

ESTUDIOS

LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS LÍMITES AL *IUS PUNIENDI*

LORENA ALEMÁN ARÓSTEGUI



III ARANZADI

© Lorena Alemán Aróstegui, 2025

© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es

Acceso a Soporte: https://areacliente.aranzadilaley.es/solicitud_alta_area_cliente

<https://www.aranzadilaley.es>

Primera edición: 2025

Esta publicación ha sido financiada por la Agencia Estatal de Investigación, a través del Proyecto de referencia PID2020-118854GB-I00/AEI/10.13039/501100011033 (Instrumentos normativos preventivos en la lucha contra el fraude y la corrupción).



Depósito Legal: M-1050-2025

ISBN versión impresa: 978-84-10296-95-4

ISBN versión electrónica: 978-84-10296-96-1

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© ARANZADI LA LEY, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Dirijase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de ARANZADI LA LEY, S.A.U., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Índice general

	<u>Página</u>
NOTA PRELIMINAR	17
PRÓLOGO	21
LISTA DE ABREVIATURAS	23
INTRODUCCIÓN	27

PRIMERA PARTE LOS LÍMITES AL *IUS PUNIENDI* Y LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN

CAPÍTULO 1

LOS LÍMITES AL <i>IUS PUNIENDI</i> DEL ESTADO	33
1. Límites al <i>ius puniendi</i> del Estado	34
2. Los principios limitadores del <i>ius puniendi</i> en la doctrina penal .	44
3. Una propuesta de fundamentación y ordenación de los principios limitadores del <i>ius puniendi</i>	56
3.1. <i>El principio de legalidad penal</i>	62
3.1.1. Origen y fundamentos del principio de legalidad penal	63
3.1.1.1. Breve referencia al origen y la evolución del principio de legalidad penal	63
3.1.1.2. Fundamentos del principio de legalidad penal	65
3.1.2. Características del principio de legalidad penal	72
3.1.2.1. Perspectiva constitucional	72
3.1.2.2. Previsiones legales	75
3.1.2.3. Perspectiva internacional	77
3.1.3. Contenido del principio de legalidad penal	81

3.1.3.1.	Reserva de ley penal (<i>lex scripta</i>)	84
3.1.3.2.	Irretroactividad penal desfavorable (<i>lex praevia</i>)	88
3.1.3.3.	Prohibición de analogía <i>in malam partem</i> o mandato de tipicidad (<i>lex stricta</i>)	91
3.1.3.4.	Mandato de determinación, taxatividad o certeza (<i>lex certa</i>)	94
3.2.	<i>El principio de proporcionalidad penal</i>	100
3.2.1.	Origen y fundamentos del principio de proporcionalidad penal	102
3.2.1.1.	Breve referencia al origen y la evolución del principio de proporcionalidad	102
3.2.1.2.	Fundamentos del principio de proporcionalidad penal	103
3.2.2.	Características del principio de proporcionalidad penal	108
3.2.2.1.	Perspectiva constitucional	108
3.2.2.2.	Principio de proporcionalidad penal en sentido amplio	113
3.2.3.	Contenido del principio de proporcionalidad penal	115
3.2.3.1.	Juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto	116
3.2.3.2.	<i>Non bis in idem</i> , retroactividad favorable y analogía <i>in bonam partem</i>	127
3.3.	<i>El principio de culpabilidad</i>	130
3.3.1.	Origen y fundamentos del principio de culpabilidad	131
3.3.1.1.	Breve referencia al origen y la evolución del principio de culpabilidad	131
3.3.1.2.	Fundamentos del principio de culpabilidad	133
3.3.2.	Características del principio de culpabilidad	147
3.3.2.1.	El principio de culpabilidad como límite jurídico-penal absoluto	147
3.3.2.2.	Perspectiva constitucional y previsiones legales	149
3.3.3.	Contenido del principio de culpabilidad	150
3.4.	<i>El principio de humanidad</i>	154
3.4.1.	Origen y fundamentos del principio de humanidad	155
3.4.1.1.	Breve referencia al origen y la evolución del principio de humanidad	155
3.4.1.2.	Fundamentos del principio de humanidad	159

3.4.2.	Características del principio de humanidad	160
3.4.3.	Contenido del principio de humanidad	161
3.4.3.1.	Prohibición de penas inhumanas o degradantes	163
3.4.3.2.	<i>Mandato de mínima desocialización</i>	172
4.	Aplicación de los principios limitadores del <i>ius puniendi</i>	174
4.1.	<i>Aplicabilidad jurídica</i>	174
4.1.1.	Principios <i>versus</i> reglas	174
4.1.2.	Principios y reglas limitadoras del <i>ius puniendi</i> : garantías jurídicas	180
4.2.	<i>Alcance o extensión: aplicabilidad integral</i>	186
4.3.	<i>Consecuencias empíricas: aplicabilidad real</i>	188
4.3.1.	El problema de la confusión entre los planos <i>prescriptivo</i> y <i>descriptivo</i> en el ámbito jurídico-penal	190
4.3.2.	La necesidad de la perspectiva empírica	191

CAPÍTULO 2

LA RELEVANCIA DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN COMO PARTE DEL *IUS PUNIENDI* 193

1.	El tradicional olvido de la fase penitenciaria y la influencia de la doctrina de las <i>relaciones de sujeción especial</i>	193
1.1.	<i>La centralidad de la prisión en nuestro sistema de penas</i>	193
1.1.1.	Breve aproximación histórica a la creación de las penas privativas de libertad	194
1.1.2.	La humanización y otras tesis	205
1.1.3.	El protagonismo de la pena de prisión en la actualidad	209
1.2.	<i>El tradicional olvido de la ejecución penitenciaria por parte de la doctrina penal</i>	212
1.3.	<i>La centralidad de la relación penitenciaria y la doctrina de las relaciones de sujeción especial</i>	214
1.4.	<i>¿Otra aproximación a la ejecución penitenciaria?</i>	233
2.	La relevancia de la ejecución de la prisión para la legitimación del <i>ius puniendi</i>	241
2.1.	<i>La ejecución penitenciaria como parte del ejercicio del <i>ius puniendi</i></i>	241
2.1.1.	Concepción <i>integradora</i> de la pena de prisión	242
2.1.2.	Concepción <i>integradora</i> del sistema penal y sus fines	247
2.2.	<i>Efectos deslegitimadores del <i>ius puniendi</i></i>	253

CAPÍTULO 3

EL SISTEMA PENITENCIARIO Y LA APLICABILIDAD DE LOS PRINCIPIOS LIMITADORES DEL <i>IUS PUNIENDI</i>	257
1. El sistema penitenciario español	257
1.1. <i>Breve aproximación al origen y la evolución del sistema penitenciario español</i>	258
1.2. <i>Rasgos fundamentales del sistema penitenciario español</i>	275
1.2.1. Marco normativo constitucional, legal y reglamentario	276
1.2.1.1. Nivel constitucional	276
1.2.1.2. Nivel legal y reglamentario	283
1.2.1.3. Margen de discrecionalidad administrativa .	299
1.2.2. <i>El principio de individualización científica y el cumplimiento de la pena de prisión</i>	302
1.2.2.1. Antecedentes de la individualización científica, fundamento constitucional y consecuencias en la ejecución penitenciaria	303
1.2.2.2. Problemáticas y críticas relacionadas con el <i>principio de individualización científica</i> y sus efectos	307
1.2.2.3. ¿Otras interpretaciones y principios posibles?	334
2. Un criterio para la aplicación de los principios limitadores del <i>ius puniendi</i> en la ejecución penitenciaria	340

SEGUNDA PARTE

LAS TENDENCIAS POLÍTICO-CRIMINALES
DE LAS ÚLTIMAS DÉCADAS Y SUS CONSECUENCIAS
EN LA EJECUCIÓN PENITENCIARIA

CAPÍTULO 1

LAS TENDENCIAS POLÍTICO-CRIMINALES DE LAS ÚLTIMAS DÉCADAS	351
1. Discursos para la expansión del castigo penal	352
1.1. <i>Derecho penal del enemigo</i>	353
1.2. <i>Derecho penal del riesgo</i>	364
2. ¿Modernización del Derecho penal? Vías de regreso al Derecho penal de la peligrosidad	369
2.1. <i>Acerca de la modernización del Derecho penal</i>	369

2.2. Retorno al Derecho penal de la peligrosidad	383
3. ¿Populismo punitivo? La trampa del Derecho penal como la solución a todos los problemas	388

CAPÍTULO 2

CONSECUENCIAS DEL DEVENIR POLÍTICO-CRIMINAL EN LA EJECUCIÓN PENITENCIARIA

1. Las reformas penales de la ejecución de la pena de prisión	396
1.1. <i>Los rasgos del CP de 1995</i>	397
1.2. <i>La reforma penal de 2003 para el cumplimiento íntegro y efectivo</i>	399
1.2.1. Los cambios introducidos para el cumplimiento íntegro y efectivo	399
1.2.2. Los motivos de la reforma del cumplimiento íntegro y efectivo	405
1.3. <i>Las modificaciones penales de la ejecución penitenciaria en 2010</i>	409
1.4. <i>La última gran reforma penal de 2015</i>	411
1.5. <i>Los cambios penales recientes</i>	418
2. La regulación legal de la participación de la víctima del delito en la ejecución penitenciaria	420
3. Más allá de las reformas legales	423
4. Las tendencias político-penitenciarias	424
4.1. <i>El Derecho penitenciario del enemigo</i>	424
4.2. <i>El Derecho penitenciario del riesgo</i>	431
4.2.1. Origen y antecedentes del paradigma del riesgo en el ámbito penitenciario	432
4.2.2. El modelo RNR y los instrumentos de valoración y gestión de riesgos	436
4.2.3. Críticas a los instrumentos de valoración y gestión de riesgos y a su uso en el ámbito penitenciario	439
4.2.3.1. <i>Apariencias de neutralidad y fiabilidad de los instrumentos: sobre su capacidad predictiva y sus aspectos valorativos</i>	439
4.2.3.2. <i>Merma de la individualización penitenciaria</i>	446
4.2.3.3. <i>Cuestionamiento de determinadas clases de factores de riesgo</i>	448
4.2.3.4. <i>Acerca del uso de los instrumentos de valoración y gestión de riesgos en el ámbito penitenciario</i>	451
4.2.4. <i>El Derecho penitenciario del riesgo y sus consecuencias</i>	453

TERCERA PARTE

UNA APROXIMACIÓN A LA TOMA DE DECISIONES
PENITENCIARIAS AMPLIATORIAS DE LA LIBERTAD.
ESPECIALMENTE, LA CONCESIÓN
DE LOS PERMISOS ORDINARIOS DE SALIDA

CAPÍTULO 1

LA TOMA DE DECISIONES PENITENCIARIAS AMPLIATORIAS DE LA LIBERTAD	463
1. Las decisiones penitenciarias graduadoras de la libertad	463
2. Decisiones penitenciarias restrictivas y ampliatorias de la libertad	464
3. Regulación legal y reglamentaria de las tres principales decisiones penitenciarias ampliatorias de la libertad	475
3.1. <i>La concesión de los permisos ordinarios de salida</i>	475
3.1.1. Requisitos para la concesión de los permisos ordinarios de salida	476
3.1.2. Procedimiento para la concesión de los permisos ordinarios de salida	485
3.2. <i>La clasificación en tercer grado</i>	497
3.2.1. Requisitos para la clasificación en tercer grado	498
3.2.2. Procedimiento para la clasificación en tercer grado ..	503
3.3. <i>La concesión de la libertad condicional</i>	513
3.3.1. Requisitos para la concesión de la libertad condicional	514
3.3.2. Procedimiento para la concesión de la libertad condicional	519
4. Las vías de impugnación contra las resoluciones judiciales relativas a decisiones penitenciarias ampliatorias de la libertad	522
5. La discrecionalidad en la toma de decisiones penitenciarias ampliatorias de la libertad	536

CAPÍTULO 2

LA CONCESIÓN DE LOS PERMISOS ORDINARIOS DE SALIDA EN LA PRÁCTICA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL	539
1. La configuración administrativa de la concesión de permisos ordinarios de salida	541
1.1. <i>Directrices de la SGIP en las cárceles dependientes de la AGE</i>	545

1.2.	<i>Directrices de la SMPRAV en las cárceles dependientes de la Generalitat de Catalunya</i>	552
2.	Estudio sobre la concesión de permisos ordinarios de salida en la práctica	563
2.1.	<i>Diseño, objetivos y limitaciones del estudio</i>	564
2.2.	<i>Algunas prácticas administrativas en la concesión de permisos ordinarios de salida</i>	567
2.3.	<i>Algunas prácticas judiciales en la concesión de permisos ordinarios de salida</i>	577
2.3.1.	Jurisprudencia del TC y del TS para la unificación de doctrina	578
2.3.2.	Una selección de resoluciones judiciales sobre la concesión de permisos ordinarios de salida	589
2.3.3.	Algunas consideraciones desde el ámbito de la práctica judicial	606
2.4.	<i>Entre lo que abunda y lo que escasea</i>	613

CUARTA PARTE

LA EJECUCIÓN PENITENCIARIA

DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS LÍMITES AL *IUS PUNIENDI*

CAPÍTULO 1

	LA APLICACIÓN DE LOS LÍMITES AL <i>IUS PUNIENDI</i> EN LA EJECUCIÓN PENITENCIARIA	623
1.	Recapitulación: la necesidad de la aplicación de los límites al <i>ius puniendi</i> en la ejecución penitenciaria	623
2.	Traslación de los principios limitadores a la ejecución de la pena de prisión	627
2.1.	<i>El principio de legalidad penal y sus garantías en la ejecución penitenciaria</i>	628
2.2.	<i>El principio de proporcionalidad penal y sus garantías en la ejecución penitenciaria</i>	635
2.3.	<i>El principio de culpabilidad y sus garantías en la ejecución penitenciaria</i>	640
2.4.	<i>El principio humanidad y sus garantías en la ejecución penitenciaria</i>	645
3.	Implicaciones de la aplicación de los límites al <i>ius puniendi</i> en la ejecución de la pena de prisión	651
3.1.	<i>Cambios en el sistema de ejecución de la pena de prisión</i>	651

3.1.1.	La eliminación de decisiones penitenciarias extraordinariamente restrictivas	652
3.1.2.	La supresión del <i>principio de individualización científica</i> .	658
3.1.2.1.	El <i>mandato (re)socializador</i> dirigido a los poderes públicos	665
3.2.	<i>Criterios para la toma de las decisiones penitenciarias graduadoras de la libertad</i>	669
3.2.1.	El reconocimiento de <i>derechos</i> de contacto con la vida en libertad y de progresión hacia la libertad	669
3.2.2.	Criterios adecuados para la toma de decisiones y para la imposición de condiciones o controles	678
3.3.	Juridificación y judicialización <i>de la ejecución de la pena de prisión</i>	684
3.3.1.	La <i>juridificación</i> de la ejecución penitenciaria	684
3.3.2.	La <i>judicialización</i> de la ejecución penitenciaria	688
CAPÍTULO 2		
LAS LIMITACIONES DE LA PERSPECTIVA LIMITADORA		699
1.	Los límites de los límites	699
1.1.	<i>Garantías jurídicas</i> versus <i>cárcel real</i>	700
1.2.	<i>Hacia la superación de la cárcel</i>	706
2.	Los derechos en serio: asistencia letrada <i>sine qua non</i>	712
BIBLIOGRAFÍA		727

Primera Parte

LOS LÍMITES AL *IUS PUNIENDI*
Y LA EJECUCIÓN DE LA PENA
DE PRISIÓN

Los límites al *ius puniendi* del Estado

SUMARIO: 1. LÍMITES AL *IUS PUNIENDI* DEL ESTADO. 2. LOS PRINCIPIOS LIMITADORES DEL *IUS PUNIENDI* EN LA DOCTRINA PENAL. 3. UNA PROPUESTA DE FUNDAMENTACIÓN Y ORDENACIÓN DE LOS PRINCIPIOS LIMITADORES DEL *IUS PUNIENDI*. 3.1. *El principio de legalidad penal*. 3.1.1. Origen y fundamentos del principio de legalidad penal. 3.1.1.1. Breve referencia al origen y la evolución del principio de legalidad penal. 3.1.1.2. Fundamentos del principio de legalidad penal. 3.1.2. Características del principio de legalidad penal. 3.1.2.1. Perspectiva constitucional. 3.1.2.2. Previsiones legales. 3.1.2.3. Perspectiva internacional. 3.1.3. Contenido del principio de legalidad penal. 3.1.3.1. Reserva de ley penal (*lex scripta*). 3.1.3.2. Irretroactividad penal desfavorable (*lex praevia*). 3.1.3.3. Prohibición de analogía *in malam partem* o mandato de tipicidad (*lex stricta*). 3.1.3.4. Mandato de determinación, taxatividad o certeza (*lex certa*). 3.2. *El principio de proporcionalidad penal*. 3.2.1. Origen y fundamentos del principio de proporcionalidad penal. 3.2.1.1. Breve referencia al origen y la evolución del principio de proporcionalidad. 3.2.1.2. Fundamentos del principio de proporcionalidad penal. 3.2.2. Características del principio de proporcionalidad penal. 3.2.2.1. Perspectiva constitucional. 3.2.2.2. Principio de proporcionalidad penal en sentido amplio. 3.2.3. Contenido del principio de proporcionalidad penal. 3.2.3.1. Juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. 3.2.3.2. *Non bis in idem*, retroactividad favorable y analogía *in bonam partem*. 3.3. *El principio de culpabilidad*. 3.3.1. Origen y fundamentos del principio de culpabilidad. 3.3.1.1. Breve referencia al origen y la evolución del principio de culpabilidad. 3.3.1.2. Fundamentos del principio de culpabilidad. 3.3.2. Características del principio de culpabilidad. 3.3.2.1. El principio de culpabilidad como límite jurídico-penal absoluto. 3.3.2.2. Perspectiva constitucional y previsiones legales. 3.3.3. Contenido del principio de culpabilidad. 3.4. *El principio de*

humanidad. 3.4.1. Origen y fundamentos del principio de humanidad. 3.4.1.1. Breve referencia al origen y la evolución del principio de humanidad. 3.4.1.2. Fundamentos del principio de humanidad. 3.4.2. Características del principio de humanidad. 3.4.3. Contenido del principio de humanidad. 3.4.3.1. Prohibición de penas inhumanas o degradantes. 3.4.3.2. *Mandato de mínima desocialización*. 4. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS LIMITADORES DEL *IUS PUNIENDI*. 4.1. *Aplicabilidad jurídica*. 4.1.1. Principios *versus* reglas. 4.1.2. Principios y reglas limitadoras del *ius puniendi*: garantías jurídicas. 4.2. *Alcance o extensión: aplicabilidad integral*. 4.3. *Consecuencias empíricas: aplicabilidad real*. 4.3.1. El problema de la confusión entre los planos *prescriptivo* y *descriptivo* en el ámbito jurídico-penal. 4.3.2. La necesidad de la perspectiva empírica.

1. LÍMITES AL *IUS PUNIENDI* DEL ESTADO

La legitimación del *ius puniendi* está, desde la época de la Ilustración¹, estrechamente vinculada con la imposición de límites². De hecho, una de las críticas más relevantes que han recibido las *teorías de la pena*³ ha sido

-
1. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, 3.^a ed., 1982 [1764], p. 112: concluye su obra así: «De cuanto hasta aquí se ha dicho puede sacarse un teorema general muy útil, pero poco conforme al uso, legislador ordinario de las naciones, esto es: *para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes*».
 2. MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 2001 [1975], pp. 105-106: «A partir de esa época, el derecho penal empieza a considerarse un instrumento de defensa de los valores fundamentales de la comunidad que sólo debe emplearse contra ataques muy graves a esos valores y en una forma controlada y limitada “por el imperio de la ley”».
 3. Las *teorías de la pena* son concepciones teóricas de la pena a la que atribuyen una función de realización de justicia tras la comisión de un delito por razones religiosas, éticas o jurídicas (absolutas o retributivas), o una utilidad social que consiste en distintas formas de prevención de los delitos para la protección de los bienes jurídicos que integran el orden social (relativas o preventivas: prevención general y especial). Así, con estas teorías, se trata de dar respuesta a varias preguntas acerca de qué es la pena, por qué se prevé la pena y para qué sirve. Por un lado, las teorías absolutas o retributivas establecen que la finalidad de la pena se agota con su imposición, como respuesta al delito cometido. Se basan en que la pena constituye un *mal* que retribuye el *mal* causado por el delito (*punitur, quia peccatum est*). En este sentido, son teorías que *miran al pasado* (al hecho cometido), de manera que con la pena no se persigue ninguna finalidad social ulterior. Entre las teorías clásicas de la retribución, destacan

la «retribución moral» de KANT y la «retribución jurídica» de HEGEL. Por un lado, KANT, *Metafísica de las costumbres*, 4.^a ed., 2008 [1797], pp. 166 y ss., señala que la ley penal es un «imperativo categórico», y esto determina el carácter «absoluto» de la pena y su imposición, de manera que esta «no puede servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo *porque ha delinquido*» (p. 166). KANT entiende que la aplicación de la pena atiende a una necesidad ética o moral, de manera que consiste en la realización de la justicia, y utiliza la «Ley del Talión» para determinar el castigo que debe imponerse como medida de la pena *justa*: «si ha cometido un asesinato, tiene que *morir*. No hay ningún equivalente que satisfaga a la justicia» (pp. 168-169). Por su parte, HEGEL, *Fundamentos de la filosofía del derecho*, 1993 [1821], pp. 345 y ss., se apoya en su lógica dialéctica y explica que el delito o «voluntad particular» (que se corresponde con lo que denomina «antítesis») es la vulneración del orden jurídico o «voluntad general» (la «tesis»), de manera que el castigo del delito (la «síntesis») supondrá el restablecimiento del Derecho (p. 345). Se trata de un retribucionismo que se ha calificado de *jurídico* porque lo que pone de relieve no es que la comisión del delito constituya la decisión libre de realizar un *mal* —que por eso sea éticamente reprochable y la pena sea necesaria para hacer justicia—, sino que lo que el sujeto decide, en tanto ser racional y conocedor de la ley, es instaurar otra ley con su acción, según la cual es lícito lesionar a alguien. Así, la pena se impone como reafirmación de la ley y, con ello, se produce el restablecimiento de su imperio. HEGEL determina que el sujeto que ha cometido el delito se hace *acrededor* de un «derecho a ser castigado» (p. 350). En la actualidad, no se sostienen este tipo de teorías, pero se han formulado teorías *neo-retributivas* que combinan el enfoque preventivo-general con la recuperación de la idea de retribución a la que otorgan centralidad. Así, por ejemplo, destacan los planteamientos de: JESCHECK/WEIGEND, *DP-PG*, 5.^a ed., 2002, pp. 69 y ss., quienes proponen la «conjugación ponderada de la totalidad de los fines de la pena (método dialéctico)», de manera que «se aúnan la prevención general y la retribución en la experiencia de que sólo una pena justa adecuada a la culpabilidad disuade y educa en un sentido social-pedagógico» (p. 81); o ROBINSON, *Principios distributivos del Derecho penal*, 2012, quien expone su teoría del «merecimiento empírico», con la que plantea que es posible extraer de la «comunidad» una serie de valoraciones compartidas de justicia, que permiten obtener una «escala» de merecimiento, y que hacen coincidir prevención y retribución (pp. 54 y ss.). Por otro lado, las teorías relativas o preventivas establecen que la finalidad de la pena es prevenir que se cometan delitos en el futuro. Atribuyen a la pena la capacidad de contribuir a la consecución de ese fin preventivo, de manera que son teorías que *miran al futuro* (*punitur ut ne peccetur*). Entre los primeros defensores de las teorías preventivas se encuentran: BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, 3.^a ed., 1982 [1764], p. 46, que señala que el fin de la pena «no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales»; FEUERBACH, *Tratado de derecho penal*, 2007 [1801], pp. 50-55, con su teoría de la «coacción psicológica», por la que se entiende que la amenaza de la pena genera una «contramotivación» frente al impulso por delinquir; VON LISZT, *La idea del fin en Derecho penal*, 1994 [1882], pp. 64 y ss., con su «Programa de Marburgo», en el que afirma el origen absoluto o retributivo de la pena primitiva y apunta la necesidad de convertirla en una pena adecuada a fin; en la pena necesaria. Las teorías preventivas se fueron desarrollando a partir de la diferenciación

—precisamente— la ausencia de argumentos para la limitación del poder punitivo en sus fundamentaciones⁴. Así, la mayoría de las teorías que en la actualidad pretenden erigirse en legitimadoras del poder punitivo tratan de proponer una consecución de fines político-criminales conjugada siempre con el respeto a determinados límites⁵.

de la prevención por su destinatario (general o especial) y por su sentido (positivo o negativo). En primer lugar, la prevención general negativa —cuyo antecedente es la mencionada teoría de la coacción psicológica de FEUERBACH— atribuye a la pena la capacidad de intimidar a la población general de manera que se abstenga de cometer delitos (también se la denomina *intimidación general*). En segundo lugar, la prevención especial atribuye a la pena la capacidad de incidir en el comportamiento de las personas que ya han delinquido de manera que, como consecuencia de la pena —por su efecto intimidatorio (prevención especial negativa) o de corrección (prevención especial positiva)—, no vuelvan a delinquir. Entre quienes elaboraron propuestas preventivo-especiales, se encuentra VON LISZT, *La idea del fin en Derecho penal*, 1994 [1882], pp. 114 y ss., quien entiende que la pena sirve para la corrección, la intimidación y la neutralización de los distintos tipos de delincuentes que cataloga en «ocasionales», «corregibles», «incoregibles» e «irrecuperables». Asimismo, la *Scuola Positiva* italiana (LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, 1924 [1876], FERRI, *Sociología criminal*, 2005 [1887] y GAROFALO, *La criminología*, 1890 [1885]) también puede situarse en el marco de estas teorías. En tercer lugar, la prevención general positiva atribuye a la pena la capacidad de hacer que la población general se abstenga de cometer delitos, pero no como consecuencia de la intimidación o miedo a la pena, sino porque con la pena se reafirma la vigencia del Derecho. Entre sus defensores, destaca WELZEL, *DP-PG*, 1956, pp. 2 y ss., quien atribuye al Derecho penal una función ético-social y una capacidad de generar fidelidad al ordenamiento jurídico. A finales del siglo XX, destaca la «teoría dialéctica de la unión» de ROXIN, *DP-PG*, t. I, 2.ª ed., 1997, pp. 94 y ss., que propone «un sistema de recíproca complementación y restricción» entre los distintos fines que predominan en las diferentes fases de la pena. A partir de este planteamiento, la mayoría de las teorías de la pena que se han elaborado difícilmente pueden adscribirse a una única de las variantes preventivas. Así, en la actualidad, las teorías de la pena son mayoritariamente mixtas y, si algo las caracteriza es su pluralidad, la diversidad de propuestas que plantean, y que, en cada momento histórico, contexto cultural y social, se puede apreciar el predominio de unas sobre otras. Todas ellas conforman un extenso cuerpo teórico fundamental para entender el sentido que se otorga a los aparatos penales en los Estados modernos. Entre las teorías preventivas formuladas en las últimas décadas, véanse, entre otros/as: JAKOBS, *DP-PG*, 1995; CARBONELL MATEU, *Derecho Penal*, 3.ª ed., 1999; CERESO MIR, *DP-PG*, t. I, 6.ª ed., 2004; MIR PUIG, *DP-PG*, 10.ª ed., 2015, pp. 94 y ss.; LUZÓN PEÑA, *DP-PG*, 3.ª ed., 2016; DÍEZ RIPOLLÉS, *DP-PG*, 4.ª ed., 2016; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP-PG*, 11.ª ed., 2022.

4. ROXIN, *Problemas básicos*, 1976, p. 19.
5. BACIGALUPO, en: MONTIEL (edit.), *La crisis del principio de legalidad*, 2012, p. 79: «Nadie debería dudar de que las limitaciones del Derecho penal son una condición esencial de una sociedad libre en un Estado democrático».

Si bien la idea de *límite* puede apreciarse, de inicio, como accesoria o secundaria, constituye un elemento definitorio y fundamentador⁶ del objeto al que se refiere: los límites configuran los contornos que permiten identificar un objeto y se corresponden con su fundamento. De esta lógica es de la que deriva su importancia *en abstracto*. Pero, además, cuando el objeto al que se refieren es, *en concreto*, el instrumento que genera las mayores restricciones de derechos y libertades del que dispone el Estado, su relevancia es aún si cabe mayor. Sin embargo, la noción de *límite* no tiene ningún contenido por sí misma, puesto que requiere de un marco de referencia, de un criterio o de una fuente de limitación.

En el ámbito punitivo, la fuente primaria de limitación es el fin general de la preservación de una convivencia pacífica o, tal como lo explica FERRAJOLI, el fin general de reducción de la violencia, tanto la de los delitos como la de las penas⁷. Así, mientras en la época ilustrada, los límites llegaron para tratar de poner fin a un ejercicio del poder punitivo arbitrario y cruel, en la actualidad, los límites siguen siendo necesarios en tanto en cuanto se sigue ejerciendo el poder punitivo, que entraña violencia. En este sentido, es frecuente afirmar que la pena es un *mal*. ROXIN considera que hay que reconocer que toda pena «es una intervención coercitiva del Estado y una carga para el condenado, en cuanto es inherente a ella un elemento represivo»⁸, pero rechaza que, por tener dicho contenido y características, su esencia sea retributiva, pues considera que las instituciones jurídicas no tienen *esencia*, sino que están determinadas por el fin que se les atribuye. En la doctrina penal española, tanto LUZÓN PEÑA como MIR PUIG comparten esta idea de la pena como un «mal en sentido naturalístico»⁹ o como un «castigo», pero —como ROXIN— no derivan de ello que «su función última sea la retribución»¹⁰. La mayoría de la doctrina comparte esta apreciación, reconociendo que la privación de bienes y derechos que supone la pena es un *mal*¹¹. Así, por un lado, se considera que debe existir una clara separación del plano

6. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2010, p. 303.

7. FERRAJOLI, *Isonomía*, núm. 27, 2007, p. 196.

8. ROXIN, *DP-PG*, t. I, 2.ª ed., 1997, p. 99; ROXIN/GRECO, *StrafR AT I*, 5.ª ed., 2020, p. 154. Por su parte, JAKOBS, *DP-PG*, 1995, p. 9, rechaza la consideración de la pena como un *mal* y señala que la pena «hay que definirla positivamente», como «una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada».

9. LUZÓN PEÑA, *DP-PG*, 3.ª ed., 2016, p. 25.

10. MIR PUIG, *DP-PG*, 10.ª ed., 2015, p. 102.

11. MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 2001 [1975], p. 69; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *DP-PG*, 5.ª ed., 1999, p. 796.

descriptivo o del *ser* de la pena y del plano prescriptivo o del *deber ser*. En el primero, indudablemente se aprecia la violencia que entraña la pena y se reconoce como un *mal*, pero, en el segundo, se rechaza que la orientación y/o justificación de la pena se dirijan a la imposición de ese *mal*, sino que se sostiene que se debe ir más allá. Por otro lado, una vez nos situamos en el plano prescriptivo y rechazada la idea de que el *mal* que supone la imposición de la pena pueda constituir un fin en sí mismo, con ello, no se ignora la *realidad* de la pena: la pena continúa siendo un *mal*, es decir, sigue entrañando violencia independientemente de su orientación.

Por tanto, partiendo del reconocimiento de este sustrato violento que caracteriza el poder de castigar y rechazando mayoritariamente la orientación de la pena hacia la retribución, se afirma la necesidad de la pena orientada a la prevención de los delitos. En este sentido, en la actualidad, resulta un *lugar común* la afirmación —enunciada por primera vez en el Proyecto Alternativo alemán de 1966— de que la pena es una «amarga necesidad»¹², puesto que se considera que no es posible prescindir de ella¹³, pero, al mismo tiempo, se reconoce la violencia que supone¹⁴. La amplia mayoría de la doctrina comparte esta consideración, señalando que la pena es un «atavismo inevitable»¹⁵ o —de nuevo— una «amarga necesidad»¹⁶.

En esta dialéctica entre la afirmación de la necesidad del uso de un instrumento como la pena para disminuir la «violencia extrapenal» —los delitos— y el reconocimiento del carácter violento de la penalidad y, por

-
12. QUINTERO OLIVARES, *ADPCP*, vol. LXXIII, 2020, pp. 28 y ss.: crítica que desde la doctrina penal se invoque esa «amargura», y señala que es necesario centrarse en la «necesidad». En este sentido, apunta que lo importante es tratar de evitar la «pena innecesaria, pues esa es una crueldad que ninguna causa puede justificar», y, además, afirma que «eso sí que está en nuestras manos». Y añade lo siguiente: «Creo que el penalista debiera dejar de golpearse diciendo que la pena es una amarga necesidad y avergonzarse de la resignación con la que se contemplan los abusos del derecho penal».
 13. DÍEZ RIPOLLÉS, *DP-PG*, 5.ª ed., 2020, p. 35.
 14. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1989, p. 20: «Hablar de Derecho penal es hablar, de un modo u otro, de violencia. Violencia son generalmente los casos de los que se ocupa el Derecho penal (...). Violenta es también la forma en que el Derecho penal soluciona estos casos».
 15. CUELLO CONTRERAS/MAPELLI CAFFARENA, *DP-PG*, 2.ª ed., 2014, p. 31.
 16. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP-PG*, 11.ª ed., 2022, p. 43. En este sentido: LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Principios penales democráticos*, 2021, p. 71: «La pena es por ello, en principio, un adefesio en la estética constitucional democrática; es un cuerpo extraño en el sistema, un cuerpo a disminuir e incluso, en el horizonte, a expulsar».

tanto, la necesidad de disminuir la «violencia inherente al Derecho penal»¹⁷, es en la que adquieren total centralidad los límites al *ius puniendi*¹⁸. Y es, a su vez, la que opera como marco de referencia para los límites, los cuales deben constituir, en realidad, «auténticos fines»¹⁹ del Derecho penal²⁰.

Tradicionalmente, se ha discutido si la teoría del bien jurídico constituye una fuente adecuada para la limitación del *ius puniendi*. El concepto de bien jurídico fue introducido por BIRNBAUM²¹, que lo contrapuso a los postulados liberales. En este sentido, MIR PUIG señala que el concepto de bien jurídico «no nació con el propósito de trazar una frontera al *ius puniendi* del Estado», y considera que tampoco concepciones posteriores, como la de BINDING, tenían un carácter limitador²². Sin embargo, sí aprecia en VON LISZT la búsqueda de un concepto material de bien jurídico que hiciera posible esa limitación de lo punible²³. ROXIN ha defendido reiteradamente esta capacidad limitadora²⁴, mientras que otros autores han planteado que los límites no provienen de la idea de protección de bienes jurídicos²⁵. En la doctrina española, mayoritariamente, se utiliza el concepto del bien jurídico y se trata de relacionar con la limitación del *ius puniendi*. No obstante, por

-
17. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, en: DEMETRIO CRESPO/RODRÍGUEZ YAGÜE (dirs.), *DP-PG*, 3.ª ed., 2016, p. 7.
 18. DONINI, *RGDP*, núm. 13, 2010, p. 4: «en ausencia de límites de garantía construidos sobre un sistema de valores supraordenados [la pena] no sería más que el ejercicio de una violencia de Estado».
 19. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2010, p. 397.
 20. Por su parte, DONINI, *Nuevo Foro Penal*, vol. 7, núm. 76, 2011, p. 97: realiza una interesante reflexión en relación con el papel de los límites en el Derecho penal, distinguiendo el punto de vista interno del externo: «el *punto de vista interno* obliga necesariamente a tomar decisiones que a veces serán punitivas, constructivas, aunque fuese sólo para adoptar una menos punitiva que las demás. En otras palabras, no es posible una ciencia que sólo “limite” el área penal, pues una parte de esa área será necesariamente legitimada, conservada. (...) Por eso sólo un punto de vista rigurosamente externo parece coherente con tal opción. De esto se deriva que —considerada desde la perspectiva de la ciencia jurídico penal— la “ciencia de la limitación de la pena” queda como una indicación de tipo político, pero no como una concepción científica».
 21. BIRNBAUM, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, 2010 [1834].
 22. MIR PUIG, *Introducción*, 2.ª ed., 2003 [1976], p. 112.
 23. MIR PUIG, *Introducción*, 2.ª ed., 2003 [1976], pp. 113-114.
 24. ROXIN, *RECPC*, núm. 15, 2013, p. 2.
 25. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 4; AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, 1972, pp. 389-390; ZIPF, *Kriminalpolitik*, 2.ª ed., 1980, pp. 110 y ss.; JESCHECK, *StrafR AT*, 4.ª ed., 1988, § 26 I 2.

un lado, se advierten las carencias del desarrollo del concepto para cumplir dicha misión²⁶ y, por otro lado, es habitual su consideración como función del *ius puniendi* al servicio de la prevención²⁷, la cual puede dar lugar a la legitimación de la ampliación de lo punitivo²⁸. Por su parte, QUINTERO OLIVARES considera que no es cierto que el Derecho penal se encuentre condicionado por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos porque existen dificultades en la determinación del bien jurídico e, incluso, en algunos casos, no es posible determinarlo²⁹. Desde mi punto de vista, el principal problema de tratar de extraer el fundamento limitador de la teoría del bien jurídico es que esta plantea argumentos, no solo para limitar, sino también para ampliar el uso del poder punitivo. En este sentido, es necesario prestar atención a cómo se elabora el concepto de bien jurídico³⁰ y, a su vez, se debe tener en cuenta que, aunque se mejorase este concepto, difícilmente constituiría una teoría *suficiente* para servir de fundamento a los límites del *ius puniendi*³¹. Asimismo, el hecho de que los bienes jurídicos protegidos se

26. MIR PUIG, *Introducción*, 2.ª ed., 2003 [1976], pp. 115-116.

27. LUZÓN PEÑA, *DP-PG*, 3.ª ed., 2016, p. 33.

28. Por su parte, ZAFFARONI, *Derecho penal humano*, 2017, p. 85, señala que la introducción histórica de la idea de bien jurídico sí tuvo un sentido limitador del poder punitivo, y critica que «el penalismo idealista tergiversó y pervirtió esta limitación, y de la exigencia reductora de la *lesividad*, dedujo por vía de prestidigitación el concepto *amplificador* de un supuesto *bien jurídico tutelado*».

29. QUINTERO OLIVARES, *ADPCP*, vol. LXXIII, 2020, p. 31.

30. MIR PUIG, *Introducción*, 2.ª ed., 2003 [1976], pp. 115-116 y 123: por un lado, recuerda que el régimen nazi asumió la idea de bien jurídico, lo que «es, sin duda, la mejor muestra de la ineficacia limitadora de los conceptos que de aquél se manejaban». No obstante, por otro lado, afirma que «no cabe negar que una importante dirección actual utiliza el bien jurídico como bandera de una política criminal “liberal”. Más que la incapacidad del bien jurídico, en sí mismo, para servir de límite del *ius puniendi*, lo que la historia de este concepto demuestra es la falta de desarrollo de un concepto material del mismo capaz de cumplir tal misión». Para ello, considera que es necesario buscar en el terreno de lo social cuáles son «las *condiciones necesarias*, según la observación empírica, de un concreto *funcionamiento* de los sistemas sociales», que deben traducirse en «*concretas posibilidades de participación* del individuo en los procesos de interacción y comunicación social». También: MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP-PG*, 11.ª ed., 2022, p. 76: «el concepto de bien jurídico, como todos los conceptos normativos, es una creación artificial, el producto de un consenso o de un proceso constitutivo, en el que necesariamente es reelaborado y, a veces, manipulado y pervertido en sus elementos esenciales. De tal modo que poco se gana con decir que el Derecho penal protege bienes jurídicos, si antes no nos ponemos de acuerdo sobre lo que entendemos por tales».

31. MIR PUIG, *EPC*, vol. 14, 1989-1990, p. 215: «el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos es sólo uno de entre los distintos principios que deben limitar el *ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho». Asimismo, COBO DEL ROSAL/VIVES

determinan por el poder legislativo pone en entredicho que puedan desempeñar esa misión limitadora³². En cualquier caso, a pesar de la relevancia de las cuestiones anteriores —que hacen que no resulte conveniente depositar *toda* la carga de la limitación en el concepto de bien jurídico—, resulta obvio que este es imprescindible y que contribuye a la limitación del *ius puniendi*³³. Especialmente, porque poniéndose el foco en la protección de bienes jurídicos se evidencia con claridad esa doble cara o «doble filo»³⁴ del Derecho penal: «sólo puede proteger derechos lesionando derechos»³⁵. En consecuencia, deberá enunciarse el principio de exclusiva protección de bienes jurídico-penales, no como fuente o fundamento principal de limitación³⁶, sino como «uno de entre los distintos principios penales que deben limitar el *ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho»³⁷.

En la actualidad, la fuente más ampliamente reconocida de límites al poder de castigar de los Estados es su Constitución³⁸, donde se recogen los derechos fundamentales, donde se configura la forma de Estado social y democrático de Derecho, y donde se han recogido expresamente —y, también, implícitamente (confirmados por la jurisprudencia constitucional)— una serie de principios limitadores del *ius puniendi*. Este reconocimiento constitucional es fundamental, puesto que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, de manera que vincula a todos los poderes del Estado y, además, ofrece especiales mecanismos de protección frente a las

ANTÓN, *DP-PG*, 5.ª ed., 1999, p. 325, advierten que «el énfasis en torno a la función garantizadora del bien jurídico no debe ser exagerado». «La simple admisión del bien jurídico no representa, pues, en absoluto, una condición suficiente para la obtención de un adecuado sistema penal, aunque pueda considerarse una condición necesaria».

32. BACIGALUPO, en: MONTIEL (edit.), *La crisis del principio de legalidad*, 2012, p. 78.
33. ROXIN, *DP-PG*, t. I, 2.ª ed., 1997, p. 70; ROXIN/GRECO, *StrafR AT I*, 5.ª ed., 2020, p. 91.
34. VON LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, vol. I, 1970 [1905], p. 161.
35. MIR PUIG, *Bases constitucionales*, 2011, p. 67.
36. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP-PG*, 11.ª ed., 2022, p. 79: «no es por sí solo criterio suficiente para limitar el poder punitivo del Estado».
37. MIR PUIG, *EPC*, vol. 14, 1989-1990, p. 215. También es de esta opinión QUINTERO OLIVARES, *ADPCP*, vol. LXXIII, 2020, pp. 32-33.
38. La mayoría de la doctrina entiende la Constitución como una fuente de límites al poder de castigar, y rechaza la posibilidad de que en ella se sustenten mandatos de criminalización. Así: MIR PUIG, *EPC*, vol. 14, 1989-1990, p. 211; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1989, p. 69. En el mismo sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *ADPCP*, vol. XLIII, núm. 1, 1990, p. 11: debe rechazarse «cualquier pretensión de ver en ella un catálogo de bienes jurídicos a tutelar (obligatoriamente y con exclusión de otros) por la ley punitiva».

vulneraciones de sus previsiones. Respecto de los principios limitadores del *ius puniendi*, sin duda, el régimen constitucional ha dotado de fuerza normativa a numerosos principios, y es por eso por lo que gran parte de la doctrina extrae los límites al *ius puniendi* del texto constitucional, o, al menos, trata de vincular los principios limitadores con preceptos constitucionales. Algunos autores, incluso, consideran que es posible derivar un «programa penal de la Constitución»: un conjunto de postulados que sirvan de marco normativo político-criminal³⁹. No obstante, si bien el análisis que aquí se realizará quedará circunscrito al contexto y época actuales y evidenciará la importancia de vincular los límites con el texto constitucional —no solo de manera expresa, sino también implícitamente⁴⁰—, no debe olvidarse que los esfuerzos por limitar el ejercicio del poder de castigar se remontan a tiempos muy anteriores a la aparición de las Constituciones, de tal forma que muchos de los límites que hoy existen tienen un origen previo a los regímenes constitucionales.

La expresión teórica más acabada de la reivindicación de los límites al poder de castigar referida al modelo constitucional la encontramos en la *teoría del garantismo penal* de FERRAJOLI y su propuesta de un «Derecho penal mínimo»⁴¹. El autor italiano advierte un cambio de paradigma después de la Segunda Guerra Mundial, cuando se da entrada a un «nuevo constitucionalismo» caracterizado por su «rigidez», en el sentido de que las Constituciones dejan de ser meros «documentos políticos» y pasan a constituir los límites supremos a todos los poderes⁴². En este sentido, el concepto de «constitución rígida»⁴³ de FERRAJOLI se refiere a que parte del contenido de

39. ARROYO ZAPATERO, en: DEMETRIO CRESPO/RODRÍGUEZ YAGÜE (dirs.), *DP-PG*, 3.ª ed., 2016, p. 119.

40. BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *DP-PG*, 2006, p. 79: en ocasiones los principios limitadores «están implícitos en disposiciones constitucionales más amplias como, por ejemplo, las de los arts. 1, 9, 10 y 14 que al reconocer de modo general como base del Estado el respeto de la libertad, igualdad y dignidad de la persona, permiten en el ámbito particular del sistema penal formular otros específicos y más concretos deducibles de ellos».

41. Véanse, entre otros trabajos: FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 2.ª ed., 1997 [1989]; FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008; FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos*, 2014. Asimismo, en: PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y Derecho penal*, 2011, se realiza un análisis del garantismo y el Derecho penal, y, en consecuencia, de la obra de FERRAJOLI.

42. FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 28-29.

43. FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos*, 2014, p. 9: «Tras la Segunda Guerra Mundial, se afirmó a partir de esa profunda innovación en la estructura de los ordenamientos jurídicos de la Europa continental que fue la introducción de constituciones rígidas supraordenadas a la legislación ordinaria, con el sustento del control jurisdiccional de constitucionalidad. Como consecuencia, trajo un cambio en las condiciones

la Constitución —concretamente, los derechos fundamentales— pertenece a la «esfera de lo indecible»⁴⁴, de lo que *no* es discutible políticamente en el marco del modelo constitucional. Esto es así teniendo en cuenta que dicho modelo constitucional constituye ya una opción política que configura un determinado modelo de «Estado constitucional de Derecho»⁴⁵ y democrático basado en una «democracia constitucional»⁴⁶ —que integra tanto la dimensión formal como la sustancial⁴⁷—. A partir de estas consideraciones, FERRAJOLI elabora su *teoría del garantismo penal*, en la que las *garantías* son la otra cara de los derechos fundamentales. Así, «el garantismo es la cara, por así decir, activa del constitucionalismo, al ser las garantías las modalidades activas —las prohibiciones y las obligaciones— correlativas a las expectativas pasivas en que consisten todos los derechos»⁴⁸. El «garantismo penal» de FERRAJOLI constituye tanto «una doctrina filosófico-política de justificación del derecho penal»⁴⁹ como «una teoría jurídico-normativa de las garantías penales y procesales»⁵⁰. El resultado es la propuesta de un «Derecho penal mínimo», esto es, un Derecho penal que consista en un «sistema adecuado de garantías —penales y procesales—», apto para la consecución de dos fines: la prevención del delito y la prevención de la violencia de la pena⁵¹.

de validez de las leyes, ligadas ya no solo a las formas y los procedimientos de su producción, sino también a sus contenidos, es decir, a la coherencia de sus significados con los principios establecidos por las normas constitucionales, los primeros entre todos el de igualdad y los derechos fundamentales».

44. FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 102.

45. FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 209: se completa «el paradigma del Estado de derecho al someter también al legislador a la ley —a la ley constitucional, más precisamente— transformando así el viejo Estado de derecho en Estado constitucional de derecho».

46. FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 23: la esencia de la *democracia constitucional* «reside precisamente en el conjunto de límites impuestos por las constituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantías de derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus violaciones».

47. FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos*, 2014, p. 43: «La democracia constitucional ha transformado estos límites políticos [los que marcaban las constituciones políticas] en límites y reglas jurídicos».

48. FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos*, 2014, p. 29.

49. A diferencia de las teorías de la pena, el garantismo penal no se trata de una doctrina de justificación de la pena, sino del Derecho penal.

50. FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 198.

51. FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 252. Asimismo, BARATTA, *Criminología y sistema penal*, 2004, pp. 199 y ss., es otro de los grandes defensores de la idea de un

Junto al interés y la importancia de esta teoría general, la gran mayoría de la doctrina penal —adscribiéndose o no a la teoría anterior— ha afirmado la necesidad de la imposición de límites al poder de castigar —e, incluso, la necesidad de una «teoría de los límites del poder punitivo»⁵²—, los ha derivado y/o vinculado a la Constitución⁵³, y se ha referido a ellos enunciando un elenco de principios limitadores del *ius puniendi* y una serie de garantías jurídicas⁵⁴.

2. LOS PRINCIPIOS LIMITADORES DEL *IUS PUNIENDI* EN LA DOCTRINA PENAL

En prácticamente todos los manuales de Derecho penal hay un epígrafe o un capítulo dedicado a los principios limitadores del *ius puniendi*, en el que los distintos autores y autoras afirman que existen una serie de límites al poder de castigar que se articulan a través de la enunciación de unos principios que operan en nuestro modelo de Estado constitucional. A continuación, se realiza un breve repaso de los planteamientos que exponen algunos de los autores más representativos de la doctrina penal en nuestro contexto cultural, con el objetivo de esbozar cuál es el marco general en el que se sitúan las discusiones que se pretenden analizar.

«[U]n Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal», por lo que deben establecerse «límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del “Estado Leviatán”»⁵⁵. Así es como ROXIN deja clara la importancia y necesidad de los límites al *ius puniendi*, y también su actualidad, puesto

«Derecho penal mínimo», limitado por una serie de principios intrasistémicos (de carácter formal, funcional, personal) y extrasistémicos.

52. MIR PUIG, *Introducción*, 2.^a ed., 2003 [1976], p. 108.

53. AGUADO CORREA, en: LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, 2014, p. 31.

54. En este sentido, DONINI, *Nuevo Foro Penal*, vol. 7, núm. 76, 2011, p. 58, critica que el principal defecto del tecnicismo jurídico, «en el plano epistemológico (y al mismo tiempo político), era no plantear el problema de la legitimación del Derecho penal en el horizonte de la ciencia o, si se quiere, su reducción al valor de la obediencia a la voluntad general de la ley. (...) Solamente la visión constitucional le ha vuelto a dar al discurso científico, a nivel colectivo, esta irrenunciable dimensión. Con la aplicación sistemática de la Constitución al Derecho penal, nace una nueva orientación que renueva los paradigmas anteriores».

55. ROXIN, *DP-PG*, t. I, 2.^a ed., 1997, p. 137; ROXIN/GRECO, *StrafR AT I*, 5.^a ed., 2020, p. 213.

que considera que «la tensión entre la lucha preventiva contra el delito y la salvaguarda liberal de la libertad constituye un problema que actualmente tiene una importancia no inferior a la que tenía en tiempos de Liszt»⁵⁶.

El autor alemán enuncia tres principios limitadores fundamentales: el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad y el principio de legalidad. Desde la perspectiva limitadora, entiende que el principio de culpabilidad constituye la barrera al poder punitivo necesaria en un Estado de Derecho, que sirve como límite a la pena y es «absolutamente independiente de toda retribución»⁵⁷. ROXIN plantea una teoría preventiva de la pena, en la que propone la consecución simultánea de fines de prevención general y especial, pero advierte que un defecto de toda teoría preventiva es la ausencia de límites. Frente a esto, considera que es la prohibición de rebasar la culpabilidad la que ofrece una barrera al poder de castigar, que es independiente de los fines preventivos⁵⁸. Así, el principio de culpabilidad sirve como límite superior de la pena y, al mismo tiempo, no plantea ninguna objeción ante penas que, por exigencias preventivo-especiales, se queden por debajo de la medida de la culpabilidad, siempre que con ellas sea posible alcanzar los fines preventivo-generales mínimos⁵⁹. En este punto es donde se encuentra la gran diferencia de su propuesta frente a las teorías retributivas. Además, del principio de culpabilidad deriva la caracterización del Derecho penal como un Derecho penal del hecho, que vincula la punibilidad a «una acción concreta descrita típicamente», contraponiéndose al Derecho penal de autor, que la vincularía a «la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo»⁶⁰. ROXIN señala que, si bien hay autores, como MEZGER o BOCKELMANN, que han propuesto la coincidencia de la culpabilidad con el Derecho penal de autor, defendiendo una culpabilidad «por la conducción de la vida» o «por la decisión sobre la vida»⁶¹, la doctrina dominante rechaza este tipo de posiciones porque van en contra del Estado de Derecho⁶².

56. ROXIN, *DP-PG*, t. I, 2.ª ed., 1997, p. 224; ROXIN/GRECO, *StrafR AT I*, 5.ª ed., 2020, p. 318.

57. ROXIN, *DP-PG*, t. I, 2.ª ed., 1997, p. 100; ROXIN/GRECO, *StrafR AT I*, 5.ª ed., 2020, p. 156.

58. ROXIN, *DP-PG*, t. I, 2.ª ed., 1997, p. 99; ROXIN/GRECO, *StrafR AT I*, 5.ª ed., 2020, p. 156.

59. ROXIN, *DP-PG*, t. I, 2.ª ed., 1997, p. 103; ROXIN/GRECO, *StrafR AT I*, 5.ª ed., 2020, pp. 159-160.

60. ROXIN, *DP-PG*, t. I, 2.ª ed., 1997, p. 176; ROXIN/GRECO, *StrafR AT I*, 5.ª ed., 2020, p. 271.

61. ROXIN, *DP-PG*, t. I, 2.ª ed., 1997, pp. 180-181; ROXIN/GRECO, *StrafR AT I*, 5.ª ed., 2020, p. 274.

62. ROXIN, *DP-PG*, t. I, 2.ª ed., 1997, p. 181; ROXIN/GRECO, *StrafR AT I*, 5.ª ed., 2020, p. 275.

Con respecto al principio de proporcionalidad, ROXIN considera que se deriva del Estado de Derecho, pero entiende que constituye una fuente de limitación diferente del principio de culpabilidad, puesto que no ofrece un límite absoluto a la pena, sino que «significa solamente una prohibición del exceso en el marco de la duración de una sanción determinada sólo preventivamente»⁶³. Es decir, a partir del límite máximo que marca el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad opera teniendo en cuenta cuáles son las necesidades preventivas y, a partir de ellas, sirve como límite en el caso de determinar que se ha producido un exceso con respecto a aquellas. De este principio deriva, a su vez, el principio de subsidiariedad que consiste en que, de entre todas las medidas protectoras que el Estado puede tomar, las penales deben constituir la *ultima ratio*⁶⁴.

Finalmente, ROXIN se refiere al principio de legalidad penal, cuyos contornos actuales identifica con la versión creada en la época de la Ilustración⁶⁵. Por un lado, señala que el principio de legalidad penal se expresa a través de dos fórmulas: no hay delito sin ley y no hay pena sin ley⁶⁶. Y, por otro lado, afirma que implica cuatro consecuencias (las dos primeras dirigidas al poder judicial y las dos segundas al poder legislativo): prohibición de analogía, prohibición de Derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena, prohibición de retroactividad y prohibición de leyes penales y penas indeterminadas⁶⁷. Estas cuatro consecuencias coinciden con la caracterización de la ley penal como *lex scripta*, *lex certa*, *lex stricta* y *lex praevia*.

También en el ámbito de la doctrina penal alemana JESCHECK/WEIGEND afirman la necesidad de la imposición de límites al Estado en el ejercicio del *ius puniendi* y señalan que estos provienen del Derecho internacional y la Constitución, determinando la operatividad de una serie de «principios generales de la Política criminal»⁶⁸. En este caso, la enumeración de los principios es diferente a la de ROXIN, no tanto porque los principios que señalan sean otros, sino porque los presentan en un esquema que esta-

63. ROXIN, *DP-PG*, t. I, 2.ª ed., 1997, p. 103; ROXIN/GRECO, *StrafR AT I*, 5.ª ed., 2020, p. 159.

64. ROXIN, *DP-PG*, t. I, 2.ª ed., 1997, p. 65; ROXIN/GRECO, *StrafR AT I*, 5.ª ed., 2020, p. 86.

65. ROXIN, *DP-PG*, t. I, 2.ª ed., 1997, p. 144; ROXIN/GRECO, *StrafR AT I*, 5.ª ed., 2020, p. 219. También: JAKOBS, *DP-PG*, 1995, p. 79.

66. ROXIN, *DP-PG*, t. I, 2.ª ed., 1997, pp. 137-138; ROXIN/GRECO, *StrafR AT I*, 5.ª ed., 2020, pp. 213-215.

67. ROXIN, *DP-PG*, t. I, 2.ª ed., 1997, pp. 140-141; ROXIN/GRECO, *StrafR AT I*, 5.ª ed., 2020, pp. 215-216.

68. JESCHECK/WEIGEND, *DP-PG*, 5.ª ed., 2002, p. 13.

blece entre ellos relaciones diferentes. Por un lado, se refieren al principio de culpabilidad, pero no lo derivan del Estado de Derecho, pues precisamente este constituye un segundo principio, separado del anterior, que consideran el «principio director del conjunto de la actividad del Estado»⁶⁹. Este principio se integra de un concepto *formal*, en el que se sustentan las garantías de seguridad jurídica, como la prohibición de analogía o el mandato de determinación, y en un concepto *material*, que tiene como base el respeto a la dignidad humana, y del que derivan la prohibición de penas y tratos crueles y degradantes, la prohibición de exceso y el principio de igualdad⁷⁰. Finalmente, el tercer principio al que se refieren es el principio de humanidad, que implica tener en cuenta la personalidad del sujeto en la imposición y ejecución de las penas⁷¹.

Otro planteamiento diferente y muy interesante es el que presentan conjuntamente un autor alemán y otro español. HASSEMER/MUÑOZ CONDE señalan que, entendiendo el Derecho penal como «un Derecho respetuoso con el Estado de Derecho y orientado a las consecuencias»⁷², en el ámbito penal, operan criterios de justicia y de utilidad que, si bien están en una relación de tensión, son compatibles e irrenunciables. No obstante, afirman también que, en cualquier caso, con independencia de la misión que se encomiende al Derecho penal, esta siempre estará limitada por la idea del Estado de Derecho⁷³. En este sentido, señalan que, para que operen estos límites derivados del Estado de Derecho, el Derecho penal tiene que configurarse como un instrumento *formalizado*, esto es, «previsible, controlable y vinculado a principios y criterios de conformidad y disconformidad con las normas»⁷⁴ porque, de lo contrario, «sería una auténtica barbarie»⁷⁵. De los requisitos de tal formalización derivan los principios limitadores más importantes: por un lado, el principio de legalidad, para la previsibilidad, el control y la corrección de la intervención penal, y, por otro lado, los que denominan «principios valorativos», para evitar que el control social provoque lesiones jurídicas innecesarias. Estos principios son, entre otros, el principio de proporcionalidad, el principio de culpabilidad, el derecho de defensa o el principio *in dubio pro reo*. Todos ellos son principios que hacen

69. JESCHECK/WEIGEND, *DP-PG*, 5.^a ed., 2002, p. 28.

70. JESCHECK/WEIGEND, *DP-PG*, 5.^a ed., 2002, p. 29.

71. JESCHECK/WEIGEND, *DP-PG*, 5.^a ed., 2002, p. 29.

72. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1989, pp. 67-68.

73. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1989, p. 114.

74. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1989, p. 116.

75. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1989, pp. 117-118.

prevalecer los criterios de justicia sobre la efectividad, la cual «no reconocería ninguno de estos principios, porque desde un punto de vista pragmático son ciertamente más un obstáculo que una ventaja»⁷⁶.

Por su parte, LUZÓN PEÑA afirma que los límites del *ius puniendi* derivan de sus fundamentos: por un lado, del fundamento funcional, que se corresponde con la función de protección a través de la prevención y que indica que lo que fundamenta el recurso a las medidas penales es solo su «ineludible necesidad»; y, por otro lado, el fundamento político-constitucional vinculado con la forma de Estado social y democrático de Derecho⁷⁷. Esta distinción se asemeja a la que hacen HASSEMER/MUÑOZ CONDE entre criterios de utilidad y de justicia. Sin embargo, a diferencia de los autores anteriores —que entendían que los principios limitadores constituyen obstáculos desde el punto de vista de la utilidad—, LUZÓN PEÑA encuentra en la mayoría de los principios tanto un fundamento político-constitucional como uno funcional. Así, sin establecer una distinción *a priori* por sus fundamentos, enumera los siguientes principios limitadores: el principio de legalidad, el principio del Derecho penal del hecho, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos o lesividad, el principio de subsidiariedad, intervención mínima o *ultima ratio* y carácter fragmentario, el principio de efectividad, eficacia o idoneidad, el principio de proporcionalidad, el principio de culpabilidad, el principio de responsabilidad subjetiva, el principio de responsabilidad personal, los principios de humanidad o humanización y de resocialización, y la prohibición de *bis in idem*⁷⁸. Si bien presenta así los principios, después, explica las relaciones que existen entre ellos: por ejemplo, que el principio de responsabilidad por el hecho constituye una concreción y limitación del principio de legalidad y que ambos comparten tanto el fundamento como los fines⁷⁹, o que la prohibición de *bis in idem* se apoya en el principio de proporcionalidad⁸⁰.

MIR PUIG afirma que «la experiencia histórica —y presente— obliga a destacar con el mismo vigor la necesidad de que el *ius puniendi* respete en el ejercicio de su función los límites que impone la garantía del individuo»⁸¹, de manera que debería enunciarse una teoría de los límites del poder punitivo

76. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1989, p. 121.

77. LUZÓN PEÑA, *DP-PG*, 3.ª ed., 2016, p. 39.

78. LUZÓN PEÑA, *DP-PG*, 3.ª ed., 2016, p. 40.

79. LUZÓN PEÑA, *DP-PG*, 3.ª ed., 2016, p. 41.

80. LUZÓN PEÑA, *DP-PG*, 3.ª ed., 2016, p. 48.

81. MIR PUIG, *Introducción*, 2.ª ed., 2003 [1976], p. 107.

con el objetivo de evitar el «*abuso* del poder punitivo por parte del Estado»⁸². Para ello, propone contemplar el Derecho penal en su «sentido subjetivo» —como facultad punitiva del Estado—⁸³ y, considerando que esta facultad se puede fundar en distintas concepciones del Estado, parte de la concepción del Estado social y democrático de Derecho⁸⁴. Igual que LUZÓN PEÑA, MIR PUIG inicialmente derivaba los principios limitadores de los dos fundamentos del *ius puniendi*⁸⁵. Pero distinguía determinados principios que derivaban del fundamento funcional y otros del fundamento político. Por un lado, del fundamento funcional derivaba el principio de subsidiariedad, *ultima ratio* y carácter fragmentario y el principio de protección de bienes jurídicos⁸⁶. Por otro lado, respecto del fundamento político, apreciaba en él tres aspectos derivados de la forma de Estado: uno de tipo *formal*, que correspondiente con el Estado de Derecho, y dos de tipo *material*, uno vinculado al Estado democrático y el otro al Estado social.

Si bien, en un determinado momento, MIR PUIG hacía este análisis y afirmaba que del Estado social no se derivaban límites, sino que precisamente este aspecto permitía ensanchar la respuesta penal⁸⁷, posteriormente, ha reconocido en los tres componentes una base para limitar el *ius puniendi*⁸⁸. De esta forma, los principios que ubicaba en el fundamento funcional, los situó después también dentro del fundamento político, como expresión de la idea de Estado social en sentido limitador: «cuando se demuestre que una determinada reacción penal es inútil para cumplir su objetivo protector, deberá desaparecer»⁸⁹. Así, del Estado social deriva el principio de utilidad de la intervención penal⁹⁰, el principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal⁹¹, y el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos⁹², que en realidad también encuentra su fundamento en el Estado democrático y de Derecho⁹³. Del Estado de Derecho —que supone

82. MIR PUIG, *Introducción*, 2.ª ed., 2003 [1976], pp. 108-109.

83. MIR PUIG, *DP-PG*, 10.ª ed., 2015, p. 113.

84. MIR PUIG, *DP-PG*, 10.ª ed., 2015, p. 114.

85. MIR PUIG, *Introducción*, 2.ª ed., 2003 [1976], pp. 100-102.

86. MIR PUIG, *Introducción*, 2.ª ed., 2003 [1976], pp. 109-123.

87. MIR PUIG, *Introducción*, 2.ª ed., 2003 [1976], pp. 124-125.

88. MIR PUIG, *DP-PG*, 10.ª ed., 2015, p. 114.

89. MIR PUIG, *DP-PG*, 10.ª ed., 2015, p. 127.

90. MIR PUIG, *DP-PG*, 10.ª ed., 2015, p. 127.

91. MIR PUIG, *DP-PG*, 10.ª ed., 2015, p. 128.

92. MIR PUIG, *DP-PG*, 10.ª ed., 2015, p. 129.

93. MIR PUIG, *DP-PG*, 10.ª ed., 2015, p. 132.

el sometimiento de la potestad punitiva al Derecho— deriva el principio de legalidad⁹⁴. Y, finalmente, el Estado democrático obliga a que el Derecho penal conciba al sujeto dotado de dignidad, de igualdad y del derecho a la participación en la vida social⁹⁵, y de ello se derivan varios principios limitadores. En primer lugar, el principio de humanidad pone «topes a la dureza de las penas» y, aunque se entiende que históricamente viene aplicándose de manera progresiva, se considera que la pena de prisión todavía no se ha adaptado a sus exigencias y que aquella tendencia humanizadora se ha podido invertir en los últimos años⁹⁶. En segundo lugar, el principio de culpabilidad, en el que se incluyen varios límites: el principio de personalidad de las penas, el principio de responsabilidad por el hecho, el principio de dolo o culpa y el principio de imputación personal⁹⁷, todos ellos fundados en la dignidad humana y la exigencia de igualdad⁹⁸. En tercer lugar, el principio de proporcionalidad, que debe entenderse como un principio general del Derecho penal que sirve, no solo para limitar (como el principio de culpabilidad⁹⁹), sino, sobre todo, para graduar las penas en relación con el delito cometido y con la necesidad, desde el punto de vista de su importancia social¹⁰⁰. Y, en cuarto lugar, el principio de resocialización, que es resultado de la «exigencia democrática de que sea posible la participación de todos los ciudadanos en la vida social» y que, en el respeto de la dignidad humana, debe plantearse como oferta de posibilidades al sujeto que es libre de aceptar o rechazar¹⁰¹. A pesar de esta exposición diferenciada por la fundamentación de los principios limitadores en los distintos aspectos de la forma de Estado constitucional, MIR PUIG aclara que, en realidad, todos ellos se encuentran estrechamente relacionados, por lo que los distintos límites podrían fundarse en diferentes aspectos del Estado social y democrático de Derecho¹⁰².

Como se ha podido observar, en la propuesta de MIR PUIG de limitación del *ius puniendi*, se trata de conjugar la idea de la necesidad y eficacia

94. MIR PUIG, *DP-PG*, 10.^a ed., 2015, p. 114.

95. MIR PUIG, *DP-PG*, 10.^a ed., 2015, p. 114.

96. MIR PUIG, *DP-PG*, 10.^a ed., 2015, p. 134.

97. MIR PUIG, *DP-PG*, 10.^a ed., 2015, pp. 135-137.

98. MIR PUIG, *DP-PG*, 10.^a ed., 2015, p. 136.

99. MIR PUIG, *DP-PG*, 10.^a ed., 2015, p. 139: MIR PUIG no considera que del principio de culpabilidad se pueda extraer la medida de la pena, sino que solo sirve para establecer las condiciones para la imputación, de manera que, para ajustar la pena, es necesario el principio de proporcionalidad.

100. MIR PUIG, *DP-PG*, 10.^a ed., 2015, p. 139.

101. MIR PUIG, *DP-PG*, 10.^a ed., 2015, p. 140.

102. MIR PUIG, *DP-PG*, 10.^a ed., 2015, p. 114.

de los medios penales con el establecimiento de límites que también se fundamentan en dichos planteamientos funcionales. Asimismo, los límites se derivan directamente de los aspectos del Estado constitucional, de manera que se enuncian principios constitucionales limitadores del poder de castigar.

Hay otras formas de exponer los principios limitadores del *ius puniendi* que también resultan interesantes, como la que proponen MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, quienes se refieren únicamente a dos límites de los cuales consideran derivados todos los demás: el principio de intervención mínima y el principio de «intervención legalizada» del poder punitivo del Estado¹⁰³. Por un lado, el principio de intervención mínima deriva de la gravedad de las consecuencias penales y de la consideración de la pena como «un mal sólo justificado por su necesidad para mantener los presupuestos de la convivencia»¹⁰⁴, de manera que exige la subsidiariedad del Derecho penal¹⁰⁵, su condición de *ultima ratio*. Con la proclamación de este principio, la utilización de la teoría del bien jurídico como límite al *ius puniendi* parte de que «los bienes jurídicos no sólo deben ser protegidos *por* el Derecho penal, sino también *ante* el Derecho penal»¹⁰⁶, e implica que no todos los bienes jurídicos deben protegerse penalmente ni hacerlo de todos los posibles ataques que puedan sufrir (fragmentariedad del Derecho penal¹⁰⁷). Además, estos autores consideran que este principio tiene también implicaciones en las consecuencias jurídicas del delito, respecto de las que operan el principio de humanidad y el principio de proporcionalidad¹⁰⁸. Por otro lado, el principio de «intervención legalizada del poder punitivo del Estado», o principio de legalidad, tiene como objetivo evitar el ejercicio arbitrario

103. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP-PG*, 11.ª ed., 2022, p. 66.

104. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP-PG*, 11.ª ed., 2022, p. 66.

105. MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 2001 [1975], p. 134: advierte que no hay que confundirla con la *tesis de la subsidiariedad* o el carácter secundario del Derecho penal que señala que la rama penal se construye a partir de otras ramas jurídicas. También, en: MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP-PG*, 11.ª ed., 2022, pp. 68-69: «cuando hablamos de carácter subsidiario del Derecho penal no nos referimos a que sea menos importante, ni a que dependa de otras ramas del Ordenamiento, ni a que se limite a sancionar las conductas que se regulan y prohíben en otros sectores del Derecho, sino a que el Derecho penal es el último recurso, la *ultima ratio*. Carácter subsidiario no significa, por tanto, que el Derecho penal no tenga entidad en sí mismo, o que dependa de las demás ramas jurídicas».

106. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP-PG*, 11.ª ed., 2022, p. 78.

107. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP-PG*, 11.ª ed., 2022, p. 79.

108. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP-PG*, 11.ª ed., 2022, p. 83.

e ilimitado del poder punitivo estatal y preservar la seguridad jurídica¹⁰⁹. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN consideran que este principio constituye un «freno para una política penal demasiado pragmática que, decidida a acabar a toda costa con la criminalidad y movida por razones defensistas o resocializadoras demasiado radicales, sacrifique las garantías mínimas de los ciudadanos»¹¹⁰.

Lo que destaca del planteamiento de MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN es, en primer lugar, que solo formulan dos principios —a pesar de que, después, de ellos deriven muchos otros—. En segundo lugar, destaca la centralidad que se otorga al principio de intervención mínima y su consideración como un principio fundamental del Derecho penal¹¹¹. Por último, la tercera cuestión destacable es que no se hace referencia al principio de utilidad social o necesidad, sino todo lo contrario: se advierte de los peligros de una orientación en este sentido, y los límites operan precisamente para frenarla.

Por su parte, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN entienden que los límites al *ius puniendi* se expresan en unos principios penales que agrupan en tres bloques¹¹². En primer lugar, el principio de legalidad, que, por un lado, cumple funciones técnicas (de precisión en la técnica legislativa) y funciones políticas (de materialización del Estado de Derecho y de los valores básicos de la libertad y la igualdad)¹¹³; y, por otro lado, tiene consecuencias, no solo formales, sino también materiales, por las que se vincula con los principios de Derecho penal del hecho, de ofensividad y de lesividad¹¹⁴. En segundo lugar, el principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio es considerado un «principio informador del Derecho punitivo»¹¹⁵, dado que «rige el establecimiento y aplicación de toda suerte de medidas restrictivas de los derechos y libertades»¹¹⁶. Es decir, las exigencias de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto deben regir tanto en la configuración legislativa como en «la aplicación judicial o administrativa de cualquier clase de medidas restrictivas de las libertades»¹¹⁷. Finalmente,

109. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP-PG*, 11.ª ed., 2022, p. 85.

110. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP-PG*, 11.ª ed., 2022, p. 85.

111. CEREZO MIR, *DP-PG*, t. I, 6.ª ed., 2004, p. 21.

112. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *DP-PG*, 5.ª ed., 1999, p. 64.

113. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *DP-PG*, 5.ª ed., 1999, pp. 73-75.

114. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *DP-PG*, 5.ª ed., 1999, p. 72.

115. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *DP-PG*, 5.ª ed., 1999, p. 82.

116. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *DP-PG*, 5.ª ed., 1999, p. 81.

117. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *DP-PG*, 5.ª ed., 1999, p. 84.

se refieren a un grupo de «otros» principios, entre los que se encuentran: el principio *ne bis in idem*, el principio de igualdad, la presunción de inocencia (de la que entiende que se deriva el principio *in dubio pro reo*) y el principio de humanidad¹¹⁸.

Para terminar con esta aproximación a algunos de los planteamientos doctrinales sobre los principios limitadores del *ius puniendi*, es relevante la reciente obra de LASCURAÍN SÁNCHEZ en la que el autor, apreciando las importantes diferencias que existen en relación con «qué entiende cada autor por principio y en cómo operan los principios en su relación entre ellos y con las reglas del ordenamiento», lleva a cabo un análisis detallado, en el que trata de recoger el «sustrato de ese consenso sobre una idea común de justicia penal» que subyace a la formulación de los principios¹¹⁹. En primer lugar, este autor considera que los principios provienen de los valores básicos del ordenamiento, en los que se basa su sistema de organización política y social¹²⁰. Los valores a los que se refiere son la igualdad, la dignidad, la libertad, la seguridad y la paz¹²¹. LASCURAÍN SÁNCHEZ entiende que estos valores son los propios del sistema democrático y que, a partir de ellos, es posible elaborar el «esquema de principios penales democráticos» que considera más adecuado¹²²: un «hexágono de principios básicos», formado por el principio de legalidad (1) —de carácter formal—, los principios de proporcionalidad (2), culpabilidad (3) e igualdad (4) —los tres de carácter material—, la prohibición de penas inhumanas (5) y el mandato de resocialización (6)¹²³.

El planteamiento de LASCURAÍN SÁNCHEZ resulta interesante por la vinculación que establece entre los que denomina «valores democráticos» y los distintos principios básicos que presenta. En este sentido, entiende que lo que caracteriza a los principios es que tienen un «fuerte trasfondo valorativo»¹²⁴. Asimismo, destaca la minuciosa sistematización que realiza este autor para exponer los principios y subprincipios, y las relaciones que aprecia entre ellos. No es posible abordar aquí, de forma pormenorizada, el esquema de LASCURAÍN SÁNCHEZ, pero conviene al menos dejar dibu-

118. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *DP-PG*, 5.^a ed., 1999, pp. 91-98.

119. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Principios penales democráticos*, 2021, p. 16.

120. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Principios penales democráticos*, 2021, p. 17.

121. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Principios penales democráticos*, 2021, pp. 19-23.

122. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Principios penales democráticos*, 2021, p. 17.

123. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Principios penales democráticos*, 2021, p. 31.

124. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Principios penales democráticos*, 2021, p. 33.

jadas sus líneas generales, como otro ejemplo de estructuración posible que aporta ideas muy interesantes. En primer lugar, respecto del principio de legalidad —fundado en los valores de seguridad jurídica e igualdad—, deriva de él cuatro postulados o subprincipios: la reserva de ley, el mandato de determinación, la prohibición de retroactividad desfavorable y la vinculación del órgano judicial a la ley¹²⁵. En segundo lugar, del principio de proporcionalidad —cuyo fundamento es el valor de la libertad— deriva cuatro subprincipios: el de lesividad, el de idoneidad, el de intervención mínima y el de proporcionalidad estricta. Además, entiende que la prohibición de *bis in idem*, a pesar de que estructuralmente no se trata de un subprincipio del principio de proporcionalidad, sí constituye una expresión de este, también inspirado en el valor de la libertad¹²⁶. En tercer lugar, se encuentra el principio de culpabilidad —cuyo valor informador es la dignidad y el consecuente reconocimiento de la autonomía personal— del que se extraen varios subprincipios: el subprincipio del hecho, el subprincipio de la voluntariedad, el de imputabilidad, el del dolo y la imprudencia, y el subprincipio de exigibilidad¹²⁷. También se vincula al principio de culpabilidad el de personalidad de las penas¹²⁸. En cuarto lugar, el principio de igualdad —evidentemente, fundamentado en el valor de la igualdad— da lugar a la «prohibición de diferenciación irrazonable»¹²⁹. En quinto lugar, se refiere a la prohibición de penas inhumanas o degradantes¹³⁰ —apoyada en el valor de la dignidad—. Respecto de este principio no enumera subprincipios sino formas penales que considera indignas y, por tanto, que deben quedar proscritas: las penas corporales, las de exclusión social, las «avergonzantes», las de despersonalización o transformación de la personalidad y las de «desesperanza»¹³¹. Por último, se refiere al mandato resocializador —informado por los valores de la igualdad y la dignidad—¹³².

Finalmente, en la propuesta de LASCURAÍN SÁNCHEZ destaca que, si bien no se enuncia un principio de utilidad o de eficacia, el autor reconoce

125. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Principios penales democráticos*, 2021, p. 24.

126. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Principios penales democráticos*, 2021, pp. 25-26.

127. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Principios penales democráticos*, 2021, p. 29.

128. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Principios penales democráticos*, 2021, pp. 108-109.

129. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Principios penales democráticos*, 2021, p. 134.

130. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Principios penales democráticos*, 2021, p. 153: rechaza la denominación de «principio de humanidad de las penas» por considerarla cínica, dado que se hace llama «humana» a una imposición intencional de un mal.

131. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Principios penales democráticos*, 2021, p. 156.

132. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Principios penales democráticos*, 2021, p. 31.

en el principio de legalidad, además de la fundamentación en valores, un fundamento de eficacia preventiva, puesto que, desde el punto de vista funcional, la existencia previa de la norma es un requisito ineludible¹³³. Por otro lado, respecto del principio de proporcionalidad, se hace referencia a un subprincipio de eficiencia, también llamado de proporcionalidad estricta. En realidad, este subprincipio no se corresponde exactamente con la idea de utilidad o eficacia: se refiere a los posibles objetivos que pueden alcanzarse con la pena en términos preventivos, pero no pone el foco en la consecución de esos objetivos, sino que el centro se encuentra en el balance que resulta de comparar lo logrado en términos preventivos con lo negado en términos de libertad¹³⁴. Por tanto, desde el punto de vista de los límites al *ius puniendi*, se deja a un lado la perspectiva preventiva y solo se incorpora en aquellos puntos en los que aparece condicionada o al servicio de la orientación limitadora.

Como se ha podido observar a través de la exposición de las ideas aportadas por la doctrina penal, existen algunas cuestiones sobre las que se puede apreciar cierto consenso, pero hay otras que presentan mayor diversidad. La afirmación de los principios limitadores del *ius puniendi* es compartida por la práctica totalidad de la doctrina penal. También existe consenso respecto de la enunciación de algunos de los principios, concretamente, el de legalidad, el de proporcionalidad y el de culpabilidad, que aparecen en casi todas las propuestas que se pueden consultar. Sin embargo, se observa una considerable disparidad en el esquema de los principios, en sus fundamentos, en las relaciones entre ellos y en sus consecuencias¹³⁵. Por eso, con el objetivo de establecer unas bases sobre las que sea posible desarrollar cuestiones relacionadas con la aplicación de los principios limitadores del *ius puniendi*, a continuación, se presentan las ideas y estructuras en las que se va a apoyar el análisis teórico de este trabajo. No se trata, en ningún caso, de la formulación de una especie de teoría general de los principios, como quizás sí puedan considerarse algunas de las propuestas de autores experimentados que se han expuesto. En este caso, solo se pretende trazar algunas líneas necesarias para emprender el recorrido hasta las ideas que centran esta investigación. En este sentido, las determinaciones que se realizarán no se corresponden con una mirada esencialista sobre las cuestiones que se

133. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Principios penales democráticos*, 2021, p. 41.

134. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Principios penales democráticos*, 2021, p. 87.

135. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Fundamentos de Política criminal*, 2012, p. 32: señala la multiplicidad de principios y la confusión entre ellos, y advierte que «se corre el peligro de que no sirvan para mucho».

tratan, sino que tienen un carácter meramente instrumental —aunque, por supuesto, se basan en un importante esfuerzo argumentativo que pretende sostenerlas—.

3. UNA PROPUESTA DE FUNDAMENTACIÓN Y ORDENACIÓN DE LOS PRINCIPIOS LIMITADORES DEL *IUS PUNIENDI*

Nuestro sistema jurídico se construye a partir del fin general de la preservación de una convivencia pacífica en sociedad, el cual implica el fin general de reducción de la violencia, que es la otra cara de la moneda: una sociedad pacífica es aquella *libre* de violencia. Este fin no es exclusivo del sistema penal, sino de todo el sistema jurídico y social, que se propone alcanzarlo por medio de las distintas políticas públicas que puede implementar el Estado.

Aunque no se atribuye en exclusiva al ámbito penal, mayoritariamente se entiende que, para alcanzar una convivencia social pacífica, es necesario que el Estado ostente el poder de castigar¹³⁶. No obstante, al mismo tiempo se reconoce que el ejercicio del *ius puniendi* supone violencia. De lo anterior se derivan los dos fines del Derecho penal —como cuerpo jurídico encargado de configurar el ejercicio del poder punitivo—: el fin de reducción de la *violencia de los delitos* y el fin de reducción de la *violencia de las penas*¹³⁷. Esta es la antinomia en la que se ha enmarcado tradicionalmente la discusión en la doctrina penal, por la que los autores y autoras se han dedicado a analizar cuáles son los límites que debe establecer el Derecho penal al *ius puniendi* para que este pueda considerarse legítimo. Sin embargo, a pesar de la influencia del garantismo penal y la adscripción al mismo de gran parte de la doctrina penal, es necesario remarcar su centralidad y analizar en profundidad sus implicaciones para poder derivar de esta perspectiva las bases sobre las que deben asentarse los principios limitadores del poder de castigar.

136. No obstante, esta idea es radicalmente cuestionada desde las posiciones abolicionistas, como las que han defendido, entre otros: MATHIESEN, *The Politics of Abolition*, 1974; CHRISTIE, *Limits to pain*, 1981; o HULSMAN/BERNAT DE CELIS, *Sistema penal y seguridad ciudadana*, 1984.

137. FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 194: «la única justificación racional que puede ofrecerse del derecho penal, como alternativa a las hipótesis abolicionistas, es que permita reducir, o sea minimizar, la cantidad de la violencia en la sociedad: no sólo la violencia de los delitos, sino también la violencia de las reacciones frente a los delitos». Asimismo: SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2010, pp. 211 y ss.

Por un lado, el fin de reducción de la *violencia de los delitos* atribuye al Derecho penal una *función preventiva* o de *eficacia preventiva*. Hay que tener en cuenta que este fin y esta función no son exclusivamente penales, sino que los medios penales constituyen solo una de las vías posibles para la consecución de dicho objetivo. Esta cuestión es crucial porque evidencia que, si el Derecho penal no es la única opción, antes de afirmar la procedencia de su aplicación para prevenir los delitos, es necesario valorar la conveniencia de las otras opciones posibles¹³⁸. En esta valoración se deben tomar en consideración, no solo la eventual pertinencia de otro tipo de medidas, sino también —y especialmente—, las implicaciones que tiene el uso de los instrumentos penales para el fin de reducción de la *violencia de los delitos*¹³⁹. Por otro lado, el fin de reducción de la *violencia de las penas* atribuye al Derecho penal una *función de garantía* o de protección de la libertad. En este caso, sí se trata de una función exclusiva del Derecho penal: no hay alternativa a la protección de los derechos en el ámbito del ejercicio del *ius puniendi* si no es el Derecho penal el que se encarga de hacerlo. Estas consideraciones evidencian que la *función de eficacia preventiva* —el fin de reducción de los delitos— se encuentra supeditada a la *función de garantía*, teniendo en cuenta que la primera es posible articularla por otras vías y que, además, genera una corriente en contra del fin general de reducción de la violencia —o, lo que es lo mismo, del fin general de la preservación de una convivencia social pacífica—. Además, contribuye a esta idea el hecho de que existan muchas dudas sobre la capacidad preventiva del sistema penal¹⁴⁰ —incluso sobre la

138. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP-PG*, 11.ª ed., 2022, p. 81.

139. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP-PG*, 11.ª ed., 2022, p. 26: hay que tener en cuenta que «el Derecho penal, tanto en los casos que sanciona como en la forma de sancionarlos, es, pues, violencia».

140. PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, 1990, pp. 227 y ss.: señala, por un lado, que no existen evidencias empíricas directas sobre los efectos preventivos, solo indicios, y, por otro lado, que, además, existe una absoluta contradicción en la interpretación de la comisión de delitos desde esta perspectiva: mientras algunos consideran que la comisión de delitos evidencia la ineficacia preventiva de la pena, otros piensan que su eficacia preventiva se evidencia porque, de no existir la pena, se cometerían muchos más delitos. También: LARRAURI PIJOAN, *ADPCP*, vol. L, 1997, pp. 152 y ss.: afirma que «una de las cuestiones más dudosas y discutidas es la capacidad del derecho penal para prevenir delitos»; a continuación, expone una serie de argumentos que muestran dicho cuestionamiento a la eficacia preventiva; y, finalmente, concluye advirtiendo «que la prevención general es la más perfecta de las ideologías porque empíricamente ni se deja confirmar ni se deja desmentir y, en consecuencia, siempre se puede recurrir a ella para legitimar el derecho penal». Asimismo, pone en duda el efecto preventivo general HASSEMER en *¿Por qué castigar?*, 2016, pp. 74-75: «Por lo que se refiere a la prevención general: Realmente, ¿dejamos de darle un puñetazo a nuestro vecino porque este hecho

posibilidad de llegar a comprobarla¹⁴¹—. Esto es consecuencia, fundamentalmente, de que el fin de la prevención de los delitos remite al ámbito del comportamiento humano, y las posibilidades que existen de condicionarlo jurídicamente son limitadas y diversas —en función de las circunstancias concretas y los otros múltiples factores condicionantes—. Sin embargo, en el caso de la *función de garantía* o prevención de la *violencia de las penas*, lo que se trata de condicionar es el funcionamiento de los instrumentos penales, un ámbito en el que, desde luego —a pesar de que la previsión de garantías no asegura la evitación de todos los excesos penales—, las posibilidades jurídicas de determinación, previsión y control son mucho mayores.

Partiendo de estos fines de reducción de la violencia, y de la relación descrita entre ellos —la prevalencia de la *función de garantía* del Derecho penal respecto de la *función de eficacia preventiva*—, de ello se deriva un principio general¹⁴²: el principio *favor libertatis*, que consiste en que, siempre que sea posible, la libertad debe prevalecer sobre a la coacción, es decir, que debe favorecerse la libertad. Constituyen concreciones de este principio general, por un lado, la regla *in dubio pro reo*¹⁴³, en relación con la interpretación de los hechos; y, por otro lado, la regla *in dubio pro libertate*¹⁴⁴, en relación con la

esté tipificado como delito en el Código penal, o simplemente porque no entra dentro de nuestro estilo de vida, de nuestras propias convicciones o de las normas sociales que hemos aprendido? ¿Tiene la prohibición penal de matar, robar o injuriar realmente un efecto preventivo general, o éste se debe más bien a las normas sociales prohibitivas que ya hemos visto anteriormente están profundamente arraigadas y que son las que hacen que las conductas sigan el camino correcto?».

141. BARATTA, *Poder y Control*, núm. 0, 1986, p. 85: «la realización efectiva de la función disuasiva de la pena no está empíricamente demostrada. Se puede incluso pensar razonablemente, en base a consideraciones metodológicas, que dicha teoría no es ni siquiera demostrable».
142. BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *DP-PG*, 2006, p. 79: señalan que los principios limitadores del *ius puniendi* tienen un tronco común: «el principio ilustrado del reconocimiento de la posición antinómica del individuo frente al poder. Es este principio básico el que informa la normativa constitucional de los derechos fundamentales y éstos a su vez limitan el *ius puniendi*».
143. El principio *in dubio pro reo* opera en relación con la determinación de los hechos que permiten la aplicación de una norma penal: cuando existan dudas sobre los hechos, es decir, dudas fácticas —ejemplo, no existan pruebas suficientes que los acrediten—, la regla debe ser su indeterminación, lo que impide la aplicación de las normas penales, es decir, lo que favorece la libertad. Este es un principio admitido y ampliamente utilizado en el ámbito procesal penal, y que se conecta con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).
144. El principio *in dubio pro libertate* opera en relación con la interpretación de las normas jurídicas: cuando existan dudas sobre cómo debe interpretarse una norma jurídica,

es decir, dudas jurídicas — por ejemplo, porque una norma penal pueda aplicarse en dos sentidos contrapuestos, o porque su redacción sea confusa o ambigua y no esté claro si los hechos resultan o no subsumibles en ella—, la regla debe ser su interpretación a favor de la libertad. El TS ha hecho referencia a este principio, y a su distinción con respecto al *in dubio pro reo*, en varias de sus resoluciones. Véase, por todas, la STS 68/2013, de 27 de enero [R] 2013, 68], FJ 4: «debe quedar también claro que el principio *in dubio pro reo* no es aplicable a las dudas jurídicas sino a las fácticas. De modo que solo debe operar cuando el Tribunal tiene dudas sobre algún extremo relativo a los hechos probados y resuelve la duda en contra del reo. Pero no ha de aplicarse ese principio a las dudas que pudieran plasmarse en la fundamentación de una sentencia en relación con la calificación jurídica, supuesto en que habría que operar, en su caso, con el principio *in dubio pro libertate* y no con el *in dubio pro reo*. En efecto, es reiterada la jurisprudencia de esta Sala en la que se afirma que en los supuestos en los que, tras aplicarse los distintos criterios o métodos de interpretación jurídica de las normas, no quepa llegar a una conclusión clara sobre si los hechos resultan o no subsumibles en la norma penal, debe operarse con el principio *in dubio pro libertate* (SSTS 2400/1993, de 30-10; 529/2001, de 2-4; 994/2001, de 1-6; y 301/2007, de 24-4, entre otras). Criterio que también ha aplicado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando se trata de aplicar las normas propias de la prisión provisional y del derecho penitenciario (SSTC 147/2000, 305/2000, 121/2003, 24/2005 y 95/2007, entre otras)». La mayoría de las SSTC se refieren a este principio en el concreto caso de la interpretación de las normas para la aplicación de la prisión provisional, teniendo además en cuenta su excepcionalidad. No obstante, la STC 24/2005, de 14 de febrero [RTC 2005, 24], se refiere a la aplicación de este principio en relación con la concesión de los permisos ordinarios de salida: para la denegación de un permiso, se exige «la comprobación de la existencia de intereses relevantes que limitan la inicial inclinación de la decisión *pro libertate*, a favor de la concesión del permiso» (FJ 3). En el ámbito doctrinal, DÍEZ RIPOLLÉS, *JpD*, núm. 30, 1997, p. 15, concibe el *in dubio pro libertate* desde una perspectiva político-criminal —cuando se plantea qué se debe penar—, de manera que se traduce en «la renuncia a penar comportamientos si hay dudas respecto a su lesividad social» y también debe servir para «deslegitimar el mantenimiento de decisiones previas de penalización». Por su parte, LASCURAÍN SÁNCHEZ, en: PÉREZ MANZANO/LASCURAÍN SÁNCHEZ (dirs.), *La tutela multinivel*, 2016, p. 147, apunta que la extensión del *in dubio pro reo* propio de la determinación de los hechos a la interpretación del Derecho constituiría un «criterio rompedor». En este sentido, LUZÓN PEÑA, *DP-PG*, 3.ª ed., 2016, p. 95, explica que «el *in dubio pro reo* es concebido por un sector de doc. y jurisprud. también como un principio general de interpretación de las leyes penales en el sentido de que, si es dudoso el tenor y sentido de una disposición penal, habría que optar siempre por la interpretación restrictiva de la responsabilidad criminal y por tanto más favorable para el reo; se trataría de la vertiente material del principio procesal penal *in dubio pro reo*, que en materia interpretativa tiene el sentido *in dubio pro libertate* para mantener lo más amplio posible el ámbito de libertad del inculpado, en virtud de la máxima *odiosa sunt restringenda, favorabilia sunt amplianda*: las normas desfavorables —odiosas— deben restringirse (en su aplicación), las favorables deben ampliarse». En opinión de LUZÓN PEÑA, la interpretación *pro libertate* debería ser de aplicación «solamente cuando la aplicación de los diversos criterios siga sin dar una solución clara o preferible y subsistan fuertes dudas entre los argumentos, ventajas e inconvenientes de una u otra acepción,

interpretación de las normas jurídicas, entre ellas, los principios jurídicos. Por tanto, *in dubio pro libertate* será la regla o el criterio rector para la interpretación del sentido y la aplicación de todos los principios del Derecho penal.

La consecuencia de la previsión de este criterio rector de los principios del Derecho penal es que todos ellos deben ser entendidos como principios *limitadores*, que operan *frente al* poder punitivo a favor de la libertad, y que en ningún caso pueden servir para ensanchar o intensificar el castigo¹⁴⁵. Esta es una idea que hunde sus raíces en la concepción liberal del Estado de Derecho y, en este sentido, reclama que «es absolutamente necesario tener presente la perspectiva histórica y política» que anima los principios¹⁴⁶: conviene no olvidar que los principios limitadores del *ius puniendi* se crearon para poner fin a un ejercicio del poder de castigar arbitrario y cruel, y que, mientras se sigan utilizando instrumentos punitivos, resulta absolutamente necesario que operen para tratar de contrarrestar el riesgo inherente de un incremento punitivo sin límites¹⁴⁷. Asimismo, es importante señalar que, en la actualidad, estos principios limitadores ostentan un fundamento constitucional y muchos de ellos han sido positivizados¹⁴⁸. Además, en relación con los límites al *ius puniendi*, la actual forma de Estado social y democrático de Derecho no se contrapone al Estado liberal clásico, sino que constituye una evolución del anterior en términos de garantías, de forma que estas deben proteger a todas las personas¹⁴⁹. Por eso, más allá de la argumentación expuesta hasta ahora, esta idea se sustenta también en las condiciones para la legitimidad constitucional del Derecho penal¹⁵⁰. La CE es la norma suprema de nuestro ordenamiento y reconoce la vigencia de una serie de valores superiores que se encuentran positivizados y que, junto a los derechos fundamentales, constituyen los fundamentos constitucionales para la limitación del *ius puniendi*. De esta forma,

entonces sí que es preferible inclinarse por el principio *in dubio pro reo* o *pro libertate* en materia de interpretación de las normas penales».

145. Me refiero al fenómeno que VIVES ANTÓN, *Fundamentos*, 2.ª ed., 2011, p. 669, denomina como la «inversión del sentido de los principios».

146. FRIGOLS I BRINES, *Fundamentos de la sucesión de leyes*, 2004, p. 213.

147. FRIGOLS I BRINES, *Fundamentos de la sucesión de leyes*, 2004, p. 438.

148. FRIGOLS I BRINES, *Fundamentos de la sucesión de leyes*, 2004, p. 211.

149. MIR PUIG, *Introducción*, 2.ª ed., 2003 [1976], p. 107: «El derecho penal *social* no debe sustituir sino completar la unilateralidad del derecho penal *liberal*. La síntesis habrá de alcanzarse en un derecho penal *democrático*, que impondrá a su vez límites propios a la facultad punitiva del Estado». También: JARIA I MANZANO, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/JARIA I MANZANO (coord.), *Derecho penal constitucional*, 2015, p. 174.

150. MIR PUIG, *Bases constitucionales*, 2011, pp. 14-15.

el poder punitivo debe ejercerse dentro de unos márgenes establecidos constitucionalmente, puesto que, más allá de los mismos, no hay Derecho penal, sino solo «fuerza bruta»¹⁵¹, «violencia de Estado»¹⁵², «barbarie»¹⁵³.

Desde el punto de vista constitucional, el principio *favor libertatis* y la regla *in dubio pro libertate*, se identifican con el valor superior de la libertad, enunciado en el art. 1 CE. Además, el valor de la libertad mantiene una estrecha relación tanto con la dignidad —considerada constitucionalmente como un «mínimum invulnerable» (STC 120/1990, de 27 de junio [RTC 1990, 120]), que constituye un «freno a la instrumentalización del individuo» (STC 181/2004, de 2 de noviembre [RTC 2004, 181])—, como con el valor de la igualdad, tanto formal como material. Así, la tendencia hacia la máxima libertad debe ser entendida en sentido «material»¹⁵⁴, teniendo en cuenta los condicionantes que deben superarse para garantizar que toda persona esté en condiciones de ejercer sus «derechos de libertad»¹⁵⁵, los cuales constituyen los principales límites al *ius puniendi*. Por tanto, se reconocen una serie de valores constitucionales superiores que fundamentan estos límites¹⁵⁶ y que deben servir de «inspiración del resto de garantías»¹⁵⁷.

Del principio general *favor libertatis*, la regla *in dubio pro libertate* y los valores constitucionales es de donde se deben extraer los presupuestos para determinar los principios limitadores del *ius puniendi* y el sentido de su interpretación y aplicación. Y aquellos también deben ser la referencia para, como señala VIVES ANTÓN, «comprobar si, en efecto, las pautas que establecen son un trasunto de dichos principios o, por el contrario, entran en pugna con ellos»¹⁵⁸. Es decir, este principio rector y estos valores deben operar como criterios para la crítica y la vigilancia constantes de las interpretaciones y aplicaciones que se hagan de los principios limitadores, con el objetivo de que no pueda obviarse nunca que se trata de principios que operan *frente al* poder de castigar del Estado —generando *garantías de libertad*—, y que no pueden ser utilizados para ampliarlo.

151. VIVES ANTÓN, *Fundamentos*, 2.ª ed., 2011, p. 692.

152. DONINI, *RGDP*, núm. 13, 2010, p. 4.

153. ARROYO ZAPATERO, en: DEMETRIO CRESPO/RODRÍGUEZ YAGÜE (dirs.), *DP-PG*, 3.ª ed., 2016, p. 118.

154. CARBONELL MATEU, en: ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (dirs.), *LH-Barbero Santos*, 2001, p. 130.

155. FERRAJOLI, *Isonomía*, núm. 27, 2007, p. 196.

156. LUZÓN PEÑA, *DP-PG*, 3.ª ed., 2016, p. 46.

157. FRIGOLS I BRINES, *Fundamentos de la sucesión de leyes*, 2004, p. 229.

158. VIVES ANTÓN, *Derecho y cambio social*, año 7, núm. 22, 2011, p. 1.

ESTUDIOS

La ejecución de la pena de prisión constituye una fase del ejercicio del *ius puniendi* que tradicionalmente ha recibido poca atención por parte de la doctrina penal. En este trabajo, se lleva a cabo un análisis jurídico-penal crítico sobre la ejecución penitenciaria en el Estado español y se defiende la tesis de que los principios limitadores del *ius puniendi* deben aplicarse plenamente en esta fase para proteger los derechos de las personas privadas de libertad. Para ello, en primer lugar, se analizan los principios limitadores del poder punitivo desde una perspectiva teórica, y se elabora una propuesta de fundamentación y estructuración de estos principios. En segundo lugar, se afirma y justifica la relevancia jurídico-penal de la ejecución de la pena de prisión, y se alude a la necesidad de que la doctrina penal se ocupe de su estudio y crítica. Con este objetivo, se analiza el sistema penitenciario español, extrayendo sus rasgos fundamentales, y se formula un criterio de relevancia jurídico-penal para este ámbito. En tercer lugar, el examen de los cambios político-criminales de las últimas décadas y de sus manifestaciones en el ámbito penitenciario (el *Derecho penitenciario del enemigo*, el *Derecho penitenciario del riesgo* y el *derecho de las víctimas al encierro del agresor*) evidencia —todavía en mayor medida— la necesidad de poner límites al poder de castigar en esta fase. A continuación, el desarrollo del criterio de relevancia jurídico-penal enunciado anteriormente conduce al análisis de una serie de decisiones penitenciarias graduadoras de la libertad ambulatoria, tanto desde una perspectiva normativa como práctica. La aproximación práctica incluye un estudio basado en el análisis de la información extraída de entrevistas, resoluciones judiciales y otros documentos acerca de la concesión de los permisos ordinarios de salida en la práctica administrativa y judicial. Sobre la base de todo lo anterior, en la última parte de esta obra, se presenta una propuesta de aplicación de los principios limitadores a la fase de ejecución de la pena de prisión que incluye el reconocimiento y la activación de garantías jurídicas que protejan los derechos de las personas privadas de libertad. Si bien deben reconocerse las limitaciones del enfoque jurídico garantista en una institución como la cárcel, este resulta imprescindible mientras se siga utilizando la privación de libertad como respuesta penal.

ISBN: 978-84-10286-95-4

