haya sido querido (doloso) o se haya debido a imprudencia: **principio de dolo o culpa**. Por último, para que pueda considerarse culpable del hecho doloso o culposo a su autor ha de poder atribuírsele normalmente a éste, como producto de una motivación racional normal: **principio de imputación personal** (también denominado

67. Cfr. García Valdeés, Comentarios, p. 19.

de culpabilidad en sentido estricto). Ello no sucede cuando el sujeto del delito es inimputable, como lo son, por ejemplo, el menor de edad penal y el enfermo mental.⁶⁸

64 El término «culpabilidad» tiene ciertas resonancias moralizantes, por lo que un sector doctrinal postula su supresión.⁶⁹ Sería preferible un término más neutro como «responsabilidad», como el que acogió la Propuesta Alternativa de Parte General de CP del Grupo Parlamentario Comunista.⁷⁰ Sin embargo, seguimos utilizando aquí la expresión «culpabilidad» porque es la tradicional y existe, por lo demás, amplio acuerdo en que debe entenderse como «**culpabilidad jurídica**», que en absoluto exige la **culpabilidad moral**. Si aparece, en cambio, importante concretar el contenido de dicho principio, determinando qué exigencias implica, pues por sí sola la palabra culpabilidad, no dice nada acerca de cuándo puede culparse a alguien por un delito. Se trata de llenar de contenido el concepto de culpabilidad, diferenciando las distintas exigencias que supone y cuya confusión suscita a menudo graves equívocos en torno a aquel concepto. La culpabilidad no debe ser un oscuro juicio metafísico, sino el resultado de una serie de postulados concretos como los aquí mencionados.

65 Sin embargo, no es conveniente el uso de la palabra «culpabilidad» en el doble sentido en que se emplea por la doctrina. En **sentido amplio** expresa el conjunto de presupuestos que permiten «culpar» a alguien por el evento que motiva la pena: tales presupuestos afectan a todos los requisitos del concepto de delito. En **sentido estricto** se refiere sólo a una parte de tales presupuestos del delito, a saber, a los que condicionan la posibilidad de atribuir un hecho antijurídico a su autor.⁷¹ En esta obra preferiremos evitar esta ambigüedad del término «culpabilidad» y lo usaremos sólo en el sentido amplio que permite su sentido. Este sentido amplio de culpabilidad es oportuno cuando se alude a su significado de límite político-criminal del *ius puniendi*. En cambio, en el contexto de la teoría del delito conviene precisar más para referirse solamente al último de los subprincipios señalados, por lo que en lugar del término «culpabilidad» emplearemos allí la expresión «imputación personal» (cfr. *infra*, lecciones 5 y 20).

66 Todos los principios derivados de la idea general de culpabilidad se fundan en buena parte en la **dignidad humana**, tal como debe entenderse en un Estado democrático respetuoso del individuo. Este Estado tiene que admitir que la dignidad humana exige y ofrece al individuo la posibilidad de evitar la pena comportándose según el Derecho. Ello guarda también relación con una cierta **seguridad jurídica**: el ciudadano ha de poder confiar en que dirigiendo su actuación en el sentido de las normas jurídicas no va a ser castigado. Se opondría a estas ideas poder castigar a alguien inocente, por un hecho de otro o por un hecho no querido ni imprudente.⁷²

68. Incluyen algunos de estos y otros aspectos en el principio de culpabilidad: Hassemer, CPC n.º 18 (1982), pp. 475 ss.; Roxin, CPC n.º 30 (1986), pp. 673 ss.

69. Cfr. p. ej., Gimbernat, Estudios, pp. 105 ss.; Baumann, op. cit., pp. 203 ss., 216 ss.

70. Cfr. Mir Puig/Muñoz Conde, CPC n.º 18 (1982), p. 612. Otros autores proponen otras expresiones sustitutivas, como «imputación individual» (Achenbach), «imputación subjetiva o personal» (Torío), etc. Cfr. *infra*, Lec. 20, nota 43.

71. Cfr. Stratenwerth, Schuldprinzip, p. 40; Baumann, op. cit., pp. 216 s.; Ellscheid/Hassemer, op. cit. También habla del principio de culpabilidad en un sentido político-criminal distinto y más amplio al estrictamente dogmático Quintero Olivares, Introducción, pp. 52 s.

72. Desde una perspectiva contractualista liberal, funda todo el Derecho penal en el consentimiento del delincuente manifestado a través del dolo (o la culpa) Nino, op. cit., pp. 225 ss., 391 ss. Flandaca/Musco,

La exigencia de **igualdad real** de todos los ciudadanos, que también afecta a lo anterior, sirve de base a la prohibición de castigar a un sujeto que no alcanza el nivel de motivabilidad normal previsto por la ley. Nuestro Derecho positivo, como el de la mayoría de países de nuestro ámbito de cultura, acoge todos estos principios, como se verá a lo largo de la teoría del delito.

67 A) El **principio de personalidad** impide castigar a alguien por un hecho ajeno. Hoy nadie admite la **responsabilidad colectiva** que en otro tiempo llevaba a castigar a todos los miembros de una familia o pueblo por el hecho de uno de ellos. Sin embargo, en la actualidad se plantea la cuestión de si deben responder penalmente las **personas jurídicas** y las **empresas** o, alternativamente, los gestores de las mismas por los hechos formalmente realizados por aquéllas. El desarrollo de estas cuestiones corresponde a una lección posterior (cfr. *infra*, Lección 7).

68 B) El **principio de responsabilidad por el hecho**, que exige un «Derecho penal del hecho», se opone a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser. Enlaza este principio con el de legalidad, y su exigencia de «tipicidad» de los delitos: el «mandato de determinación» de la ley penal reclama una descripción diferenciada de cada conducta delictiva. Ello se negó por el «**Derecho penal de autor**» y la teoría de los «tipos de autor» que propusieron los penalistas nacionalsocialistas: en lugar de castigar el homicidio, el hurto, las falsedades, etc. (tipos de conductas), el Derecho penal debía castigar al «homicida», al «ladrón», al «falsificador», etc... (tipos de autor). Adviértase cómo se confirma la vinculación política de cada una de ambas opciones.

69 C) El **principio de dolo o culpa** —tradicionalmente la expresión más clara del principio de culpabilidad— considera insuficiente la producción de un resultado lesivo o la realización objetiva de una conducta nociva para fundar la responsabilidad penal. En el Derecho primitivo (así, especialmente en el germánico) no regía este principio, sino el contrario de la «**responsabilidad objetiva**» o «responsabilidad por el resultado», según el cual bastaba la causación de una lesión para que fuese posible la responsabilidad penal, aunque el autor no hubiese querido dicha lesión ni la misma se debiera a imprudencia. La evolución del Derecho penal ha seguido una línea tendente a la *espiritualización* de la responsabilidad penal,⁷³ que ya se inició en el Derecho romano (no en sus principios) y llega a nuestros días, tras el paréntesis germánico de la Edad Media. Hoy se admite generalmente que la pena del delito doloso (querido) debe ser mayor que la del delito imprudente (culposos).

PG, 3ª ed., pp. 163 s., subrayan que la exigencia de culpabilidad tiene el sentido «liberal-garantístico» de permitir al ciudadano «planificar su propia vida sin incurrir en sanciones penales».

73. Se trata, en otros términos, de una tendencia hacia la «responsabilidad subjetiva», contrapuesta a la «responsabilidad objetiva». Cfr. Luzón, Curso, pp. 87 s.

y que si ni siquiera concurre imprudencia, porque el sujeto actuó con el cuidado que le era exigible, no cabe imponer pena alguna. Sin embargo, los vestigios de la «responsabilidad objetiva» han llegado hasta el presente, y hasta la reforma de 1983 el CP español conocía «**delitos cualificados por el resultado**» que suponían una responsabilidad penal que no requería dolo ni imprudencia, así como algún punto de apoyo para otras manifestaciones del llamado «*versari in re illicita*» —que permitía atribuir penalmente las consecuencias fortuitas de un acto inicial ilícito—. Estos conceptos, así como una fundamentación más precisa de la exigencia de dolo o imprudencia, serán objeto de atención más amplia en el seno de la teoría del delito (cfr. *infra*, Lecciones 10 y 11).

D) El **principio de imputación personal** impide castigar con una pena al autor de un hecho antijurídico que no alcance unas determinadas *condiciones psíquicas* que permitan su acceso normal a la prohibición infringida. Es lo que sucede en el caso de los *inimputables*, ya sea por ser menores de edad penal, ya por causa de enfermedad mental, defecto de inteligencia o percepción, o trastorno mental transitorio.

71 Este principio puede apoyarse por de pronto, en la necesidad de que el hecho punible «pertenezca» a su autor no sólo material y subjetivamente, sino también como producto de una «racionalidad normal» que permita verlo como *obra de un ser suficientemente responsable*. De otro modo, en términos de Hegel, la pena no honraría al hombre como ser racional.⁷⁴ El **principio de igualdad real** de los ciudadanos confirma esta exigencia de imputación personal como presupuesto de la pena. Se opondría a la igualdad imponer una pena, prevista para el que puede ser motivado normalmente por la ley penal, a personas que no gozan de dicha capacidad de motivabilidad normal. Si la llamada de la norma no puede motivarles con la eficacia normalmente prevista a causa de una inferioridad personal o situacional, no es lícito castigarles como si no poseyeran esta inferioridad.⁷⁵

72 Lo anterior lleva, por una parte, a considerar **preferible el mecanismo de la pena que el de las medidas de seguridad**, cuando el hecho puede imputarse personalmente al sujeto, pero también a excluir la posibilidad de una pena y admitir sólo **el recurso a medidas de seguridad si falta la posibilidad de imputación personal**. Frente al sujeto que dispone de una racionalidad que le hace normalmente accesible a la norma penal, es preferible el mecanismo de la motivación normativa y de la pena como respuesta a una infracción normalmente atribuible a su autor. Se utiliza entonces el proceso específicamente humano de la motivación racional y se limita la intervención del Estado por el principio de culpabilidad. Pero frente a sujetos

74. Así Mir Puig, Introducción, pp. 155 ss.

75. Mir Puig, Función, pp. 99 ss.

a quienes no puede ser imputado personalmente el hecho sería inadmisibles la pena y sólo queda la posibilidad de intervenir con una medida de seguridad. Advértase que, según este planteamiento, las medidas de seguridad sólo son admisibles *subsidiariamente* respecto de la pena. Se rechaza así la pretensión de una corriente que arrancó de la *Scuola Positiva* italiana, según la cual las medidas de seguridad constituirían una alternativa preferible a la pena. Desde su aparición, y a lo largo de el siglo XX, las medidas de seguridad han demostrado importantes inconvenientes desde el prisma de un Estado democrático de Derecho. Uno de ellos es que no tratan al ciudadano por su actuación de sujeto racional y responsable, sino como ser peligroso, lo cual no es específico del hombre.

3. El principio de proporcionalidad

73 No sólo es preciso que pueda «culparse» al autor de aquello que motiva la pena, sino también que la gravedad de ésta resulte *proporcionada* a la del hecho cometido —criterio éste que sirve de base a la graduación de las penalidades en nuestro Derecho (cfr. supra, Lección 3, IV 3)—. Se trata de una exigencia que no nació, sin embargo, para las penas, sino para las **medidas de seguridad**. Al no encontrar éstas el límite del principio de culpabilidad, se hizo evidente la necesidad de acudir a la idea de proporcionalidad, para evitar que las medidas pudiesen resultar un medio desproporcionadamente grave en comparación con su utilidad preventiva —así, cuando para evitar que el pequeño ratero siguiera delinquiendo fuese necesario encerrarle durante toda su vida—. La doctrina suele emplear el principio de proporcionalidad en este sentido de límite de las medidas de seguridad y como contrapartida del principio de culpabilidad que limita las penas.⁷⁶ Sin embargo, la idea de proporcionalidad no sólo es necesaria para limitar las medidas, sino también para **graduar las penas**, por lo que ha de erigirse en principio general de todo el Derecho penal.⁷⁷

74 El principio de culpabilidad no basta, entendido en sus justos términos, para asegurar la necesaria proporcionalidad entre delito y pena.⁷⁸ Aquel principio sólo

76. Así p. ej., Jescheck, Tratado, pp. 34 ss.; Roxin, AT, § 3/58.

77. De hecho, el principio de proporcionalidad debe limitar toda intervención estatal que afecte a derechos del ciudadano, y supone una exigencia constitucional cuando, como ocurre en principio en Derecho penal, la intervención estatal afecta a derechos fundamentales. Así, la STC 136/1999, de 20 julio (caso mesa de Herri Batasuna), admitió un recurso de amparo por considerar excesiva la pena impuesta.

78. Cfr. Baumann, op. cit., pp. 217 ss. Contra la opinión de Ellscheid/Hassener (op. cit.) subraya, a su vez Arth. Kaufmann, Lange-Festl., pp. 31 ss., que tampoco el principio de culpabilidad puede sustituirse por el de proporcionalidad. Sin embargo, a menudo se considera la exigencia de proporcionalidad como uno de los aspectos del principio de culpabilidad: cfr. p. ej. Hassener, CPC n.º 18 (1982), pp. 478 ss.; Roxin, CPC n.º 30 (1986), p. 686.

exige que pueda «culparse» al sujeto de la lesión por la que se le castiga, lo cual requiere sólo ciertas condiciones que permitan *imputarle* la lesión (como suya, como dolosa o imprudente, y como producto de una motivación normal). Nada dice esto de la *gravedad* de la lesión ni, por tanto, de que deba ajustarse a ésta la cuantía de la pena.

75 **Dos aspectos o exigencias** hay que distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas. Por una parte, la necesidad misma de **que la pena sea proporcionada al delito**. Por otra parte, la exigencia de que la **medida de la proporcionalidad** se establezca en base a la importancia social del hecho (a su «*necividad social*»). La necesidad misma de la proporción se funda ya en la conveniencia de una prevención general no sólo intimidatoria, sino capaz de afirmar positivamente la vigencia de las normas en la conciencia colectiva (**prevención general positiva**) (cfr. supra, Lección 3, I 2 A). Esta afirmación de las normas aconseja apoyar con mayor pena las más importantes que las que lo son menos, con objeto de evitar que aquéllas se devalúen.⁷⁹ Pero un **Estado democrático** debe exigir, además, que la importancia de las normas apoyadas por penas proporcionadas no se determine a espaldas de la trascendencia social efectiva de dichas normas. Se sigue de ello que un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de la «necividad social» del ataque al bien jurídico.⁸⁰ Conminar en la actualidad con la pena de muerte el «tercer hurto», como se hizo en otras épocas históricas,⁸¹ contradiría abiertamente la actual significación social del hurto. Tal pena no podría concitar el consenso social que exige una prevención general positiva, ni resultaría admisible en un Derecho democrático.

También las valoraciones sociales deben orientar la proporcionalidad de las **medidas de seguridad**. Hay que añadir que éstas deben guardar proporción no sólo con los *beneficios sociales* que pueden aportar, sino más en concreto, con el grado de la *peligrosidad criminal del sujeto* y con la *gravedad del hecho* cometido y de los que sea probable que pueda cometer. Sería conveniente, además, que sólo se admitiesen medidas de internamiento cuando concurriera peligro de comisión de delitos considerablemente graves.⁸²

79. Ciertamente, a la larga una prevención general desproporcionada sería inútil a efectos intimidatorios: así ya Beccaria, De los delitos, p. 35; Lardizábal, cap. II, nos. 2-4 y 11 ss. Mir Puig, Introducción, p. 158; Larzón Peña, Gimbernal, Estudios, pp. 118 ss.

80. Sobre la posible discordancia entre las valoraciones sociales y los intereses efectivos de la sociedad cfr. Mir Puig, Introducción, pp. 159 ss.

81. Cfr. Pereda, Famosus lairo, ADPCP 1962, pp. 5 ss.

82. Recoge estas exigencias el art. 91 de la Propuesta Alternativa de PG de CP: CPC n.º 18 (1982), p. 642.

4. El principio de resocialización

77 La exigencia democrática de que sea posible la **participación** de todos los ciudadanos en la vida social conduce a reclamar que el Derecho penal evite la *marginación* indebida del condenado a una pena o del sometido a una medida de seguridad. Ello hace preferibles en la medida de lo posible las penas y medidas que no entrañen separación de la sociedad. Pero, cuando la privación de libertad sea inevitable, habrá que configurar su ejecución de forma tal que evite en lo posible sus efectos desocializadores, fomente cierta comunicación con el exterior y facilite una adecuada reincorporación del recluso a la vida en libertad. Así debe entenderse el principio de **resocialización en un Estado democrático**, no como sustitución coactiva de los valores del sujeto, ni como manipulación de su personalidad, sino como un intento de *ampliar* las posibilidades de la participación en la vida social, una *oferta de alternativas* al comportamiento criminal. Ello ha de suponer la *libre aceptación* por parte del recluso, que no ha de ser tratado como el mero *objeto* de la acción resocializadora de un Estado intervencionista, sino como un *sujeto* no privado de su dignidad con el cual se dialoga.⁸³

78 La legislación española acoge, como es sabido, el principio de resocialización, tanto en la Constitución (art. 25) como en la Ley Penitenciaria (art. 1). Sin embargo, la realidad de las cárceles es muy otra, hasta el punto de que puede llegar a resultar contraria a la Constitución.⁸⁴

83. Así Callies, *Theorie*, pp. 173, 209 ss. Se trata de evitar los peligros que entrañaría la idea de resocialización. Sobre esto cfr. Muñoz Conde, *Mito de la resocialización*, pp. 680 ss.; Luzón Peña, *Medición*, p. 53; Muñagorri, *Sanción penal*, pp. 135 ss.; De la Cuesta, *Sistema penitenciario*, pp. 25 ss.; García-Pablos, *Estudios penales*, pp. 39 ss.; Mapelli, *Principios*, pp. 91 ss.; Asúa Patarrita, *Régimen penitenciario abierto*, pp. 963 ss.; Mir Puig, *¿Qué queda en pie...?* cit., pp. 145 ss.

84. Cfr. Mir Puig, *Función*, pp. 35 ss.