

Eduardo Ariza Ugalde

Doctorando de la Univ. de Barcelona, España. Socio de la FICP.

~La teoría de la pena desde un abordaje descriptivo~

Sumario. I. Introducción. II. Oteando la historia. 1. Teorías Retributivas. 2. Teorías Preventivas. a) Teorías de las Prevención Negativa. b) Teorías de la Prevención Positiva. 3. Teorías Unitarias de la pena. 4. Derecho Penal del Enemigo. III. Frenos materiales al populismo. 1. Prohibición de tortura y de tratos inhumanos y degradantes. a) El art. 3 CEDH. b) ¿Qué es inhumano y qué es degradante? 2. El art. 15 CE. IV. Enfoque descriptivo: ¿qué hace la pena? ¿qué pretende el Legislador? V. Legislación irracional: epistemología y control judicial. VI. Conclusiones: Prolegómenos de una teoría de la pena. 1. Coda: ¿Se convertirán las Furias en las Euménides?

Resumen. El análisis de las diferentes teorías de la pena que compendiamos a continuación, nos muestra que las distintas concepciones de este constructo doctrinal adoptan puntos de partida preconcebidos de carácter prescriptivos. En esta comunicación, ofrecemos una alternativa descriptiva de la teoría de la pena, centrada en su realidad social y su génesis histórica. Nuestra principal conclusión es que nuestro ordenamiento jurídico se encuentra inmerso en una tensión resultante de la colisión entre unos mandatos constitucionales e internacionales que abogan por un derecho penal garantista y prudente en la imposición de castigos, frente al auge del populismo punitivo. La incoherencia entre ambas tendencias se enmascara en supuestas motivaciones preventivas, pese a total ausencia de evidencias empíricas que respalden dicho proceder.

Palabras clave. Teoría de la Pena, Interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos, dogmática penal, populismo punitivo.

I. INTRODUCCIÓN

La teoría de la pena en *la otra vertiente teórica* de esta rama de la dogmática jurídica, acompañando a la teoría del delito.

Bastará con echarle un vistazo al índice del manual para darse cuenta de que ese rol protagonista conferido a la pena no se corresponde con el peso asignado a su constructo doctrinal. Mientras la teoría del delito ocupa la práctica totalidad de sus páginas, a la teoría de la pena raramente se le asigna un capítulo entero, despachándose, por norma general, con algunos epígrafes más bien breves. Por supuesto, el valor de una tesis doctrinal no se mide a peso. Pese a su rol secundario en los estudios teóricos generalistas, existen una infinidad de monografías y artículos sobre la teoría de la pena. Además, esta despierta interés de otras ciencias social humanísticas, principalmente la criminología. No obstante, bajo esta anécdota, subyace una problemática más profunda, en la concepción dogmática penal de la teoría de la pena.

Si tuviésemos que explicarle a un lego qué es la teoría del delito, cada jurista con sus propias palabras, le diría algo como: son las reglas conceptuales que nos permiten

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

determinar si los preceptos del Código Penal o, en su defecto, de las llamadas leyes penales especiales, han de aplicarse a un supuesto de hecho. Por tanto, operan como instrucciones para distinguir las conductas criminales de aquellas impunes, determinando, en su caso, el concreto delito de que se trata, así como si el sujeto merece de un reproche punitivo o, pese a obrar sin culpabilidad, se hace conveniente imponerle una medida de seguridad, a causa de su peligrosidad, expresada en una o varias conductas antijurídicas.

Ahora imaginemos que el lego nos pregunta, a continuación, por la teoría de la pena. Responderle se nos hace más difícil en esta ocasión. Sin detenernos a meditarlo un poco, resulta confuso determinar qué objeto analiza esta construcción dogmática.

La teoría de la pena no examina qué pena se aplica a unos hechos constitutivos de delito. Eso compete, en realidad, a la teoría del delito, que, como acabamos de mencionar, fija los parámetros para decidir ante qué delito estamos, así como apreciar, si es oportuno, la presencia de agravantes o atenuantes. La propia redacción de nuestra legislación penal vincula cada tipificación delictiva con un marco punitivo –o con diversos marcos, cuando establece penas alternativas o cumulativas¹. Más importante aún, la pena concreta que se impone en cada caso no se precisa aplicando unas concretas reglas teóricas, sino que se concede al juzgador un margen de arbitrio para fijarla, tanto *de lege lata* como en la jurisprudencia consolidada.

En pocas palabras, no integra el objeto de la teoría de la pena la selección de qué castigo punitivo corresponde a un delito, ni la severidad con que habrá de imponerse dentro de los parámetros establecidos *ex lege*. Tampoco le compete pronunciarse sobre si la conducta ha de castigarse con una pena, o bien le corresponde la aplicación de una medida de seguridad. Ya hemos mencionado que este dilema se analiza en sede de culpabilidad, ergo también pertenecer a la ratio de estudio de la teoría del delito.

Aunque suene redundante, el objeto de la teoría de la pena se reduce al estudio de las penas, como castigos previstos en las normas penales. En apariencia, su formulación habría de decantarse entre dos perspectivas: a) describir las penas como aquello que son,

¹ En el caso de las penas alternativas, en un sentido amplio, podemos contemplar no sólo los supuestos en que *de lege lata* se da a elegir al juzgador entre dos penas de distinta naturaleza, sino también aquellos casos en que una pena de trabajos de servicio comunitario o multa penal se convierten en penas de privación de libertad (arts. 49 y 53 CP).

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

analizándolas *de lege lata*; o b) trazar una propuesta ideal de la pena en términos *de lege ferenda*. Sin embargo, en el planteamiento de la teoría de la pena, suele acentuarse ese vicio de la Academia que consiste en decir que se describe lo que es, cuando en realidad se retuerce la interpretación de la realidad, asegurando que coincide con aquello que se considera *correcto*. Con semejante proceder, la dogmática se desliza por la pendiente del esperpento, ya que necesita ignorar las informaciones resultantes de la observación empírica y, a menudo, al propio Legislador cuando exprese directamente una concepción de la pena disconforme con el *deber ser* en la perspectiva doctrinal sostenida. Una alternativa de iguales consecuencias a este proceder, consiste en dar por sentado que el Legislador se ha equivocado, que no ha expresado lo que quería expresar, como hace MIR PUIG² con las penas aprobadas para las personas jurídicas en el Código Penal³.

El trabajo académico es cada vez más ingrato. Pese a que detrás de las propuestas resultantes de esta labor se acumulan horas de estudio y reflexión, estas suelen desecharse por la clase política, tildándolas de elitistas, o ridiculizándolas como extravagancias irrealizables fuera de la torre de marfil donde se presume que habita el académico. O lo que es peor, el Legislador ni tan siquiera les dedica un instante de atención.

Sin duda algunos académicos se hacen merecedores de tales reproches, pero, si se examina honestamente la labor doctrinal en su conjunto, enseguida se comprueba que se trata de una minoría. De hecho, de un tiempo a esta parte, la doctrina no cesa en su empeño por poner los pies en el suelo, mientras, cada año emborronan más páginas de los diarios oficiales, como el B.O.E. español, lo que NIETO califica de “chatarra legal”⁴, legislación

² “Además de las consecuencias accesorias para organizaciones carentes de personalidad jurídica del art. 129, la LO 5/2010 introdujo en el CP, “penas” para entidades dotadas de personalidad jurídica. Aunque el CP usa aquí el mismo término –“penas”– que, para las personas físicas, todo aconseja entender que estamos frente a una clase diferenciadas de sanciones” en MIR PUIG, S., Derecho Penal..., 10ª ed., 2016, p. 838.

³ Sobre la novedad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico, véanse entre otros muchos estudios: GÓMEZ JARA, C., Fundamentos Modernos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española, Madrid, Editorial Montevideo-Buenos Aires, 2010, p. 91-116, 282-320 y 408-511; SILVA SÁNCHEZ, J. Mª, Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa, 2ª ed., Madrid, Editorial Montevideo-Buenos Aires y Edisofer S.L., 2016, p. 285-366; MARTÍNEZ-BUJÁN, C., Derecho Penal Económico y de la empresa. Parte General, 5ªed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, p. 77-99 y 571-574; GÓMEZ MARTÍN, V. y VALIENTE IVÁÑEZ, V., Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica, en: DÍAZ MORGADOM C. (coord.), Manual de Derecho Penal, Económico y de Empresa. Parte General y Parte Especial, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, p. 128-158.

⁴ Por ser precisos, NIETO, A., en Crítica de la Razón Jurídica, Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2007, p. 89, se refiere a normas jurídicas que en la praxis nunca llegan a aplicarse, porque el supuesto de hecho ya no

populista, cuya única aspiración se reduce a modificar la percepción emocional de la población sobre una cuestión social, sin afectar a su realidad empírica en modo alguno.

Más adelante abordaremos de nuevo la relación o, más bien, el divorcio cada vez más acentuado entre Legislador y realidad. El *ius puniendi* se presta especialmente al desenfreno populista que no por complacer a la población, se ajusta mejor a la racionalidad empírica, en términos epistemológicos de la razón práctica kantiana.

Hecha esta crítica, no hemos de olvidar ni por un instante que la calidad del trabajo académico exige sobre todo de honestidad metodológica y, por qué no decirlo, de una brizna de humildad. Si nuestra propuesta teórica es ignorada o ha dejado de ser válida *de lege lata* porque el Legislador, con buen o mal criterio, ha añadido tres palabras rectificadoras, que decía H. VON KIRCHMANN, reduciendo a polvo décadas de trabajo dogmático, hay que aceptarlo por duro que resulte.

En coherencia, debemos clarificar nuestro método de trabajo –sin despreciar otras opciones– desde el inicio. A partir de un repaso crítico de las distintas teorizaciones históricas de la pena, nuestra toma de postura se basa en un enfoque descriptivo y no prescriptivo. Así, el propósito de estas páginas se resume perfectamente en tres preguntas: ¿qué efecto consiguen las penas en la sociedad? ¿explican ese efecto su verdadero propósito y por qué se ha conservado su existencia? ¿qué límites certeros conoce el *ius puniendi* hoy?

II. OTEANDO LA HISTORIA

1. Teorías Retributivas

“Porque Dios es el autor del mal de la pena, no de la culpa”
Santo Tomás DE AQUINO

La filósofa Martha NUSSBAUM⁵ atribuye al pensamiento mágico el origen de la identificación entre castigo y justicia, creencia aún hoy muy extendida en la sociedad. De

existe, porque no su introducción probatoria en el proceso resulta casi imposible o por cualquier otra razón similar.

⁵ NUSSBAUM, M., *La ira y el perdón. Resentimiento, generosidad, justicia*, 1ªed., México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2018, pp. 35 y 47.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

algún modo, al castigar a quién ha obrado mal, el ser humano estima que se ha restaurado el orden correcto, la justicia, casi en términos de metafísica cósmica.

La cosmogonía de los primeros pueblos nos habla a menudo de una batalla entre el caos y el orden⁶, personificado aquel último por las deidades. El orden se erige en la fuente de la moral y la ética, justificándose las reglas que provienen de los mitos en la vía para evitar los males del caos⁷. El monoteísmo dará un paso al frente prescindiendo de dicha perspectiva cósmica en favor de una visión personal de la relación con Dios, el Señor. La ética resultante ya no busca preservar el orden cósmico, porque la divinidad no precisa de la cooperación humana para ello. Se trata de obedecer a Dios, por gratitud y para ganar su favor. Más llamativa resulta en la perspectiva monoteísta la presencia del caos, del mal, o de la misma muerte. ¿Cómo han sido capaces de adentrarse en un universo perfecto y bondadoso, a semejanza del Creador? Su origen no se aduce a Dios, sino que queda explicado por un acto de desobediencia a la Divinidad, o lo que es lo mismo, por el pecado⁸. En definitiva, para la mayoría de civilizaciones antiguas, el universo empieza con una lucha entre el orden y el caos, o bien con la fuerza de un Dios todopoderoso que capaz de crear el todo desde la nada. La autoridad humana, en las primeras civilizaciones fundamenta su legitimidad en la emulación terrenal del rol de la Deidad en el cosmos o de

⁶ TRUYOL Y SERRA, A. Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado I. De los orígenes a la baja Edad Media, 1ªed., Madrid, Alianza Universidad, 1978, pp. 17-25.

⁷ El discurso mítico entrafía siempre una mínima función explicativa sobre el origen del mundo, en la que a menudo se entrecruzan datos históricos con otros netamente ficticios. TRUYOL Y SERRA, A. Historia de..., 1978, p. 17-36; ESCUDERO, J. A. Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-Administrativas, 4ªed., Madrid, Solana e Hijos, 2012, pp. 17-44. KI-ZERBO, J., Historia del África Negra. De los orígenes a las independencias, 1ªed., Barcelona, Ediciones Bellaterra S.L., 2011, pp. 26-30; DOGGETT, D., Mitología: Mitos, Leyendas y fantasías, 1ªed., Barcelona, RBA Libros, S.A., 2005, pp. 10-16; y FREUD, S., Tótem y tabú, 4ªed., Madrid, Alianza Editorial S.A., 2011, Cfr. RIVAS ALBA, J.M., Prehistoria del Derecho. Sobre una «genética» de los sistemas jurídicos y políticos desde el Paleolítico, 1ªed., Madrid, Almuzara Ediciones S.L., 2015, pp. 86-92. Sobre la patologización del crimen véase: FOUCAULT, M., Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión, 2ªed., Barcelona, Siglo Veintiuno Ediciones, 2018 y FOUCAULT, M., Diálogos sobre el poder y otras conversaciones, 3ªed., Madrid, Alianza Editorial S.A., 2018, pp. 44-63. Cfr. SOREL, G., Reflexiones sobre la violencia, 3ªed., Madrid, Alianza Editorial, S.A., 2016, pp. 144-167.

⁸ TRUYOL Y SERRA, A. Historia de..., 1978, pp. 17-21; DOGGETT, D., Mitología..., 1ªed., 2005, pp. 10-16; FREUD, S., Tótem..., 4ªed., 2011; Cfr. KRAUSE, K. C. F., Ideal de la humanidad para la vida, 1ªed., Barcelona, Editorial Planeta-De Agostini S.A., 1996, pp. 191-212.; y sobre la interpretación Hegeliana del mito y la religión, véase KUNG, H. R., La encarnación de Dios. Introducción al pensamiento teológico de Hegel como prolegómenos para una cristología futura, 1ªed., Barcelona, Editorial Herder S.A., 1974, pp. 55-67, 93-148 y 547-603; KELSEN, H., ¿Por qué obedecer al Derecho?, en KELSEN, H. ¿Qué es la Justicia? 1ªed., L'Hospitalet de Llobregat, Ariel, 2008, pp. 183-194.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

la obediencia a su voluntad⁹. El paralelismo entre crimen y pecado se hace evidente en como los primeros códigos de la humanidad entremezclan prohibiciones afrentas a los dioses y a los templos, con delincuencia ordinaria¹⁰.

El papel de la autoridad pública al establecer o, más bien, *recibir* la ley¹¹ se resume en salvaguardar el orden frente al caos, en proteger la pureza del pecado. Semejantes deberes se hacen extensivos a toda la comunidad, motivo por el cual la autotutela jurídica no es extraña en estos ordenamientos jurídicos, especialmente cuando la consolidación de un mecanismo institucional capaz de centralizar el enjuiciamiento y punición de los delitos es aún demasiado incipiente¹².

⁹ ESCUDERO, J. A. Curso de Historia..., 4ªed., 2012, pp.86-89, ejemplifica el caso del mito fundacional de Tartessos. Sin embargo, la lucha entre el orden y el caos se aprecia en casi todas las culturas, como en el origen cosmológico mesopotámico, en Egipto, personificada no sólo en el momento de la Creación, sino en la lucha diaria en Ra y Apofisis. En la tradición grecorromana, la lucha entre las divinidades olímpicas y los titanes ilustra este combate, si bien, se da la paradoja de que el Caos como divina puede ser interpretado como padre de Urano, Gea y, en todo caso, según Hesíodo, de Erebo y de Nix (noche). El potencial creador del vacío se sustenta etimológicamente Χάος [caos] literalmente significa “espacio que se abre”, lo que la acercaría a culturas como la hindú. Por otro lado, en ocasiones, el caos se convierte no sólo en el origen sino en un fin cíclico, que se repite una y otra vez, como sucede en las leyendas de las culturas precolombinas, especialmente los aztecas. DOGGETT, D., Mitología..., 1ªed., 2005, pp. 16-202, 284-340, 474-490; TRUYOL Y SERRA, A. Historia de..., 1978, pp. 23-24, 33-36, 40-44; BOTTÉRO, J., Mesopotamia. La escritura, la razón y los dioses, 1ªed., Madrid, Cátedra, 2004, pp. 233-338; a mayor abundamiento, NUSBAUM, M., La ira..., 2018, pp. 47-57.

¹⁰ BOTTÉRO, J., Mesopotamia..., 2004, pp. 187-220; LARA PEINADO, F. (Trad. Ed.) y LARA GONZÁLEZ, F. (Trad. Ed.), Los primeros códigos de la humanidad, 2ªed., Madrid, TECNOS, 2009, pp. XV-XL y 5-17.; LARA PEINADO, F. (Trad. Ed.), Código de Hammurabi, 4ªed., Madrid, TECNOS, 2012, pp. XVI-XXXII., y 7-52; RASCÓN GARCÍA, C. y GARCÍA GONZÁLEZ, J. Mª., Ley de las XII Tablas, 4ªed., Madrid, Tecnos, 2011; y BERNABÉ, A. (Ed.) y ÁLVAREZ-PEDROSA, J.A. (Ed.), Historia y leyes de los hititas. Textos del Reino Medio y del Imperio Nuevo, 4ªed., Madrid, Ediciones Akal, 2004, p. 15-28.

¹¹ TRUYOL Y SERRA, A. Historia de..., 1978, pp. 23-24, 33-36, 40-44 y 61-89. En la tradición helénica, PLATÓN, Las Leyes, 3ªed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p.73, menciona tradición según la cual Apolo dio sus leyes a los Lacedemonios; amén del ejemplo por antonomasia, Moisés, narrado en los Libros del Éxodo, Levítico, Números y Deuteronomio, finales del Pentateuco, véanse: COHN, H. H., Los derechos humanos en la Biblia y en el Talmud, 1ªed., Barcelona, Riopiedras Ediciones, 1996, pp. 9-11; y ASIMOV, I., La tierra de Canaán, 3ªed., Madrid, Alianza Editorial S.A., 2012, pp. 68-132.

¹² KELSEN, H., Principios de Derecho Internacional Público, 1ª ed., Granada, Editorial Comares, 2013, pp. 8-12. La teoría del Estado de la naturaleza en que el hombre vive aislado y decide unirse para vivir en sociedad se encuentra bastante extendida, entre ellas el propio PLATÓN, Las Leyes, Libro IV; así como la tradición aristotélica, la patrística, llegando al renacimiento, al liberalismo inglés y a la Ilustración dieciochesca donde origina la teoría del contrato social, especialmente en las tesis de ROUSSEAU, posteriormente rechazada como evento histórico, aunque alegorizada por RAWLS, J., Teoría de la Justicia, 2ªed., Ciudad de México, Fondo de Cultura, 2018; Cfr. STRAUSS, en STRAUSS, L. (Coord.) y CROPSEY, J. (Coord.), Historia de la Filosofía Política, 1ªed., México D.F., Fondo de Cultura, 2017, pp. 43-76, 85-95, FORTIN, E.L., en Ibid., pp. 177-190 y 195-199; BERNS, L., en Ibid., pp. 377-399, GOLDWIN, R, en Ibid., pp. 451-485 y BLOOM, A., Ibid. pp. 529-548; TRUYOL Y SERRA, A. Historia de..., 1978, pp. 147-155, 191-194, 247 y ss.; TRUYOL Y SERRA, A., Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado II. Del Renacimiento a Kant, 1ªed., Madrid, Revista Occidente, 1976, pp. 157-166, 185-187, 258-272; TRUYOL Y SERRA, A., Historia

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

La lógica del talión emana de esta concepción cósmica de la justicia. Si una mala acción ha dañado el orden justo, mediante el castigo a su autor se compensa esta acción, restableciendo el ideal de justicia, como bien apunta NUSSBAUM. En los primeros códigos de la humanidad se recogen principalmente la pena de muerte, la mutilación u otra forma de castigos físicos. La distinción entre el ilícito civil y el penal aún no está clara¹³, esto se aprecia expresamente en los castigos pecuniarios. Los ilícitos de daños a la propiedad, incluidos los esclavos, se saldan con una reparación económica, incluso los daños deliberados. Con todo, advertimos modalidades remotas de confiscación como una sanción pecuniaria de origen marcadamente *iuspublicista*¹⁴.

La distinción que en esta época ya se tiene muy clara es que existen unos delitos con una víctima concreta, mientras otros, tales como la brujería o el sacrilegio ponen en peligro a toda la sociedad. Su ofensa contra los dioses es tal que, en caso de permitirlos, toda la comunidad puede sufrir la ira divina¹⁵. Esta idea ha perdurado hasta bien entrado el siglo XIX, en los «crímenes contra la naturaleza», que concebían determinadas conductas contrarias a la moral dominante como un peligro para el conjunto de la sociedad, de modo que puniciones tales como la persecución de la homosexualidad, hallaban un fundamento último en la prevención de la cólera divina que podría desembocar en un nuevo castigo como el de Sodoma y Gomorra¹⁶. Y es que la *deidad* y la *naturaleza*, ya se sabe, son buenas excusas para justificar la institucionalización de los instintos agresivos.

de la Filosofía del Derecho y del Estado 3. Idealismo y positivismo, 1ªed., Madrid, Alianza Editorial S.A., 2004, pp. 177-184; y en detalle, HOBBS, T., *Leviatán*, 1ª ed., Madrid, Gredos, 2015, pp.139-144.

¹³ KELSEN, H., *Principios de...*, 1ª ed., 2013, pp. 14-18.

¹⁴ LARA PEINADO, F. (Trad. Ed.) y LARA GONZÁLEZ, F. (Trad. Ed.), *Los primeros códigos...*, 2ªed., 2009, pp. XV-XL y 5-17.; LARA PEINADO, F. (Trad. Ed.), *Código...*, 4ªed., 2012, pp. XVI-XXXII., y 7-52; RASCÓN GARCÍA, C. y GARCÍA GONZÁLEZ, J. Mª., *Ley de...*, 4ªed., 2011; y BERNABÉ, A. (Ed.) y ÁLVAREZ-PEDROSA, J.A. (Ed.), *Historia y...*, 4ªed., 2004, p. 15-28

¹⁵ Los primeros Códigos Legales de la Humanidad y las leyes hititas contienen notables efectos en esta materia. Posteriormente volveremos a hablar de las últimas. LARA PEINADO, F. (Trad. Ed.) y LARA GONZÁLEZ, F. (Trad. Ed.), *Los primeros códigos...*, 2ªed., 2009, pp. XV-XL y 5-17.; LARA PEINADO, F. (Trad. Ed.), *Código...*, 4ªed., 2012, pp. XVI-XXXII., y 7-52; RASCÓN GARCÍA, C. y GARCÍA GONZÁLEZ, J. Mª., *Ley de...*, 4ªed., 2011; y BERNABÉ, A. (Ed.) y ÁLVAREZ-PEDROSA, J.A. (Ed.), *Historia y...*, 4ªed., 2004, p. 15-28.; adicionalmente, podemos citar el caso de Roma y otros pueblos occidentales, como los celtas en que el incesto se consideraba desencadenante de la cólera divina. COHN, H. H., *Los derechos...*, 1996, pp. 53-61.

¹⁶ STONE, G. R., *Sex and the Constitution*. 2ªed., Nueva York, Liveright, 2017, p. 14-15, 43-44, 78, 81, 85, 212-213.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

Poco a poco, el derecho mesopotámico introduce matices de proporcionalidad. Estos ya se aprecian con nitidez en la Ley Mosaica¹⁷. *Mutatis mutandis*, estas concepciones acerca de que la pena restaura la justicia, el bien y el orden se mantendrán a lo largo de toda la Edad Media sobreviviendo, en gran medida, hasta nuestros días¹⁸. La ruptura conceptual, no obstante, llega. Empieza en la Ilustración, cuando el imperativo categórico kantiano pasará a fundamentar el castigo penal exclusivamente en la idea de la racionalidad humana, coherente con el progresivo acercamiento al deísmo que se va afianzando en el seno de la filosofía dieciochesca¹⁹.

Para el paseante de Königsberg, la Ley es un producto de la razón crítica práctica²⁰, conformada por la deducción de una serie de imperativos, los enunciados normativos, cuya validez racional viene determinada por su universalidad, es decir, porque en cualquier circunstancia y tiempo, su aplicación sea correcta. De este modo, se supera la concepción del iusnaturalismo como un derecho vinculado u otorgado por la Divinidad para erigirlo en un producto de la razón y de la ética, concepción sobre la ley justa que, con muy pocas variaciones se mantiene hasta nuestros días²¹. En el ámbito de la pena, su concepción de la

¹⁷ COHN, H. H., *Los derechos...*, 1996, pp. 123-137 y ASIMOV, I., *La tierra...*, 3ªed., 2012, pp. 68-84.; y Dt. 25,2 “Conforme a la magnitud del delito, así será el número de los azotes”.

¹⁸ Acerca de la *cristianización* de la pena, véase, SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma de Teología I*, 2ªed, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2017, pp. 480 y ss. [Parte I cuestión 48] y SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma de Teología II*, 3ªed., Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2011, pp. 865-867 [Parte I-II, Cuestión 105]; Sobre el Aquinate te véanse FORTIN, E. L. en STRAUSS, L. (Coord.) y CROUSEY, J. (Coord.), *Historia de...*, 2017, pp. 243-267; sobre GROCIO, véase, COX, R.H., *Ibid.*, 368-377. Cfr. con la visión no cristiana de ALFABARI y MOISÉS MAIMÓNIDES, en MAHDI, M. y LERNER, R., en *Ibid.*, pp. 205-224 y 225-243; y, respectivamente, TRUYOL Y SERRA, A., *Historia de...*, 1978, pp. 331-345; y TRUYOL Y SERRA, A., *Historia de...* 1976, pp. 144 y 156.

¹⁹ KANT, I., *Crítica de la razón práctica*, 2ªed, Madrid, Alianza Editorial S.A., 2016 y KANT, I., *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*, 1ªed., México D.F., Universidad Autónoma de México, 1978. Hasta ese momento, a vemos recta razón como estrictamente vinculada a Dios, con algunos matices como los dados por HOBBS y MAQUIAVELO, sin embargo, a partir de entonces la tendencia deísta consolida un Dº Natural producto de la ética abstracta y racional, ya deslindada de la ley divina. Véanse Strauss, L., en STRAUSS, L. (Coord.) y CROUSEY, J. (Coord.), *Historia de...*, 2017, pp. 286-304; BERNS, L., en *Ibid.*, pp. 377-399; y TRUYOL Y SERRA, A., *Historia de...*, 1976, pp. 9-17 y 157-165.

²⁰ TRUYOL Y SERRA, A., *Historia de...*, 1976, pp. 302-308; HASSNER, P., en STRAUSS, L. (Coord.) y CROUSEY, J. (Coord.), *Historia de...*, 2017, pp. 549-562 y 569-572.

²¹ STUART MILL, J., *Sobre la libertad*, 1ª ed., Madrid, TECNOS, 2018; ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 10ªed, Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2011, pp. 54 y ss.; SAN AGUSTÍN DE HIPONA, *Las Confesiones*, 6ª ed., Madrid, San Pablo, 2011, pp. 343-347; ALVARADO PLANAS, J. en *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, 1ªed., México D. F., Comisión Nacional de los Derechos Humanos México & Universidad Nacional a Distancia, 2004, pp.67-78; y STRAUSS, L. (Coord.) y CROUSEY, J. (Coord.), *Historia de...*, 2017, pp. 138-157, 158-176, 286-305, 486-505, 549-589, 639-646, y 737-798; interesante resulta señalar el parecer de GROCIO, H., *Del Derecho de la Guerra y de la Paz*, 1ªed, Madrid, Editorial Reus, 1925, pp. 52-54, cuando define el Dº Natural como producto de la recta razón siendo este "tan

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

dignidad humana conduce a KANT a rechazar todo utilitarismo en la pena, al que él se refiere como *εὐδαιμονία* [eudemonia, tanto de carácter preventivo, como rehabilitador. En este último aspecto es severa su crítica contra el marqués de BECCARIA²². El ser humano no debe ser infantilizado, intimidándolo con la amenaza de la pena, o tratado con paternalismo. De ahí que la pena haya de aplicarse incluso en el supuesto *claramente inútil* de que una sociedad que está a punto de disolverse.

La postura de KANT puede antojarse un mero capricho de sus convicciones deístas que le movían a expulsar a Dios de la Justicia y, en paralelo, de su rígida fe en la razón que motivaba su conservación de la rigidez del Talión. La primera impresión sugiere que es un *cambiarlo todo para no cambiar nada*. Nada más inexacto. El rechazo radical al utilitarismo esconde su aversión por las penas desproporcionadas o crueles, justificadas en su naturaleza de castigo ejemplar para disuadir a futuros criminales. En contraste el Talión garantiza una proporcionalidad entre conducta y castigo, de ahí que su planteamiento encuentre tesis análogas y seguidores en el liberalismo contemporáneo.

Su fe en la razón no se abandona al fanatismo. De la misma forma que por su firme convicción en la dignidad humana rechaza la instrumentalización de un humano, se muestra

inmutable que ni aún Dios lo puede cambiar", por lo tanto su existencia se independiza así de Dios y se distingue del D° divino, que emana de la directa voluntad de Dios, como ocurre con la Ley Talmúdica, pudiendo incluso entrar en conflicto con el D° Natural, ZAGREBELSKY, G., *El derecho...*, 2011, pp. 97-106. KELSEN, H., *¿Qué es la Justicia?*, 1ªed., 2008, pp. 113-125. Cfr. HABERMAS, J. *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 6ªed., Madrid, Editorial Trotta, 2010, p. 279: "El derecho moderno, tras emanciparse de los fundamentos sacros y desligarse de los contextos religioso-metafísicos, en los que el derecho anterior venía inserto, no se vuelve absolutamente contingente como el positivismo supone. Ni tampoco, como supone el realismo, queda a disposición de los objetivos de la dominación política, cual si se tratase de un medio que no tuviese ninguna estructura interna. Ahora bien, el momento de no disponibilidad o no instrumentabilidad que se afirma en el sentido deontológico de la validez de la validez de una obtención de decisiones racional, regida por principios, siendo solo una de esas decisiones la correcta."

²² TRUYOL Y SERRA, A., *Historia de...*, 1976, pp. 238-239. KANT, I., *Principios Metafísicos...*, 1978, pp. 167-168: "La ley penal es un imperativo categórico; y desdichado aquel que se arrastra por el tortuoso sendero del eudemonismo, para encontrar algo que por la ventaja que se puede sacar descargase al culpable, en todo o en parte, de las penas que merecen según el proverbio farisaico: "Más vale la muerte de un solo hombre que la pérdida de todo un pueblo"; porque cuando la justicia es desconocida, los hombres no tienen razón de ser sobre la tierra. ¿Qué se debe, pues, pensar del designio de conservar la vida a un criminal que ha merecido la muerte si se presta a experimentos peligrosos y tiene bastante fortuna para salir de ellos sano y salvo; suponiendo, sin embargo, que los médicos adquieren de esta manera una instrucción saludable a la humanidad? Un tribunal rechazaría con desprecio al colegio médico que diera semejante consejo; porque la justicia deja de serlo desde el momento en que se da un precio cualquiera" e *Ibid.*, pp. 166-175. Cfr. HEGEL, G. W. F., *Fundamentos de la Filosofía del Derecho o Compendio de Derecho Natural y Ciencia Política*, 1ªed., Madrid, Tecnos, 2017, §99 [VII 187-190] §100 [VII 191-192].

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

escéptico de que la justicia de este mundo disfrute de capacidad para replicar a la de Dios. El efecto práctico fundamental que obtiene esta postura es el destierro de las penas como expiación, es decir, erigir –y por tanto justificar- el sufrimiento físico como una vía de redención de sus pecados que tendría su premio en la próxima vida²³

Con esta visión de la dignidad humana coincide HEGEL, quien afirma que intimidar al hombre con la pena es tratarlo como un perro²⁴. Aún va más allá afirmando que la pena restaura en el delincuente su dignidad civil²⁵. No obstante, en sus *Lecciones del Derecho Natural*, señala la insuficiencia del imperativo categórico kantiano, el cual es formal, pero se encuentra carente de contenido. La fragua de la norma material no puede ser adánica ni deducida en abstracto.

Si ahondamos en las bases teóricas del hegelianismo, en abstracto, la voluntad se limita a desear un todo indeterminado, lo que resulta equivalente en la práctica a no desear nada²⁶. La voluntad necesita acceder a la realidad, concretándose a través de su propia negación del absoluto, para llegar a ser *einsich und fursich* [en sí y para sí]. En términos análogos, la ley hegeliana, como precepto abstracto, debe acceder a la subjetividad de lo concreto, antes de objetivizarse de nuevo ya como materia presente de la realidad²⁷. Es en el seno del Estado donde se encuentra la *eticidad concreta*, definida como producto de la dialéctica histórica de un pueblo, manifestación concreta de la Idea²⁸.

La ética concreta, asociada a una cultura, se erige a través del propio poder del Estado en materia de la Ley que la plasma y la eleva a norma. La pena opera entonces como síntesis restaurativa de la Ley y la ética, a partir de la Ley, como tesis, y el delito, como

²³ MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, 10ª ed., 2016, pp. 86-87; y JAKOBS, G., *Derecho Penal Parte General. Fundamentos de la imputación*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 24-25.

²⁴ HEGEL, G. W. F., *Fundamentos de...*, 2017, §99 [VII 190] 238 y 243.

²⁵ “Si se considera la pena como un derecho, se está honrando con ello al delincuente como un ser racional.” HEGEL, G. W. F., *Fundamentos de...*, 2017, §100 [VII 191-192]. Sin duda, a la vista del patíbulo, o de la cárcel, a más de uno no le importaría demasiado verse *deshonrado*, aunque fuese un poco.

²⁶ HEGEL, G. W. F., *Fenomenología del espíritu*, 2ª ed., Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2017.a, §115-116.

²⁷ HEGEL, G. W. F., *Fenomenología...*, 2017, § 261-264 y SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 1ª ed., Barcelona, J. M. Bosch Editor, S.A., 1992, pp. 258 y 274.

²⁸ HEGEL, G. W. F., *Fenomenología...*, 2017.a, §129-131 y 147

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

antítesis²⁹. Afirma por tanto el poder estatal basándose en el talión, en la retribución, como premisa de la justicia concreta.

El planteamiento hegeliano ha hallado mejor recepción y continuidad histórica que el kantiano³⁰. KANT también defenderá la aplicación del talión, pero no como producto de una concreta eticidad, pues para este autor la ética a la fuerza ha de ser universal. No obstante, el propio autor admite que, en muchos casos, especialmente, cuando se aplique la pena de multa, no podrá realizarse el Tali3n sino en t3rminos aproximados³¹. Incorre, adem3s, en una serie de contradicciones dif3ciles de salvar, pues, seg3n sus tesis, el imperativo categorico impide mentir, hasta el extremo de que incluso a un sicario que llamara a nuestra puerta deber3amos decirle que la v3ctima a la que persigue se encuentra oculta en nuestra casa³², sin embargo, no siendo correcto, es disculpable, para salvar el honor, matar a otro en duelo o que una madre soltera asesine a su hijo reci3n nacido³³.

El autor de la *Fenomenolog3a del Esp3ritu*, en cambio, recela de todo formalismo. Gracias a esto, se le hace posible rehuir de las insalvables contradicciones que se manifestar3n en la *praxis* m3s pronto que tarde, si tomamos como principio que una norma, una pena, para lo que aqu3 nos interesa, ha de gozar de validez universal³⁴. Su alternativa de la legalidad como un producto concreto en la etapa cultural de un pueblo no s3lo se revela m3s flexible, sino que, en efecto, entronca, en soluci3n de continuidad, con los planteamientos antropol3gicos particularistas, mayoritarios en nuestra 3poca³⁵.

Pese a sus notables variaciones a lo largo de su evoluci3n hist3rica, la pena como retribuci3n se conceptualiza a trav3s de cuatro premisas constantes: a) el desvalor de una conducta justifica el dolor infringido por la pena; b) el dolor de la pena debe guardar una relaci3n de proporcionalidad, m3s o menos flexible, con el mal o el da3o causado por la

²⁹ HASSNER, P. en STRAUSS, L. (Coord.) y CROSEY, J. (Coord.), *Historia de...*, 2017, pp. 689-715.

³⁰ HEGEL, G. W. F., *Fenomenolog3a...*, 2017, §133-135

³¹ KANT, I., *Principios Metaf3sicos...*, 1978, pp. 168-171. Cfr. HEGEL, G. W. F., *Fenomenolog3a...*, 2017.a, §101 [VII 194].

³² KANT, I., *Sobre un presunto derecho a mentir por filantrop3a*, en KANT, I., *Fundamentaci3n para una metaf3sica de las costumbres. Cr3tica de la raz3n pr3ctica. Hacia la paz perpetua*. 1ªed. Madrid: Gredos, 2014, pp. 351-355.

³³ KANT, I., *Principios Metaf3sicos...*, 1978, p. 173.

³⁴ *Sobre el indulto o derecho de gracia*, KANT, I., *Principios Metaf3sicos...*, 1978, p. 175-176. Cfr. HEGEL, G. W. F., *Fenomenolog3a...*, 2017, §282.

³⁵ Y tambi3n con la fenomenolog3a, sobre HUSSERL, véase VELKERY, R., en STRAUSS, L. (Coord.) y CROSEY, J. (Coord.), *Historia de...*, 2017, pp. 816 y ss.

conducta; c) la pena no busca la reparación de la víctima o los perjudicados ni la rehabilitación del reo, o al menos ninguna de estas es su principal finalidad; d) el fundamento y propósito de la pena descansa en realizar un ideal de justicia³⁶.

2. Teorías Preventivas

“La regla suprema del Derecho dice que debe hacerse lo que es útil a la comunidad”
LEIBNIZ

La raigambre utilitarista se halla bien presente en las teorías preventivas de la pena. Aquí el dolor se justifica por su utilidad para la sociedad³⁷. Esta perspectiva no desconoce el ideal de justicia. Semejante crítica en su contra peca de simplista. El auge de las teorías preventivas, en efecto, discurre paralela a la reconfiguración del Estado como entidad metafísicamente intrascendente, lo que implícitamente supone la renuncia a que sus leyes encarnen el ideal de justicia absoluto u operen como instrumento de la voluntad de Dios. Ahora bien, incluso cuando opera bajo tales premisas, el Legislador no renuncia a las ideas de “bien”, “justicia” o “equidad” y los tribunales tampoco, aunque las conciben desde cierto relativismo³⁸.

Las teorías preventivas hicieron suyo el doble objetivo de prevenir la reincidencia y de prevenir los delitos. Las primeras teorías naturalmente nos conducen al marqués de BECCARIA y posteriormente a las tesis de BENTHAM y STUART MILL³⁹. Sin embargo, esta línea abandonará muy pronto el terreno de la ciencia jurídica, para incorporarse al ámbito

³⁶ CERESO MIR, J., *Derecho Penal...*, 2008, pp. 11-12; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Normativización del Derecho Penal, Teoría de la Pena y Realidad Social*, 1ªed., Buenos Aires, Ediciones Olejnik, 2017, pp. 319-334, GIL GIL, A. LACRUZ LÓPEZ, J. M., MELENDO PARDOS, M. y NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 1ªed., Madrid, Dykinson S.L., 2011, pp. 22-29; Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, 1997, pp. 20-25; JESCHECK, H. H. y WEIGEND, T., *Tratado...*, 5ªed., 2002, pp. 75-77; MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, 10ª ed., 2016, pp. 84-87; ROXIN C., *Derecho Penal...*, 1ªed., 2008, pp. 93-95; FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10ªed., Madrid, Editorial Trotta, 2018, pp. 353-458; y SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al...*, 1992, pp. 406-438.

³⁷ FULLER, T., en STRAUSS, L. (Coord.) y CROSEY, J. (Coord.), *Historia de...*, 2017, pp. 668-688, y MAGID, H. M., en *Ibid.*, pp. 737-753; CERESO MIR, J., *Derecho Penal...*, 2008, pp. 13-16; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Normativización...*, 2017, pp. 320-332., GIL GIL, A. LACRUZ LÓPEZ, J. M., MELENDO PARDOS, M. y NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de...*, 1ªed., 2011, pp. 22-29; Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, 1997, pp. 29-34; JESCHECK, H. H. y WEIGEND, T., *Tratado...*, 5ªed., 2002, pp. 77-81; MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, 10ª ed., 2016, pp. 91-94; ROXIN C., *Derecho Penal...*, 1ªed., 2008, pp. 89-93; FERRAJOLI, L., *Derecho...*, 10ªed., 2018, pp. 353-458; y SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al...*, 1992, pp. 406 y 438.

³⁸ Veáse HABERMAS, J. *Facticidad y...*, 6ªed., 2010, p. 279 en la nota al pie nº22,

³⁹ TRUYOL Y SERRA, A., *Historia de...*, 1976, pp. 238-239.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

de la criminología y posteriormente la sociología y la antropología⁴⁰. Más arraigo encontrará en el derecho la idea de las penas como advertencia disuasoria del delito.

a) Teoría de la Prevención Negativa

“Resulta, pues, manifiesto que es propio de la ley inducir a los súbditos a la propia virtud”
Santo Tomás DE AQUINO
“Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur”
SÉNECA

Si bien el origen moderno de esta tesis lo encontramos en el siglo XIX, poco se puede discutir que su antigüedad es mucho más remota. Entre los motivos para la imposición de las penas graves, el Doctor Angélico señala además de, primero, la gravedad del pecado/delito y, de segundo, si hay reincidencia:

“tercero, por la mucha concupiscencia o delectación del pecar, de lo cual no se apartan los hombres sin penas graves; cuarto, por la facilidad de cometer el pecado y de persistir en él, y estos pecados cuando se descubran se han de castigar más severamente, para escarmiento de los demás”⁴¹

Vemos pues que el Derecho medieval lejos de estancarse en una visión rígida del ideal de justicia como imperativo simplista con que configurar las penas, lo matiza acudiendo a pautas valorativas y no desconoce cuestiones prácticas estrechamente vinculadas a la necesidad de prevención. En lo castizo encontramos a ALFONSO DE CASTRO⁴², quien ya en el siglo XVI escribe que la pena tiene por propósito disuadir de la comisión delictiva⁴³. Esta *delectación en pecar*, ese placer del delito, casa bien con la idea

⁴⁰ CERESO MIR, J., Derecho Penal..., 2008, pp. 62-80; FEJOO SÁNCHEZ, B.J., Normativización..., 2017, pp. 319-334; JESCHECK, H. H. y WEIGEND, T., Tratado..., 5ªed., 2002, pp. 43-54; MIR PUIG, S., Derecho Penal..., 10ª ed., 2016, pp. 51-54; ROXIN C., Derecho Penal..., 1ªed., 2008, pp. 46-47; y SILVA SÁNCHEZ, J. M., Aproximación al..., 1992, pp. 308-310.

⁴¹ “No sólo por la gravedad de la culpa, también por otras causas se inflige una pena grave: primero por la grandeza del pecado, [...]; segundo, por la costumbre de pecar, [la reincidencia de nuestros días...]; tercero, por la mucha concupiscencia o delectación del pecar, de lo cual no se apartan los hombres sin penas graves; cuarto, por la facilidad de cometer el pecado y de persistir en él, y estos pecados cuando se descubran se han de castigar más severamente, para escarmiento de los demás” TOMÁS DE AQUINO, Suma de Teología II. 3ªed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2011, pp. 865-867 [Parte I-II, Cuestión 105].

⁴² “Su teoría penalista propende también un cierto rigorismo: su concepto clave es la ejemplaridad y escarmiento, «el terror de los otros» como fin de la pena”, HIRSCHBERGER, J. y MARTÍNEZ GÓMEZ, L., Historia de la Filosofía. 1ªed. Barcelona: Editorial Círculo de Lectores, 1968, p. 305.

⁴³ CERESO MIR, J., Derecho Penal..., 2008, pp. 13-16; FEJOO SÁNCHEZ, B.J., Normativización..., 2017, pp. 320-332, nos habla de la “prevención instrumental” como elemento característico del utilitarismo preventivo, especialmente, en su origen, de su vertiente disuasoria o negativa; GIL GIL, A. LACRUZ LÓPEZ, J. M., MELENDO PARDOS, M. y NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., Curso de..., 1ªed., 2011, pp. 22-29; Cfr. JAKOBS, G., Derecho Penal..., 1997, pp. 29-34; JESCHECK, H. H. y WEIGEND, T., Tratado..., 5ªed., 2002, pp. 77-81; MIR PUIG, S., Derecho Penal..., 10ª ed., 2016, pp. 91-94; ROXIN C., Derecho Penal..., 1ªed., 2008, pp. 89-93; ; FERRAJOLI, L., Derecho..., 10ªed., 2018, pp. 353-458; SILVA SÁNCHEZ, J. M., Aproximación al..., 1992, pp.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

de FEUERBACH según cuyos postulados somos una suerte de *homo utilitarius*, que, antes de actuar, más o menos conscientemente, calcula la relación coste/beneficio. Bajo esta óptica, la lógica de la pena pasa por imponer un coste suficientemente severo para restar atractivo a cualquier incentivo material que ofrezca el delito⁴⁴.

FEUERBACH, sin embargo, da una formulación más específica al planteamiento. En su *programa de Marburgo*, describe la pena, como prevención, que opera en dos planos: el general, es decir, sobre el conjunto de la sociedad y el particular o especial, cuyo afectado es el delincuente particular. La legislación de sanciones punitivas y, por supuesto, su subsiguiente publicación, disuade al conjunto de la población de cometer delitos. La imposición de la pena, en juicio público, opera principalmente, en la dimensión de la prevención especial. Por último, el cumplimiento efectivo de la pena actúa sobre ambos planos. El dolor de esta sobre el reo le previene, nos dice el jurista alemán, de futuros delitos, pero, a su vez, también intimida a la sociedad, confirmando la disuasión de conductas delictivas futuras mostrando la efectividad de la ley.

b) Teorías de la Prevención Positiva de la Pena

“Moisés os dio esa ley [de repudio o divorcio de la esposa] por la dureza de vuestro corazón. Pero no fue así desde el principio.” Mt. 19.8

Mucho más compleja de explicar resulta la noción de la prevención positiva de la pena⁴⁵. Bajo esta perspectiva, no se renuncia a la concepción utilitarista de la pena, pues se mantiene la premisa de que esta propicia la buena conducta de los ciudadanos. Sin embargo, a diferencia de la prevención negativa, los defensores de esta teoría entienden que el Legislador persigue aquí la prevención delictiva mediante la adhesión social a su norma.

406-437 y, a mayor abundamiento sobre la perspectiva criminalística y los límites de la prevención general negativa, MEDINA ARIZA, J., Políticas y estrategias de Prevención del delito y Seguridad ciudadana, Madrid, Edisofer S.L., 2013, pp. 2-34 y, sobre la disuasión especial, *ibid.*, pp. 86-126.

⁴⁴ Lo que nos remite a la teoría del placer y el displeacer, presente en gran cantidad de filósofos, entre ellos, ARISTÓTELES, HOBBS, HUME, LOCKE, SMITH, en su teoría de las emociones, BENTHAM, STUART MILL, y, en general, las corrientes utilitaristas, véase STRAUSS, L. (Coord.) y CROUSEY, J. (Coord.), *Historia de...*, 2017, pp. 123-157, 377-399, 451-485, 507-528, 597-618, 668-688, y 737-753.

⁴⁵ CEREZO MIR, J., *Derecho Penal...*, 2008, pp. 14-16; FEJOO SÁNCHEZ, B.J., *Normativización...*, 2017, pp. 358 y ss. y 285 y ss. sobre la evolución de la teoría de JAKOBS, de nuevo comentada en *ibid.* pp. 341 y ss.; GIL GIL, A. LACRUZ LÓPEZ, J. M., MELENDO PARDOS, M. y NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de...*, 1ªed., 2011, pp. 22-29; Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, 1997, pp. 26-29; JESCHECK, H. H. y WEIGEND, T., *Tratado...*, 5ªed., 2002, pp. 77-81; MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, 10ª ed., 2016, pp. 84-91; ROXIN C., *Derecho Penal...*, 1ªed., 2008, pp. 93-95 y, sobre la prevención general y el principio de culpabilidad, pp. 145-146; ; FERRAJOLI, L., *Derecho...*, 10ªed., 2018, pp. 353-458; y SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al...*, 1992, pp. 406 y ss.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

Por tanto, la adecuación por los particulares a las previsiones legislativas ya no obedece a la intimidación, sino a la identificación personal con los valores que fundamentan el derecho positivo penal⁴⁶. Por la misma razón, el castigo impuesto al delincuente gozará también de aprobación popular⁴⁷.

Una lectura amable, tal vez idealista, establecería una conexión entre la prevención positiva y el fundamento democrático del Derecho penal, como hace MIR PUIG. Tal planteamiento, por supuesto, queda condicionado a la concepción de democracia⁴⁸. En la actualidad, al menos a nivel académico y teórico, la idea de democracia que manejamos sustancia este régimen político en la voluntad popular, en particular, concretada en la conformación del parlamento mediante el voto –y en su caso de otras instituciones⁴⁹– aunque, exige, además, de la protección jurídica del individuo, forme o no parte de las mayorías sociales, a través de la efectividad de los DDHH⁵⁰. En ese sentido, esta concepción de democracia no podría aceptar penas inhumanas y degradantes, por más que estas gozaran de gran popularidad entre la opinión pública, ni siquiera, aunque se votaran por referéndum. Por supuesto, quienes opten por una concepción de la democracia ajena a

⁴⁶ “En la prevención general se incluyen también, y, en primer término, por algunos autores modernos, la función de ejemplaridad de la pena. Al sancionar las leyes penales las normas fundamentales de la Ética social, realiza el Derecho penal una función pedagógica o formativa” CEREZO MIR, J., *Derecho Penal...*, 2008, pp. 13-14; Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, 10ª ed., 2016, p.89 “el aspecto de afirmación del Derecho penal se denomina «prevención general positiva» y, también, «estabilizadora» o «integradora». Armin Kaufmann atribuye los tres cometidos siguientes a la prevención general positiva, [...] función informativa de lo que está prohibido y de lo que hay que hacer [delitos de omisión]; en segundo lugar, la misión de reforzar y mantener la confianza en la capacidad del orden jurídico de permanecer e imponerse [función contrafáctica]; por último, la tarea de crear y fortalecer en la mayoría de los ciudadanos una actitud de respeto por el Derecho –no una actitud moral”.

⁴⁷ MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, 10ª ed., 2016, pp. 98-100.

⁴⁸ MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, 10ª ed., 2016, pp. 127-142. Cfr. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J y RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., *Política Criminal y Derechos Humanos*, 2ªed., Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2019, pp. 13-30.; JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, 1997, pp. 26-29.

⁴⁹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. y GARCÍA GARRIDO, M. J., *Fundamentos clásicos de la Democracia y la Administración*. 1ªed. Madrid: Ediciones Académicas S.A., 2012; Cfr. KRIELE, M. *Introducción a la Teoría del Estado Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional*. 1ª ed. Buenos Aires, Depalma; Cfr. MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: *La crítica neoliberal al Estado social. Un resumen y una valoración*, *Doxa*, nº 15-16 (1994); y Cfr. ALEXY, R., *La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático*, *Derechos y Libertades*, nº 5 (2000).

⁵⁰ BERNAL PULIDO, C., *Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española?*, *Doxa*, nº 30, 2007; CINDONCHA MARTÍN, A., *Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial*, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 23 (2009); y TORRES DEL MORAL, A. en GIMENO SENDRA, V., TORRES DEL MORAL, A., MORENILLA ALLARD, P. y DÍAZ MARTÍNEZ, M., *Los Derechos Fundamentales y su protección jurisdiccional*, 3ªed., Madrid, Editorial Edisofer S.L., 2018, pp. 48-40.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

los DDHH, como hacen SCHMITT, ROSENBERG o GENTILE⁵¹, desde luego no hallarán nuestro obstáculo conceptual.

Bajo nuestra perspectiva, todo nexo entre principio democrático y prevención positiva queda condicionado al contenido del delito y la pena diseñados. Tampoco podemos negar que la prevención positiva asume, como principio, una relación entre las personas y la ley que las rige. Cuanto mayor sea el abismo entre una pena y la sociedad donde está en vigor, más probabilidades hay de que tal norma punitiva acabe siendo derogada o que *de facto* merme su aplicación se alcance o no la absoluta desuetudo⁵². Inclusive, no es descartable el escenario de una rebelión contra la autoridad que garantiza la efectividad de dicha norma⁵³. Si acogemos la perspectiva de LUHMANN, este fenómeno se conoce como *fricción* entre el sistema –el Derecho penal- y su entorno –las personas⁵⁴- que conduce a su destrucción imposibilitando su *autpoiesis*⁵⁵. JAKOBS transpone a este planteamiento sociológico en la ciencia jurídico-penal, estableciendo como *τέλος* [telos] del Derecho Penal la protección del propio ordenamiento jurídico, en lugar de sus bienes jurídicos⁵⁶. La pena opera así en el plano contrafáctico para salvaguardar las expectativas de la población en el cumplimiento de la norma. Al imponerse la pena, se estabiliza la norma, es decir, se confirma a su vigor, frente a las desobediencias conductuales que dan lugar al delito⁵⁷.

⁵¹ DÍAZ, E., Estado de Derecho y sociedad democrática, 1ªed., Madrid, Edicusa Editorial Cuadernos para el Diálogo S.A., 1973, pp. 45-53.

⁵² El aborto y el autoconsumo de drogas son dos muestras de este proceso.

⁵³ Abundan los ejemplos en la historia de leyes y regímenes jurídico-políticos demolidos por la fuerza, baste con pensar en la Gloriosa Revolución Inglesa (1688), la Revolución Francesa de 1789 y las sucesivas de 1830 y 1848. Más recientemente, hemos visto naufragar los gobiernos de Ben Alí en Túnez y de Mubarak en Egipto, en el marco revolucionario denominado *Primavera árabe*. Sin embargo, aquí nos referíamos más bien a casos de incumplimientos de una norma concreta ante la falta de apoyo y/o comprensión popular de su existencia. Tal vez, el mejor ejemplo, sea la denominada “Ley Seca” aprobada en EE.UU. por nada menos que la XVIIIª Enmienda Constitucional (1919) –derogada en 1933 por la XXIª Enmienda. El consumo de alcohol no se vio afectado, en todo caso libre de impuestos, sin que por ello decayera su precio, todo lo contrario, como es propio del mercado negro. Se conoce que ni el propio Presidente W.G. Harding respetó la norma, SHLAES, A. Coolidge, 1ªed., Nueva York: Haper Collins, 2014, pp. 224 y ss. y REDONDO RODELAS, J. Presidentes de Estados Unidos. De Washington a Obama, la historia norteamericana a través de los 43 inquilinos de la Casa Blanca. 1ªed. Madrid: La Esfera de los Libros S.A., 2015, pp. 407-416.

⁵⁴ En la teoría social de LUHMANN, N., El Derecho de la sociedad, 2ªed., México D.F., Herder Editorial, 2005, pp. 65 y ss. y 625 y ss., surgen de la suma interactiva de actos de habla. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., Normativización..., 2017, pp. 30-35, sobre el individuo en la sociedad, pp. 36 y ss.

⁵⁵ Con este término de cuño propio LUHMANN, N., El Derecho de..., 2ªed., 2015, pp. 567 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., Normativización..., 2017, pp. 41-65.; y JAKOBS, G., Derecho Penal..., 1997, pp. 26-29.

⁵⁶ JAKOBS, G., Derecho Penal..., 1997, pp. 44-61; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., Normativización..., 2017, pp. 334-340 y sobre la teoría funcional del derecho penal, *ibid.*, pp. 46-65 y 121-134.

⁵⁷ JAKOBS, G., Derecho Penal..., 1997, pp. 26-29 y 44-61.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

En base a este esquema tripartito: norma como enunciado prohibitivo o exhortativo⁵⁸, delito como conducta que expresa el rechazo al enunciado normativo y la pena como confirmación del mensaje normativo –a lo que cabría añadir, impunidad como confirmación del mensaje desobediente/delictivo-, JAKOBS reinterpreta la dialéctica hegeliana –tesis, antítesis, síntesis- en la pena en términos de prevención positiva, en lugar de su vertiente original de la teoría retributiva⁵⁹. No obstante, el hegelianismo del autor se reduce a este aspecto formal, siendo muchos más importantes las ya mencionadas aportaciones de la sociología de LUHMANN y, por extensión, la filosofía lingüística, lo que se advierte con nitidez cuando describe la pena como realidad comunicativa⁶⁰. Tampoco está de más recordar su profunda evolución doctrinal. Gracias a su replanteamiento constante, el funcionalismo de JAKOBS ofrece un compendio de perspectivas seguidas por las teorías preventivas. En un primer momento, teoriza la pena como prevención positiva⁶¹. En una segunda fase la configura como retribución funcional, reinterpretando las teorías absolutas de la pena. El *tercer Jakobs*, plantea “en cierto modo una reconocitivización de la teoría de la pena”⁶² que discurre en paralelo a la teorización del Derecho Penal del Enemigo, del que hablamos *infra*.

La prevención positiva, sin embargo, nos plantea un dilema de difícil solución que formula FEIJOO SÁNCHEZ: ¿su propósito es prevenir delitos o confirmar normas?⁶³ La renuncia a la protección de bienes jurídicos, poniendo el Derecho Penal al servicio de la confirmación contrafáctica –ergo psicológica- de las normas⁶⁴, convierte a la norma o, más exactamente, a la percepción social de que la norma se encuentra en vigor, en un *bien*

⁵⁸ Delitos de conducta omisiva, con o sin posición de garante.

⁵⁹ JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, 1997, pp. 26-29; y FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Normativización...*, 2017, pp. 285 y ss. 341 y ss.

⁶⁰ La filosofía lingüística, la pena comunica la vigencia de la Ley penal, pese a que sus prohibiciones no hayan sido respetadas por uno o varios individuos. La imposibilidad de imponer las penas, por parte del Estado, implica ipso facto la creación de un clima de inseguridad, un regreso al Estado natural hobbsiano. Si el Estado es incapaz de remediar esta situación, la defraudación de expectativas sociales pone en riesgo el cumplimiento de la norma penal Fraude más riesgo para la pervivencia del propio Estado. Esta idea es reciclada por la prevención positiva, en especial, por las teorías de JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, 1997, pp. 26 y ss.

⁶¹ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Normativización...*, 2017, pp. 285 y ss.

⁶² FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Normativización...*, 2017, pp. 343.

⁶³ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Normativización...*, 2017, pp. 281 y ss.

⁶⁴ JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, 1997, pp. 44-61; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Normativización...*, 2017, pp. 334 y ss. y sobre la teoría funcional del derecho penal, *ibid...*, pp. 46-65 y 121-134.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

jurídico sui generis a proteger⁶⁵. Sólo dos conclusiones son posibles si se accede esta premisa: a) el *ius puniendi* se justifica por sí mismo como acto del poder, en sentido clásico de *imperium* o *Κράτος* [Kratos]; o b) las valoraciones éticas acerca de qué conductas merecen o no castigo pertenecen a la configuración legislativa del delito, pero no a la punición.

3. Teorías Unitarias de la pena

“Al hablar de combinación no se alude a que se pueda suplir una deficiencia de una teoría, que obstaculiza su aplicación práctica, mediante otra teoría, en tales supuestos, la teoría defectuosa no es apta en absoluto”
G. JAKOBS

Pese a la exigente rigidez teórica de JAKOBS, la doctrina se ha mostrado bastante más abierta a la hora de considerar qué son teorías unitarias de la pena⁶⁶. En términos generales, la doctrina identifica en esta categoría cualquier ensamblaje entre las teorías

⁶⁵ JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, 1997, pp. 44-61; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Normativización...*, 2017, pp. 334 y ss.; Cfr. ROXIN C., *Derecho Penal...*, 1ªed., 2008, pp. 57-59; y SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al...*, 1992, pp. 285-292.

⁶⁶ Según el criterio dogmático que sigamos, hasta su propia teoría de la prevención general positiva puede describirse como teoría unitaria. En ese sentido, afirma CEREZO MIR, J., *Derecho Penal...*, 2008, pp. 16-19: “Las teorías unitarias reconocen que la retribución constituye la esencia de la pena, pero consideran que ésta ha de perseguir al mismo tiempo los fines de la prevención general y de la prevención especial [...] tienen su raíz en Aristóteles y Santo Tomás, han sido sustentadas con diversas variantes por los teólogos y juristas españoles de los siglos XVI y XVII, por Pacheco, la escuela correccionalista española (Silvela, Concepción Arenal) y son las dominantes en la moderna Ciencia del Derecho penal española”, siendo esta última afirmación ciertamente discutible, como lo es su subsiguiente clasificación que presupone a los siguientes autores partidarios una concepción de la pena cercanos a las teorías unitarias: “Algunos de sus representantes (Quintano Ripollés, Rodríguez Mourullo y Casabó) distinguen entre fundamento y fines de la pena y consideran que el fundamento de la pena está constituido exclusivamente por la retribución. En el fondo sustenta pues, una teoría absoluta, aunque le asignen también a la pena los fines de la prevención general y la prevención especial. Antón Oneca, en cambio, aunque reconozca el carácter retributivo de la pena, [...] sustenta la responsabilidad en una teoría relativa, pues justifica la pena exclusivamente por su necesidad de evitar la comisión de delitos futuros. [...] También Muñoz Conde, aunque considera que “la idea de la retribución traza los límites de la intervención punitiva del Estado”, justifica únicamente la pena por su necesidad. Mir Puig distingue el concepto de la pena (ésta es retribución) y la justificación de la misma que se basa exclusivamente en función de la protección de los bienes jurídicos a través de la prevención” [general]” e, *ibid.*, pp. 13-16; Cfr. ONECA, A., *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 3ª ed. Madrid: Editorial Reus, 1986, pp. 476-482., después de todo el propio CEREZO MIR, J., ya señala refiriéndose a ONECA, en, *Ob. cit.*, p. 18: “Esta concepción relativa de la pena [...] queda algo desdibujada en su Tratado”; Cfr. MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal Parte General*. 10ªed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 47, 50-51; Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, 10ª ed., 2016, pp. 94-98 y 100-106; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Normativización...*, 2017, pp. 319-334, GIL GIL, A. LACRUZ LÓPEZ, J. M., MELENDO PARDOS, M. y NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de...*, 1ªed., 2011, pp. 22-29; Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, 1997, pp. 34-36; JESCHECK, H. H. y WEIGEND, T., *Tratado...*, 5ªed., 2002, pp. 81-85; ROXIN C., *Derecho Penal...*, 1ªed., 2008, pp. 95-103 donde se recoge su teoría unificadora preventiva, donde expresa su renuncia al principio de retribución, en términos parecidos a los expuestos por MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, 10ª ed., 2016, *ibid.*; FERRAJOLI, L., *Derecho...*, 10ªed., 2018, pp. 353-458; y SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al...*, 1992, pp. 406-438.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

retributivas y preventivas, al margen de que aporte o no el sustento conceptual unitario que demanda el alemán⁶⁷. Semejante enfoque nos excluiría el planteamiento de VON LISZT por limitarse a entrelazar la prevención negativa con la prevención general.

En su conceptualización última de la pena, el autor del *programa de Marburgo* entiende que la pena atraviesa por distintas fases, primando en cada una de ellas un aspecto de la prevención, sin excluir por completo a los demás. En su promulgación, prima la prevención general negativa. Al dictarse la condena, rige sobre todo la prevención especial negativa. Por último, con la ejecución de la pena se enfatizan la prevención general negativa y la prevención especial negativa.⁶⁸

En su propia versión de las tesis de ROXIN, MIR PUIG identifica la prevención general *legítima*, con la necesidad objetiva para la sociedad de castigar una determinada conducta. De ese modo combina todas las perspectivas de la prevención en un esquema, *mutatis matandis*, análogo al de FEUERBACH.

Como reacción a los abusos de la prevención negativa que han marcado el Derecho Penal a partir de la década de los ochenta⁶⁹, surgen las teorías neoproporcionalistas⁷⁰, también denominadas neoclásicas⁷¹. De origen escandinavo y anglosajón, estas apuestas doctrinales pertenecen sobre todo al campo de las propuestas *de lege ferenda*⁷² –que que rara vez conocerán la publicación en un diario oficial. Como freno a los excesos punitivistas del Legislador, el neoproporcionalismo acepta la lógica de que la ley penal responda a la lógica intimidatoria de la prevención general negativa, proponiendo algún tipo de límite, a través de la culpabilidad y de la proporcionalidad como dimensión de un retribucionismo relativo⁷³. No obstante, la mayor aportación de esa escuela es a un modelo enteramente retrospectivo:

“representa uno de los intentos más serios de desarrollar una teoría de la determinación de la pena [...] justa que el autor debe soportar por su hecho más que centrarse en buscar con la

⁶⁷ FEJOO SÁNCHEZ, B.J., *Normativización...*, 2017, pp. 319-334 y 389 y ss.; y SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al...*, 1992, pp. 102-127.

⁶⁸ MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, 10ª ed., 2016, pp. 91-92; y SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al...*, 1992, pp. 202-224, 242-279 y 383-403.

⁶⁹ FEJOO SÁNCHEZ, B.J., *Normativización...*, 2017, p. 374.

⁷⁰ FEJOO SÁNCHEZ, B.J., *Normativización...*, 2017, p. 370.

⁷¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al...*, 1992, pp. 34-35.

⁷² En los Códigos Penales de los países escandinavos e Islandia, cabe encontrar ejemplos *de lege lata*.

⁷³ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al...*, 1992, pp. 370-393, 34-35, 157-161, y 211-223.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

pena influencias en el propio autor o en terceros. Mientras la conminación penal abstracta estaría dirigida a los potenciales delincuentes.⁷⁴

Análogamente al modo en que MIR PUIG asigna a los principios que informan el Estado social y democrático de Derecho el rol de limitar los excesos del *ius puniendi*, las teorías neoproporcionalistas atribuyen esa función a la culpabilidad y al desvalor causado. En el mismo sentido, cualquier sistema penal que aspire a no ser refractario a los DDHH debe respetar los límites punitivos que de estos se derivan.

A modo de clausura, nos gustaría introducir una reflexión que desarrollaremos más adelante, aprovechando las perspectivas que nos ofrece este subepígrafe. En cierto modo, entendemos que toda teoría de la pena es inevitablemente unitaria, en términos descriptivos. No importa como haya sido concebida, toda pena logra inevitablemente los efectos de prevención negativa general y especial, en mayor o menor medida. Incluso aunque no disuada a todos de la comisión delictiva, pervive su naturaleza intimidatoria, efectiva en muchos.

Toda pena encierra una ponderación axiológica, que justifica el dolor concreto que inflige a un individuo. La tendencia a contraponer la justificación absoluta con la relativa o preventiva termina revelándose aparente. Como decimos la pena no puede escapar a su carácter preventivo-intimidatorio, ergo, guste o no, este rasgo se hallará implícitamente a la defensa axiológica del dolor punitivo. Por tanto, si la pena justifica –en todo o en parte– su existencia y el mal que supone para un ser humano, precisamente, en ese carácter disuasorio, esta característica se convierte en una virtud que el Legislador considera axiológicamente positiva⁷⁵.

La mayor parte de la sociedad cree en el potencial disuasorio de la pena, pese a que, como comentaremos enseguida, este es discutible en muchos casos y siempre limitado. No obstante, precisamente por la utilidad atribuida a las penas contra aquellas conductas consideradas como más indeseadas, estas suscitan adhesión popular. Más importante aún, sin la disuasión de esas conductas, el orden social degeneraría en un violento caos anárquico, escenario rechazable para toda –o casi toda– la sociedad. Por muy descontenta

⁷⁴ FEJOO SÁNCHEZ, B.J., *Normativización...*, 2017, p. 373.

⁷⁵ *Latu sensu*, todas las tesis basadas en la prevención responden a una lógica de la necesidad *sui generis*. Necesitamos castigar penalmente al criminal para evitar un mal mayor, como son nuevos delitos o la desintegración de la sociedad.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

que se encuentre una persona con la situación económico-política de su presente, rara vez preferirá un escenario donde el peligro para su integridad física y su vida se incrementara exponencialmente, es decir, la ausencia del imperio de la Ley.

Sobre esta base psicológica, resulta nítido el paso que da JAKOBS para comprender la sanción punitiva como un bien en sí mismo, por su propósito de salvaguardar el ordenamiento jurídico. No obstante, podemos incluso cerrar el círculo. *De lege lata*, los defensores de la teoría de los bienes jurídicos califican como incoherentes determinados castigos penados, atendiendo a su jerarquía de dichos bienes. La lógica subyacente detrás de esta tesis es claramente retribucionista, pero también lo es que la sociedad arbitre qué conductas y con qué grado de severidad desea castigar. Pues tales planteamientos ideológicos no surgen con ajenidad a las valoraciones axiológicas –más complejo es dilucidar cómo considerar axiológicamente la defensa social de una pena, en base a la falsa creencia de su poder disuasorio.

Tanto si la severidad de los castigos se vincula a una jerarquía de situaciones jurídicas a proteger llamadas bienes jurídicos, como a una jerarquía de conductas denostables, no existe ordenamiento jurídico que castigue con la misma pena todas y cada una de las transgresiones de la ley, como sería lógico si aceptamos pura y simplemente la lógica de estabilización de la norma postulada por JAKOBS. Ergo como mínimo ha de admitirse que habrá unas normas más importantes que otras. Al final, tras las distinciones y graduaciones de la severidad punitiva siempre se encuentra un planteamiento ético⁷⁶, que desemboca en la proporcionalidad, con independencia de que, en ocasiones, esta responderá a planteamientos más universales o más propios de la sociedad⁷⁷. En definitiva, *de lege lata*, descriptivamente hablando, cuesta hallar ejemplos punitivos que no sean susceptibles se ajusten tanto a la noción de la pena como una herramienta contrafáctica para estabilizar las normas o como un producto de los valores y ética social⁷⁸. ¿Por qué? Porque a ninguna pena la sostiene una única lógica preventiva o retributiva, excluyente de las demás. La

⁷⁶ Además de racional, ya que parece lógico que la pena implique el mismo dolor que el que se ha infringido. De ahí, silogísticamente, se deriva una equiparación entre racional y justicia, dando así lugar a la aparición del elemento ético.

⁷⁷ GRÜNER, E., La Parte y los Todos. Universalismo vs. Particularismo: las aporías ideológicas de la globalización (post)moderna, en Ciclos, Año VII, Vol. VII, NQ 12, 1er. semestre de 1997.

⁷⁸ Especialmente en democracia, las penas/delitos impopulares tienden a verse derogados.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

génesis del proceso legislativo, que empieza fuera del parlamento, nos demuestra cuan complejas motivaciones e intereses, históricos y presentes, se entrelazan para detrás de la configuración de una concreta pena

4. Derecho Penal del Enemigo

“Si un súbdito, de hecho, de palabra, con conocimiento y deliberadamente, niega la autoridad del Estado [...] puede legalmente hacersele sufrir cualquier daño que el Soberano disponga, ya que, al rechazar la condición de súbdito, rechaza la pena que ha sido establecida por la ley, y, por consiguiente, padece ese daño como enemigo del Estado”

Thomas HOBBS, *Leviatán*

La posición de HOBBS cuando distingue entre criminales ordinarios y enemigos internos del Estado está presente en el contexto legal de la Época Moderna y hunde sus raíces en el Bajo Medievo. No obstante, la sistematicidad con la el filósofo inglés distingue los castigos adecuados al delincuente y aquellos que son sólo justos para el enemigo deriva una óptica iusnaturalista propia⁷⁹. El enemigo interno es aquel delincuente que no se limita a quebrantar las leyes, sino que busca con sus actos destruir la propia soberanía estatal. El rebelde es, entonces, el prototipo de enemigo interno, aunque también lo son el regicida, los traidores o similares. Esta tendencia no desaparece después de la Revolución Francesa, sino que el propio régimen revolucionario se ocupará de impulsar las jurisdicciones especiales⁸⁰ y la codificación recogerá penas especialmente severas para determinados delitos⁸¹.

⁷⁹ Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, 1997, pp. 34-36; CANCIO MELIÁ, M. (Ed.) y FEIJOO SÁNCHEZ, M. (Ed.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günter Jakobs en la UAM*, 1ªed., Pamplona, Thomson Civitas & Editorial Aranzadi S.A., 2008, pp. 13 y ss. y 51 y ss.; Cfr. JESCHECK, H. H. y WEIGEND, T., *Tratado...*, 5ªed., 2002, pp. 81-85; ROXIN C., *Derecho Penal...*, 1ªed., 2008, pp. 95-103 y 51 y ss.; MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, 10ª ed., 2016, pp. 94-98 y 100-106; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Normativización...*, 2017, pp. 319-334. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal*, 1ªed., Barcelona, Atelier, 2018, pp. 113-132.; y SILVA SÁNCHEZ, J.M. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1ªed., Madrid, Cuadernos Civitas, 2001, pp.124-136; Cfr. FELIP I SABORTI, D., *Observaciones a la Expansión a diez años después*, en ROBLES PLANAS, R. (Coord.) y SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, P. (Coord.), *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, 1ªed., Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2010, pp.63-89.; a mayor abundamiento, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, P., *La aproximación al Derecho Penal contemporáneo veinte años después: los fines del Derecho Penal* en *ibid.*, 19-24; ROBLES PLANAS, R., *La Construcción del sistema del delito en la Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo* en *Ibid.*, pp. 41-53, RAGUÉS I VALLÈS, R., *El «Derecho Penal del Enemigo» en la expansión del Derecho Penal*, en *ibid.*, pp. 87-101; y, en fin, CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., *Algunas cuestiones sobre el Derecho Penal de la Globalización en el planteamiento del Profesor Jesús-María Silva Sánchez*, en *ibid.*, pp. 165-182.

⁸⁰ Recuérdense los tribunales revolucionarios impulsados por el infausto Comité de la Salud Pública.

⁸¹ Nuestro CP 1848 recoge la pena accesoria de argolla (art. 24) para los reos de cadena perpetua condenados por traición, regicidio, parricidio, muerte alevosa o ejecutada a cambio de precios recompensa o promesa, así como robo (art. 51.1ª). Nótese que la finalidad de la argolla implica una severa restricción de movimientos cuyo propósito no es otro que hacer sufrir al reo dolor muscular y articular, así como dificultar la conciliación de su sueño.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

Sostenida, entre otros por SCHMITT⁸², *de lege lata*, esta tendencia no se revierte hasta después de la Segunda Guerra Mundial cuando en las naciones democráticas se afianza el rechazo a las jurisdicciones especiales, las penas draconianas, a la vez que, en suma, adquiere mayor importancia la efectividad de las garantías jurídicas en el procedimiento penal y en la propia ejecución del castigo impuesto⁸³. Sin embargo, de un tiempo a esta parte, estas garantías de matriz ideológicamente liberal empiezan a ceder ante las nuevas tendencias del Derecho Penal ideadas como respuesta contra el terrorismo, la delincuencia reincidentes o los delitos más repugnantes a ojos de la ciudadanía.

En más de un pasaje de su nutrida obra entona JAKOBS la queja de que le acusen de haber ideado el Derecho Penal del Enemigo. Afirma no haber inventado nada, sencillamente se ha limitado a describir la conducta del Legislador⁸⁴. No es fácil saber hasta qué punto el profesor de Bonn ironiza, con estas afirmaciones, pues hay algo en su forma de expresarse que a muchos nos suena un poco teatral. En verdad se puede constatar *de lege lata* el fenómeno del Derecho Penal del Enemigo, se le denomine así o de cualquier otra forma. Si bien, parece bastante evidente que el penalista alemán aprueba o que, al menos, no reprocha al Legislador haber echado a andar por esta senda. Su parecer es que el Derecho Penal del Enemigo es el resultado de las circunstancias histórico-sociales que vivimos en la era post 11-S.

A menudo plantea una analogía entre los tipos que conforman esta nueva modalidad de Derecho Penal con la introducción de los actos preparatorios punibles en el Código Penal del Imperio (1870) a raíz de que se dismantelara una conspiración para atentar contra Bismark. La ausencia de figuras análogas a las mencionadas en los arts. 17 y 18 del vigente CP español, ocasionó que la condena no recogiera el auténtico desvalor de la acción enjuiciada⁸⁵. Esta nueva experiencia social motivó a los alemanes a modificar su CP de la misma forma que en el contexto histórico se producen cambios para responder a las necesidades del mismo.

⁸² SCHMITT, C., Teoría de la Constitución. 1ªed., Madrid, Alianza Editorial, 2015, §7, 18 y 19.

⁸³ FERRAJOLI, L., Derecho..., 10ªed., 2018, pp. 487-502; y SILVA SÁNCHEZ, J.M. La expansión del..., 2001, pp. 40-45.

⁸⁴ CANCIO MELIÁ, M. (Ed.) y FEIJOO SÁNCHEZ, M. (Ed.), Teoría funcional..., 2008, pp. 43-49.

⁸⁵ CANCIO MELIÁ, M. (Ed.) y FEIJOO SÁNCHEZ, M. (Ed.), Teoría funcional..., 2008, pp. 63-64.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

Paralelamente, el padre del funcionalismo normativo suele argüir, a menudo, que los “enemigos” no son una creación arbitraria *ex lege*. Constituyen una modalidad fáctica de delincuencia, identificada con aquellos criminales que no es que traten de infringir en beneficio propio ciertas normas, sino que, como el enemigo interno de HOBBS pretenden destruir la sociedad⁸⁶.

En nuestra opinión, el Derecho Penal del Enemigo ha de entenderse como la máxima expresión del fenómeno de la administrativización de la legislación penal⁸⁷. Este proceso de transformación legislativa se origina con la progresiva expansión del Derecho Penal⁸⁸ en las últimas décadas hacia las esferas como la empresa, el cobro de deudas, la seguridad vial, el medioambiente, la seguridad del tráfico económico y la salud pública entre otras, quebrando los resortes que hasta no hace tanto le contenían en los delitos contra las personas y sus derechos más personales tales como la vida, la integridad física, psíquica, moral, la libertad o la libertad sexual⁸⁹, que integran el cuerpo del denominado Derecho Penal clásico.

La particularidad de este fenómeno no es que surjan nuevas leyes penales o estas conozcan de nuevos ámbitos. Baste con pensar en las numerosas ocasiones en que algunos países, entre ellos España, han reformado su Código Penal sin abandonar por ello la esfera del Derecho Penal clásico en los dos últimos siglos. En sentido análogo, el Derecho Penal se ha expandido, en la medida en que han aparecido nuevas realidades, como pueden ser la seguridad en la navegación aérea⁹⁰, o se ha tomado conciencia de otras, como los crímenes

⁸⁶ HOBBS, T., *Leviatán*, Madrid, Gredos, 2015, pp. 127 y ss.

⁸⁷ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J y RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., *Política Criminal...*, 2ªed., 2019, pp. 59-76; y SILVA SÁNCHEZ, J.M. *La expansión del...*, 2001, pp. 97-114; ROBLES PLANAS, R., *Estudios de Dogmática Jurídico-Penal. Fundamentos, Teoría del Delito y Derecho Penal Económico*, 1ª ed., Buenos Aires, Euros Editores S.R.L., 2015, pp. 3-26, 7-92 y 203 y ss.

⁸⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *La expansión del...*, 2001, pp. 21-38.

⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *La expansión del...*, 2001, pp.124-137.; Cfr. FELIP I SABORTI, D., *Observaciones a la Expansión...*, en ROBLES PLANAS, R. (Coord.) y SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, P. (Coord.), *La crisis del...*, 1ªed., 2010, pp.63-89.; a mayor abundamiento, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, P., *La aproximación...*, en *ibid.*, 19-24; ROBLES PLANAS, R., *La Construcción del...*, en *ibid.*, pp. 41-53, RAGUÉS I VALLÈS, R., *El «Derecho Penal del Enemigo» en...*, en *ibid.*, pp. 87-101; y, en fin, CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., *Algunas cuestiones...*, en *ibid.*, pp. 165-182.

⁹⁰ Véanse, Convenio de Tokio sobre infracciones y ciertos actos cometidos a bordo de aeronaves, de 1963; Convenio de la Haya de 1973 para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves; Convenio de Montreal sobre Represión de actos ilícitos contra la Seguridad de la Aviación civil, de 1971; Convenio internacional contra la toma de rehenes de 1979; Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

de guerra⁹¹. Sin embargo, el fenómeno de la expansión, propiamente dicha, aparta esta rama del derecho de sus objetos tradicionales y, lo que es aún más importante, altera las modalidades tradicionales de tipicidad, con la introducción de tipos de peligro abstracto de manera generalizada y los llamados «tipos de cuantificación», es decir, aquellos en que un elemento cuantitativo –a menudo, pero no siempre combinado con una modalidad de comisión– deslinda la frontera entre la sanción administrativa y la infracción penal⁹².

En un inicio, la administrativización del Derecho Penal se identificó principalmente con su nueva función de refuerzo de la legislación administrativa, sin embargo, el fenómeno encerraba cambios más trascendentes. El acercamiento entre el Derecho Administrativo sancionador al Derecho Penal, *per se*, no habría de suponer una transformación profunda. De hecho, la posición tradicionalmente sostenida tanto por el TC como por el TS ha sido la de matizar la responsabilidad objetiva de las sanciones administrativas, transfiriendo, aunque aminoradas, algunas garantías propias del proceso penal al procedimiento administrativo sancionador⁹³ –con un impacto práctico más bien escaso, para ser francos. Sin embargo, esta línea jurisprudencial se ha quebrado, conforme el garantismo legislativo y doctrinal ha entrado en decadencia, de modo, de que hoy es posible hablar de una total inversión de tendencia, siendo difícil discernir en algunos supuestos, si se mantiene en vigor la interdicción de responsabilidad objetiva⁹⁴.

A nuestro entender, sin embargo, no son las lógicas de Derecho Administrativo sancionador, de las que se derivan los cambios que vive el Derecho Penal, sino de las del

detección de 1991; y Protocolo complementario del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, ambos del año 2010 (Convenio y Protocolo de Beijing).

⁹¹ FERNÁNDEZ-PACHECO, E. El genocidio en el Derecho Penal Internacional. Análisis de sus elementos esenciales en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional, 1ªed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 50-100, 262-283. Cfr. WERLE G. y JESSBERGER, F., Tratado de Derecho Penal Internacional, 3ªed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 62-77.

⁹² SILVA SÁNCHEZ, J.M. La expansión del..., 2001, pp. 124-126.

⁹³ Entre otras la STC 77/1983, de 3 de octubre, FFJJ 2º-4º, si bien con matices, hace extensivas al procedimiento administrativo sancionador las garantías constitucionales de los arts. 24 y 25 CE.

⁹⁴ En cierto modo, la expansión de tipos de imprudencia inconsciente y/o de peligro abstracto empieza a configurar una vía de responsabilidad objetiva. En el primer caso, porque este proceso suele venir de la mano de unas reglas de cuidado cada vez más vagas o excesivamente tecnicizadas para presumir *iuris et de iure* su conocimiento, salvaguardando una perspectiva humanamente razonable del deber de cuidado. En el segundo, por establecer un tipo de peligro en total ausencia de una víctima potencial y pese a ello imponer una pena.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

Derecho Administrativo de policía⁹⁵. En la actualidad, nuestra sociedad vive un proceso de profunda transformación antropológica, con un abandono de muchas de las tradicionales premisas metafísicas, en favor de una concepción individualista donde la satisfacción se entiende fundamentalmente en términos sensualista⁹⁶. Como efecto colateral este periodo, prima la visión del Derecho y del propio Estado como guardián de esas libertades individuales, concretando su misión en un rol de gestor respecto a los riesgos que las amenazan.

El compromiso ético finalista aminora su valor frente a una ética justificada en su utilidad. Esto incide directamente en la concepción de la pena, impregnando también al derecho penal clásico. Incluso en campos como la violencia de género, las agresiones racistas y similares, prima la lógica de gestión sobre la de la justicia.

Más que prevenir disuadiendo o hacer justicia, el castigo penal hoy se emplea como una herramienta de administración de la delincuencia como fenómeno social indeseado. De ahí que, el Legislador haya desarrollado normas penales para afrontar de ciertos riesgos con la lógica aplicada en el diseño de la potestad administrativa de policía. Como sabemos la actividad de limitación que lleva a término la administración intenta anticipar riesgos y sanciones, así como reducir al mínimo socialmente aceptable los inevitables⁹⁷. En otras palabras, obedece a unos parámetros preventivos a los que la concepción tradicional de Derecho Penal es totalmente refractaria.

Obviando los principios de última ratio y fragmentariedad⁹⁸, con este proceder legislativo, las garantías del Derecho Penal se ven especialmente afectadas en el principio de culpabilidad. Las conductas señaladas como potencialmente peligrosas reciben una sanción, aunque no haya llegado a existir peligro concreto para nadie, lo que entra en conflicto con institutos dogmáticos como el dolo o la imprudencia, en su concepción tradicional. Así, en ámbitos como la seguridad vial, el dolo eventual se ha ampliado hasta el

⁹⁵ También llamado Derecho Administrativo de Limitación, PARADA, R., Derecho Administrativo II. Régimen jurídico de la actividad administrativa, 20ªed., Madrid, Open Ediciones Universitarias S.L., 2013, p. 291-311.

⁹⁶ En el sentido empleado por LIPOVETSKY, G., La era del vacío. 17ªed., Barcelona, Editorial Anagrama S.A., 2020, pp. 17-24.

⁹⁷ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J y RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., Política Criminal..., 2ªed., 2019, pp. 31-76; y SILVA SÁNCHEZ, J.M. La expansión del..., 2001, pp. 21-24.

⁹⁸ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J y RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., Política Criminal..., 2ªed., 2019, pp. 59-76.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

extremo en que ya no se requiere de ningún esfuerzo argumentativo para justificar su presencia⁹⁹.

Con independencia si se comparte la tesis de la protección de los bienes jurídicos, es pacífico afirmar que, por lógica, la acción de matar merece el mayor castigo punitivo entre los delitos dolosos, cuando se realiza con conocimiento y libre voluntad, así como entre los imprudentes, cuando es resultado de la infracción de una norma de cuidado¹⁰⁰. A medida que *de lege lata* se establecen penas cada vez más severas, para los *delitos del enemigo*, los cuales a menudo no entrañan más que un peligro potencial, como sería la penalización de cinco años de cárcel o más por acceder a web¹⁰¹, se producen una incómoda incoherencia en el ordenamiento jurídico derivada la proximidad cuantitativa entre tales puniciones y las reservadas para delitos más graves, como ofensas mortales a la vida, la indemnidad sexual o la integridad física.

Más evidente se hace aún se hace aún la tensión entre la vocación punitivista del Legislador actual respecto a ciertos preceptos positivizados en la constitución o en tratados internacionales. Aunque no taxativos, ambos operan como un límite material a la libre configuración del Legislador en el ámbito criminal que condiciona tanto su actividad como la argumentación con que justifica el endurecimiento de las leyes penales.

III. ¿FRENOS AL POPULISMO PUNITIVO?

De lege lata, por tanto, el marco constitucional de nuestro país y los demás Estados de Derecho de nuestro entorno político se ven reforzados, mediante el compromiso internacional contraído al suscribir instrumentos internacionales para defensa de los DDHH, como el Pacto Internacional para la protección de los Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo de Derechos o la Convención Americana del Derechos Humanos, en

⁹⁹ CEREZO MIR, J., *Derecho Penal...*, 2008, pp. 57-58; FEJOO SÁNCHEZ, B.J., *Normativización...*, 2017, pp. 320-332.; GIL GIL, A. LACRUZ LÓPEZ, J. M., MELENDO PARDOS, M. y NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de...*, 1ªed., 2011, pp. 41 y ss.; Cfr JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, 1997,, pp. 77 y ss., naturalmente en contra; JESCHECK, H. H. y WEIGEND, T., *Tratado...*, 5ªed., 2002, §3-5; MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, 10ª ed., 2016, pp. 66 y ss.; ROXIN C., *Derecho Penal...*, 1ªed., 2008, pp. 65-67; ; FERRAJOLI, L., *Derecho...*, 10ªed., 2018, pp. 353-458; y SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al...*, 1992, pp. 406 y ss.

¹⁰⁰ No incluimos aquí concursos derivados de homicidios múltiples, ni concursos mediales entre delitos, como puedan ser las muertes derivadas de conducir bajo los efectos del alcohol.,

¹⁰¹ R c. Terence Roy Brown [2011] EWCA Crim 2751

su imposición de ciertos límites al populismo punitivo y a la administrativización del Derecho Penal. Repasemos brevemente algunos de los que afectan a España.

1. Prohibición de Tortura y Tratos inhumanos o degradantes

La abolición de la tortura fue una de las principales reivindicaciones legales de la Ilustración¹⁰². En el derecho penal medieval, esta práctica podía perseguir tanto la confesión del reo, como ser una modalidad de castigo corporal¹⁰³. No sólo estaba legalizada, sino que contaba con ardientes defensores en todos los estratos sociales¹⁰⁴. A la gran tolerancia a la laceración del cuerpo ajeno, entre la opinión pública, hay que añadir la permisividad extralegal con que las propias autoridades se lavaban las manos frente a motines contra ciertos *enemigos públicos*, que a menudo incluso incitaban¹⁰⁵.

Frente a semejante panorama, las primeras voces que se alzaron en favor de la integridad física del ser humano debieron sentirse menos que una voz gritando en el desierto. La caricaturización social no se hizo esperar a la hora de describirlos como utópicos, en el peor sentido del término, o acusarlos de ser enemigos de la justicia, del Rey, del Estado o de la Fe¹⁰⁶. Por suerte incluso el sadismo humano tiene límites.

A raíz de un caso que podría haber quedado en anecdótico, la condena de Jean Calas, las cosas empezaron a cambiar. La familia Calas tuvo la fortuna –en su desgracia– de hallar en VOLTAIRE a su defensor ante la sociedad¹⁰⁷. Sus escritos sobre el caso se interpretan como la cristalización de los sentimientos humanitarios del humanismo dieciochesco en una serie de demandas legales concretas que incluían la abolición de la tortura y de cualquier otra pena inhumana o degradante¹⁰⁸. Ahora bien, desde entonces hasta hoy, arrastramos cierta disputa intelectual acerca del alcance del concepto. Basta con recordar que tradicionalmente, la pena de muerte se ha considerado compatible con los DDHH, siempre que se impusiera tras un juicio con las debidas garantías y se impusiera sin

¹⁰² HUNT, L. La invención de los Derechos Humanos. 1ªed. Barcelona: Tusquets Editores S.A., 2009, pp. 21 y ss.

¹⁰³ ESCUDERO, J. A. Curso de Historia..., 4ªed., 2012, pp. 193-217.

¹⁰⁴ Lejos de lograr un efecto disuasorio, al vulgo le encantaba ver como se torturaba a alguien en la plaza pública.

¹⁰⁵ Como los pogromos contra judíos.

¹⁰⁶ HUNT, L., La intervención..., 2009, pp. 71 y ss.

¹⁰⁷ Ibid., pp. 124 y ss.

¹⁰⁸ STEDH de 7 de julio de 1989, *asunto Soering c. Reino Unido*; de 16 de noviembre de 1999

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

infligirle al reo excesivos padecimientos¹⁰⁹. De hecho, los debates en torno a la inhumanidad de la pena de muerte entraron en la sala de justicia no por la consecuencia última e irrevocable que comporta, sino atendiendo a la angustia que suponía el tiempo de espera, entre que el fallo judicial adquiere firmeza y la ejecución de la pena, popularmente conocido como *corredor de la muerte*, que en algunos sistemas judiciales eran tan dilatado¹¹⁰, lo que hacía de la pena algo incompatible con la dignidad humana¹¹¹.

Ahora bien, el único gran consenso en torno a la pena es que implica dolor, como mínimo dolor psicológico, la angustia de verse encerrado o privado de parte del patrimonio, de tiempo libre o de conducir. A partir de aquí, resulta más que complejo establecer con nitidez el límite de ese dolor, a partir del cual la pena devendría humana i degradante.

a) El art. 3 CEDH

En el Viejo Continente, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) prohíbe en su art. 3 la tortura, tratos y penas inhumanos o degradantes. Debe precisarse que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha distinguido entre tortura y tratos inhumanos o degradantes, por un lado, frente a penas inhumanas o degradantes, por otro. De los primeros no concede una definición específica, si bien, la STEDH *asunto Irlanda c. Reino Unido*, de 18 de enero de 1978¹¹²:

"Tal como lo ha advertido la Comisión, para que los malos tratos incidan en el ámbito del artículo 3 se requiere un mínimo de gravedad. La apreciación de este mínimo es cuestión relativa por su propia naturaleza, que depende del conjunto de los datos del caso, y especialmente de la duración de los malos tratos y de sus efectos físicos o mentales y, a veces, del sexo, de la edad, del estado de salud de la víctima, etc. El Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, cualesquiera que sean los actos de la víctima. El artículo 3 no prevé ninguna excepción, en lo cual contrasta con la mayoría de los preceptos del Convenio y de los Protocolos núms. 1 y 4, y, según el artículo 15-2, no admite derogación ni siquiera en el caso de un peligro público que amenace a la vida de la nación." (par. 162-163)

¹⁰⁹ Francia guillotiné por última vez en 1978, sin recibir reprimenda alguna del Consejo de Europa.

¹¹⁰ STEDH de 7 de julio de 1989, *asunto Soering c. Reino Unido*; de 16 de noviembre de 1999

¹¹¹ Uno de los motivos por los que desde 1967 y hasta *Gregg c. Georgia* (1976) la Corte Suprema de EE.UU. suspendió la pena de muerte fue porque su metodología y la espera en el "corredor de la muerte" daban lugar a un espacio de tiempo donde el sujeto podía sufrir hasta extremos incompatibles con la VIIIª Enmienda de su constitución.

¹¹² En el caso de que se trata, sólo han de tenerse en cuenta los conceptos de «tortura» y de «tratos inhumanos o degradantes», con exclusión del de «pena inhumana o degradante»

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

Por tanto, los conceptos de tortura y de trato inhumano o degradante exigen una modalidad de maltrato, una aflicción de padecimientos psíquicos, morales o físicos. Ahora bien, este maltrato debe alcanzar una determinada gravedad para poder incluirse en una u otra categoría. La distinción entre ambas, si bien el TEDH no lo explicita, debe atender al móvil, así lo se deduce de la Convención Contra la Tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes (1987) que define la tortura como:

“todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas” (art.1)

Pese a ser posterior al CEDH y no haberse elaborado en el seno del Consejo de Europa, numerosas razones hacen conveniente tomar la Convención contra la Tortura como parámetro interpretativo del Convenio de Roma, empezando porque todos los Estados miembros del Consejo de Europa la han ratificado. En un orden puramente doctrinal, el proceso de debate en la Comisión de DDHH de las N.U. ha propiciado que la redacción de esta Convención compile las posiciones doctrinales más consolidadas y extendidas¹¹³. Por ese motivo, se la ha convertido en un parámetro de referencia conceptual para los sistemas supranacionales de protección de DDHH en la interpretación y aplicación de sus propios textos, así como para los tribunales nacionales.

Nada de sorpresivo hay, pues, en postular que los padecimientos consistentes en una tortura deben encaminarse a la búsqueda de una confesión, de información, al castigo extrajudicial de un crimen real o presumido o en última instancia, el padecimiento infligido exterioriza una discriminación. En este último caso, la tortura castiga al sujeto por lo que es, por su simple existencia, no por su conducta¹¹⁴.

¹¹³ Convención contra la Tortura y otros tratos inhumanos o degradantes de 1984.

¹¹⁴ Torturar a alguien por su pasado sexual, como ocurrió en la Guerra de los Balcanes con las mujeres de una etnia que habían tenido parejas de otra.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

Mayores dificultades suscita distinguir entre las “penas crueles” y los “otros tratos” inhumanos o degradantes. La interpretación jurídica rechaza, por principio, la idea de que el Legislador incurra en pleonasmos, lo que, a menudo, impone una búsqueda de matices forzada, cuando asistimos a una enumeración de palabras sinónimas¹¹⁵. No obstante, este caso sería distinto, pues, a partir de la definición de tortura, podemos consensuar la definición de los otros dos conceptos.

La “pena” ha de estar prevista en una norma penal y será su contenido lo que hará de ella que sea inhumana o degradante. En cuanto a los “otros tratos inhumanos o degradantes”, se entiende que configuran una categoría residual respecto a las otras dos figuras, en tanto que agrupan a todos los supuestos de maltrato por parte de funcionario o persona que ejerza funciones públicas sin revestir la necesaria entidad para considerarse como torturas o que al no ser un castigo previsto *ex lege* no se las pueda incluir en la categoría de penas inhumanas o degradantes.

Cabría cuestionarse, si podríamos incluir en esta categoría residual, a aquellos supuestos severos de malos tratos físicos, psíquicos o morales, infligidos por funcionario o quien ejerza funciones públicas, cuando estos no se encontraran configurados legalmente como pena o, alternativamente, no atendieran a los móviles tipificados para la tortura. En nuestra opinión, la respuesta debería ser positiva. Después de todo ¿cuál es el propósito de una categoría residual sino prevenir lagunas punitivas? Ahora bien, la posibilidad de que esta hipótesis se materialice fuera del plano teórico, como mínimo, es remota. La teleología de la tortura resulta suficientemente amplia como para que, en la praxis, la mayor gravedad de los padecimientos opere como discriminador entre torturas y, en su caso, penas inhumanas y degradantes, respecto a los otros tratos.

b) ¿Qué es inhumano y qué degradante?

Como todos los conceptos abstractos, la inhumanidad de una pena o que esta sea susceptible de describirse como “degradante” imponen al jurista una labor de interpretación que los ajuste a casos concretos. Dada esta naturaleza, resulta inevitable que ambos conceptos se hayan definido desde la casuística, lo cual supone un problema

¹¹⁵ LARENZ, K., Metodología de la Ciencia del Derecho, 2ªed., Madrid, Ariel, 2010, pp. 157-159 y 325-331.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

particularmente difícil de salvar en este caso, pues no abundan en la jurisprudencia del TEDH los casos de penas degradantes.

Una de las pocas ocasiones en el Tribunal de Estrasburgo se pronunció acerca de la distinción entre penas inhumanas y degradantes fue en el *asunto Tyrer c. Reino Unido*, de 25 de abril de 1978. Más adecuado hubiese sido rubricar el caso, "Tyrer c. la Isla de Man", pues la condición constitucional de Dependencia de la Corona¹¹⁶ hace que el Reino Unido no integre técnicamente a ese territorio insular. La sentencia recoge los siguientes hechos:

"El 7 de marzo de 1972, cuando tenía quince años, con buena conducta hasta entonces, se confesó culpable, ante el Tribunal local de menores, de haber agredido a un alumno más antiguo de su escuela y de haberle herido. Su agresión, cometida junto con otros tres muchachos, tenía al parecer como motivo el hecho de que la víctima había denunciado a los muchachos por introducir cerveza en la escuela, por lo cual se les castigó a recibir algunos bastonazos. Se condenó al demandante el mismo día a tres azotes con vara de abedul («birch») [...] El señor Tyrer fue azotado al final de la tarde del mismo día, en presencia de su padre y de un médico, cuya llegada hubo que esperar durante mucho tiempo, en un Centro de la policía. Tuvo que bajarse los pantalones y los calzoncillos e inclinarse sobre una mesa. Dos agentes de la policía le sujetaban mientras que un tercero ejecutaba el castigo. Al primer azote, la vara se rompió en parte. El padre del demandante no pudo contenerse y después del tercer azote «se arrojó» sobre uno de los agentes y hubo que sujetarle. La piel del demandante, aunque sin heridas, se hinchó y sufrió dolores durante una semana y media aproximadamente." (par. 9 y 10)

A diferencia del *asunto Irlanda c. Reino Unido*, aquí no estamos ante torturas o malos tratos cometidos extralegalmente, sino ante la aplicación de una norma penal que la Isla de Mann había aprobado y gozaba de plena validez en su ámbito de competencias legislativas. En cumplimiento de su deber nomofiláctico hacia el CEDH, el TEDH a realiza una acotación conceptual distinguiendo entre pena inhumana de aquella degradante. La primera viene caracterizada por la infracción de un sufrimiento que, hemos de entender, puede ser, físico, psíquico o moral, de una sustantiva gravedad:

"el sufrimiento que se cause debe alcanzar determinado nivel para que se pueda calificar a una pena como «inhumana» en el sentido del artículo 3. Tampoco aquí entiende el Tribunal, a la vista de los documentos del expediente, que se haya alcanzado este nivel, y, por

¹¹⁶ Junto a las islas de Jersey y Guernsey, Mann se considera un Estado independiente que confía al Reino Unido su protección en defensa y su política exterior, además de reconocer al monarca inglés como su Jefe de Estado. Este peculiar estatus de las llamadas Dependencias de la Corona, sin embargo, carece de reconocimiento internacional, al margen del propio Reino Unido.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

consiguiente, llega a la conclusión, con la Comisión, de que el castigo impuesto al señor Tyrer no fue una «pena inhumana» respecto al artículo 3" (par. 29)

Por lo tanto, los azotes con una vara de madera, por sí mismos no constituyen una pena inhumana. El dolor infringido y las consecuencias de él derivadas no revisten esa necesaria entidad, nos dice la sentencia. El Tribunal no menciona, en lugar alguno, informes psicológicos que permitan valorar la gravedad de hipotéticas lesiones psíquicas resultantes del castigo. Por supuesto, en el proceso, la aportación de tales informes hubiera correspondido a Tyrer y a su abogado, no estando el tribunal obligado a solicitarlos si no se le presentan. Precisamente, su silencio en este aspecto nos lleva a pensar confiadamente que tales lesiones no existen al no haber sido alegadas. De hecho, el demandante sí hace hincapié en el enrojecimiento e hinchazón en la zona golpeada por la vara, pero no menciona ningún hecho que apunte a lesiones anímicas o psicológicas. Pese a todo, resulta interesante que al analizar si la pena es de naturaleza degradante el TEDH mencione *obiter dicta*:

"Tampoco puede descartarse que la pena pudiera haber producido secuelas psicológicas funestas." (par. 33)

En caso de haberse producido, entendemos que *per se* tales secuelas tampoco bastarían para convertir la pena en inhumana, pues, entonces habría que analizar su gravedad. Menos nítida es la respuesta acerca de si el daño psicológico abre la puerta a entender la pena como degradante, sin embargo, una lectura sistemática del fallo bosqueja una respuesta negativa en la medida que:

"sería absurdo sostener que cualquier pena judicial, debido al aspecto humillante que ofrece de ordinario y casi inevitablemente, tiene una naturaleza «degradante» en el sentido del artículo 3. Hay que completar la interpretación del texto de que se trata. Al prohibir expresamente las penas «inhumanas» y «degradantes», el artículo 3 supone, además, su distinción de las penas en general." (par. 30).

Precisa el TEDH:

"que una persona puede ser humillada por el mero hecho de su condena. Sin embargo, lo que interesa en relación con la finalidad del artículo 3 es que la humillación se produzca no por la mera condena, sino por la ejecución de la pena. [...] para que una pena sea «degradante» e infrinja el artículo 3, la humillación o el envilecimiento que implica tienen que alcanzar un nivel determinado y diferenciarse, en cualquier caso, del elemento habitual de humillación que se ha mencionado en el párrafo anterior. Esta apreciación es forzosamente relativa:

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

depende del conjunto de circunstancias del caso y, especialmente, de la naturaleza y del contexto de la pena, así como de la manera con que se ejecute" (par. 30)

Las penas pues pueden causar dolor y ser *degradantes*, hasta cierto punto. A decir verdad, cuesta rebatir que privar a una persona de su libertad o de una porción de su patrimonio u otros derechos no contenga un elemento intrínsecamente degradante y sufriente. Por lo tanto, como en la cuestión de su inhumanidad, volvemos a movernos en el terreno de las mediciones para determinar si la degradación a que se somete al reo es constitutiva de una infracción del art. 3 TEDH que, recordemos, no admite excepciones.

La argumentación del *Attorney General* de la Isla de Man, con perdón del coloquialismo, no tiene desperdicio:

"el castigo judicial corporal objeto de la acusación no viola el Convenio porque no pugna con la opinión pública local. [...] el Tribunal no considera probado que los habitantes de la Isla partidarios de que se mantenga este castigo no lo juzguen degradante: una de las razones por las que entienden que constituye un medio eficaz de disuasión es quizá -precisamente- su aspecto degradante. Por lo que respecta a su creencia de que el castigo judicial corporal asusta a los delincuentes, hay que señalar que una pena no deja de ser degradante por el mero hecho de que se considere que es un medio eficaz de disuasión o de lucha contra la delincuencia o de que realmente lo sea. Sobre todo -el Tribunal tiene que insistir en ello-, no se puede nunca admitir que se impongan penas opuestas al artículo 3, cualesquiera que sean sus efectos disuasivos" (par. 31)

En irónica *reductio ad absurdum*, habremos de alegrarnos de que los habitantes de la Isla de Mann no simpatizaran con desollar vivo a un ser humano, pues siguiendo la línea argumentativa del *Attorney General* ese castigo se adecuaría al CEDH. El carácter degradante de una pena, así como su adecuación a unos estándares de humanidad, no puede someterse a la votación popular, al menos no, en términos absolutos. Lejos de participar de los estándares democráticos de nuestro tiempo, semejante votación constituiría un ejercicio de olocracia y despotismo popular. La definición debe atender a una mínima objetividad, resultando inadmisibles la convalidación en pena humanitaria, por adhesión popular. Sin embargo, se produce la paradoja de que, salvo que diéramos por válida la existencia del derecho natural resulta imposible establecer un concepto de "humanidad" y "dignidad", al margen de un concreto concepto cultural. En verdad esta no es una conclusión propia, sino del TEDH:

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

“El Tribunal recuerda además que el Convenio es un instrumento vivo que hay que interpretar -la Comisión lo ha puesto de manifiesto debidamente- a la vista de las actuales circunstancias de vida.”

En la cuestión de si una pena es o no degradante, el Tribunal de Estrasburgo admite que el factor de la publicidad de una pena, lo que antaño se identificaría con el escarnio público¹¹⁷, si bien, no se trata de un factor esencial para que se aprecie dicha condición:

“Por lo que se refiere a la forma en que se ejecutó la pena de azotes impuesta al señor Tyrer, el «Attorney General» ha recalcado que la pena se cumplió en un local cerrado y sin divulgar el nombre del delincuente.

La publicidad puede ser un factor adecuado para apreciar si una pena es «degradante» a tenor del artículo 3, pero el Tribunal no cree que su falta impida necesariamente que determinada pena sea calificada así; puede ser suficiente que la víctima se considere humillada, aunque no lo sea a los ojos de los demás.

33. El Tribunal debe, no obstante, averiguar si las demás circunstancias del castigo sufrido por el demandante lo han convertido en «degradante» según el artículo 3.

Las penas judiciales corporales implican, por su propia naturaleza, que un ser humano ejecuta una violencia física sobre uno de sus semejantes. Se trata además de violencias institucionalizadas, en el presente caso permitidas por la ley, decretadas por los órganos judiciales del Estado e infligidas por su policía (apartado 10, precedente). De esta manera, aunque el demandante no sufriera lesiones físicas graves o duraderas, su castigo, consistente en tratarlo como un objeto en las manos del Poder público, afectó a algo cuya protección figura precisamente entre las finalidades principales del artículo 3 la dignidad y la integridad física de la persona. Tampoco puede descartarse que la pena pudiera haber producido secuelas psicológicas funestas. [...] Ciertamente, la legislación en tela de juicio prevé que el cumplimiento de la pena de azotes se efectuará como máximo seis meses después de pronunciarse la sentencia. No es menos cierto que transcurrieron varias semanas desde la condena del demandante por el Tribunal para menores y que transcurrió también un buen rato en el centro de policía en que se cumplió la pena. El señor Tyrer se vio sometido no sólo a una violencia física, sino a la angustia moral de esperarla.

34. En el caso de que se trata, el Tribunal no considera adecuado que se impusiese al demandante una pena judicial corporal como consecuencia de un acto violento. Tampoco entiende procedente que la pena fuera para el señor Tyrer el sustitutivo de un período de prisión: que una sanción penal pueda ser preferible a otra, producir efectos menos perjudiciales o ser menos pesada no quiere decir que no tenga una característica «degradante» respecto al artículo 3.

35. El Tribunal, después de examinar el conjunto de las circunstancias, llega, por consiguiente, a la conclusión de que se sometió al demandante a una pena en la que el factor de la humillación alcanzaba el nivel inherente al concepto de «pena degradante», [...] La

¹¹⁷ Penas humillantes padecidas en público. Véase la llamada «Ley Megan».

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

vergüenza de aplicarse el castigo sobre la parte posterior desnuda agravó un tanto la naturaleza degradante, pero no fue el factor único o decisivo a este respecto.”

Por tanto, el Tribunal sienta la conclusión de que la pena judicial corporal infligida al demandante fue una pena degradante en el sentido del artículo 3 del Convenio, ya que implicó una instrumentalización del sujeto en tanto que se le utiliza, mediatamente, como mecanismo de castigo. En verdad, se podría objetar que el castigo es la vara, los golpes, pero no debe olvidarse que el dolor es una vivencia corporal del propio sujeto, sólo posible gracias a su sistema nervioso –periférico y central- y los transmisores de información aferentes a este. En definitiva, el cuerpo del individuo vehicula su pena.

No nos resulta clara la adecuación del criterio de la vergüenza sufrida, como distintivo del carácter degradante de la pena. Más cuestionable resulta que se diga que el sujeto pueda sentirse humillado, aunque los demás no lo perciban. Habrá de entenderse que se habla en términos mínimamente intersubjetivos, de otro modo, cualquier manifestación concreta del *ius puniendi* sería susceptible de devenir degradante al parecer del reo. En el mismo sentido, no nos parece que adecuado el empleo del término vergüenza en toda su extensión, sino únicamente como humillación intersubjetivamente apreciada.

Esta idea queda perfectamente ilustrada en el martirio del apóstol san Pedro, que relata la tradición cristiana. Sin duda, es objetivamente degradante crucificar a un ser humano, es decir, clavarlo o atarlo de pies y manos a una cruz en estado de absoluta desnudez, ante el público que puede vejar o simplemente contemplar su agonía. Para más inri en este caso la cruz se coloca bocabajo haciendo burla de los sentimientos religiosos del sujeto, lo que, aunque le evita la muerte por asfixia¹¹⁸, le ocasiona una agonía más breve pero no menos sufrida por derrame cerebral. Ahora bien, en la cabeza del apóstol, más que humillado estaba siendo ensalzado. El martirio era para él un mérito, una gloria que le había sido dispensada. En sus memorias, el comandante de Auschwitz, Rudolf Hoss, relata que los testigos de Jehová, a los que despectivamente denomina “fanáticos de la biblia”, acogían con alegría e incluso agradecimiento su sentencia de muerte ya que así podrían reunirse con Dios e incluso expresaban su perdón y agradecimiento a los verdugos, actitud,

¹¹⁸ La muerte en la cruz se provoca por el progresivo aplastamiento de los pulmones por los órganos ubicados en la mitad inferior del abdomen humano, conforme los hombros se desencajan lentamente. Romper las piernas del reo, como se menciona en los Evangelios, acelera este proceso.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

por cierto, que causaba horror en el oficial de las SS¹¹⁹. Por tanto, no parece que el parecer del sujeto deba ser el más relevante. A nuestro entender no queda otra posibilidad más que acudir a un criterio intersubjetivo.

2. El art. 15 CE

El TC ha sido bastante taxativo en su interpretación de los derechos que el art. 15 CE recoge¹²⁰. Acerca de las interdicciones para los poderes públicos, que operan como garantías en el disfrute de tan importantes DDF¹²¹, el Alto Tribunal dice:

“La prohibición constitucional de la tortura [recogida en el art. 15 de la Constitución], así como de las penas o maltratos inhumanos o degradantes, debe ser interpretada, en atención a lo dispuesto por el art. 10.2 CE, de conformidad con las determinaciones de la Declaración universal de los derechos humanos y con otros tratados o acuerdos internacionales sobre la misma materia, y realmente así lo ha hecho este Tribunal desde la primera resolución en que trató acerca de este punto (STC 65/1986, de 22 de mayo). La prohibición, en idénticos o en parecidos términos, se recoge también en el art. 5 de la referida Declaración universal, y en otros Convenios ratificados por España, como en el art. 7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos; en el art. 3 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), precepto que, como reconoció el ATC 333/1997, de 13 de octubre, influyó de manera manifiesta en la redacción del art. 15 CE; en la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 1984; o en el Convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, de 1987, entre otros instrumentos internacionales” (STC 181/2004, de 2 de noviembre FJ 13º)¹²²

¹¹⁹ HOESS, R. Yo comandante de Auschwitz. 1ª ed. Barcelona: Muchnik Editores, 1979, pp. 86-87.

¹²⁰ El Alto Tribunal hubo de pronunciarse acerca de si la pena del delito de malversación podía considerarse inhumana o degradante por ser excesiva, es decir, desproporcionada. Si bien el amparo se desestimó, lo cierto es que el recurrente contaba con un poderoso argumento a su favor, pues la Audiencia Provincial de Teruel compartía su criterio acerca del exceso punitivo:

“el Tribunal, haciendo uso de la facultad que le confiere el art. 2.2 del Código Penal, acordó exponer al Gobierno lo conveniente para que la grave pena impuesta sea conmutada por la de seis años y un día de presidio mayor e inhabilitación absoluta por el mismo período de tiempo, que se estima más equitativa y procedente” (FJ1º)

Naturalmente, este razonamiento tiene un punto flaco, pues, hay una diferencia entre que una pena sea excesiva y que al Tribunal sentenciador la encuentre excesiva. Salvo casos de absoluta y manifiesta desproporción, tal consideración pertenece al libre arbitrio político del Legislador, no al poder judicial ni al controlador constitucional. A modo de ejemplo, véase la concreción de los DDF de los extranjeros ex STC 236/2007.

¹²¹ Obviamos en nuestra presente exposición la abolición de la pena de muerte recogida igualmente en el mismo art. 15 CE.

¹²² A mayor abundamiento STC 116/2010, de 24 de noviembre FJ2º:

“Lo que prohíbe el art. 15.1 CE es la pena o trato degradante o inhumano en sí mismos, de forma que “por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena”

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

En su jurisprudencia, el TC española no ha abundado demasiado en la noción de pena inhumana o degradante. En la primera ocasión en que abordó la cuestión, la STC, Sala 2ª, 65/1986, de 17 de junio, es también la que nos deja una definición más completa:

“la Constitución, en cuanto prohíbe la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, basta señalar que la calificación de una **pena** como **inhumana** o degradante depende de la ejecución de la **pena** y de las modalidades que ésta reviste, de forma que por su propia naturaleza la **pena** no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena [...] en el caso que nos ocupa, se impuso al recurrente una **pena** de privación de libertad y otra de inhabilitación absoluta, penas que, independientemente de su mayor o menor extensión, no pueden ser calificadas de inhumanas o degradantes en el sentido antes indicado” (FJ4º)¹²³

En este caso, el recurrente en amparo sostenía que su condena por malversación se había tornado en inhumana y degradante, en quiebra del art. 15 CE, por habersele individualizado en una condena excesiva –naturalmente a su entender– para el desvalor de sus actos. El Alto Tribunal no niega la importancia de la proporcionalidad¹²⁴, sin embargo,

(STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 4). Esta referencia obligada a la propia naturaleza de la pena como núcleo básico del análisis constitucional impide, en el control abstracto de la norma, tomar en consideración las excepcionales y variadas circunstancias personales de una determinada persona acusada por un delito o cómo sobre su situación personal anterior al delito pueda presumirse que va a incidir la normal aplicación de la pena. Por tanto, en este aspecto, nuestra conclusión ha de ser también desestimatoria de la duda planteada, al no apreciar que la pena cuestionada, por su propia naturaleza o las modalidades posibles de su ejecución, ocasionen o tengan intención de ocasionar al penado, ante los demás o ante sí mismo, “una humillación o un envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad” (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 9), lo que hemos declarado que constituye el contenido mínimo protegido en este ámbito por el art. 15.1 CE (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de enero y 25 de abril de 1978 -Caso Irlanda contra el Reino Unido- y -Caso Tyrer-, respectivamente).”

¹²³ Compárese con la perspectiva de Abogacía del Estado recogida en los Antecedentes de Hecho de la STC 116/2010, de 24 de noviembre (AH 6º):

“en cuanto [a que el art. 15CE] proscribe las penas y tratos inhumanos y degradantes, afirma el Abogado del Estado que el Auto realiza en este punto una inadecuada interpretación de las normas pues atiende a sus posibles consecuencias futuras. Lo que en su opinión prohíbe el art. 15 CE es la pena o trato degradantes en sí mismos, no que por las excepcionales condiciones o circunstancias de una determinada persona pueda presumirse con mayor o menor verosimilitud que el cumplimiento de la pena pueda producir una agravación de su enfermedad o una degradación de su estado psíquico. Considera muy estimables humanamente las valoraciones del juzgador, pero entiende que ningún ordenamiento puede condicionar la imposición de las penas a las previsiones sobre el impacto que puedan tener en la salud física o mental de los penados. Cosa distinta es que, en la aplicación de estas penas, especialmente en el régimen penitenciario, el Poder público deba adoptar las medidas adecuadas para la preservación de la salud e integridad de los penados”

¹²⁴ El Abogado del Estado promueve también la cuestión de si podría considerarse que la desproporción de la **pena** vulnera el principio de igualdad consagrada en el art. 14 de la Constitución. Aunque el recurrente no lo invocó en forma expresa en el escrito de demanda, es lo cierto que ya en este escrito aparece

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

comparte con el TEDH que la inhumanidad de una pena ha de presentarse intrínsecamente. Esta postura se va matizando. En el marco de procesos de extradición en que el recurrente en amparo podía ser condenado a cadena perpetua, el TC prescribe:

“En cuanto al carácter eventualmente perpetuo de la **pena** de ergastolo [sic.] hemos reiterado, que la calificación como **inhumana** o degradante de una **pena** no viene determinada exclusivamente por su duración, sino que exige un contenido material, pues "depende de la ejecución de la **pena** y de las modalidades que ésta reviste, de forma que por su propia naturaleza la **pena** no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena" (STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 4). Tales consideraciones han sido también claramente expresadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 25 de abril de 1978 (*Caso Tyrer c. Reino Unido*) y 16 de diciembre de 1999 (*casos T. y V. c. Reino Unido*), al interpretar el art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, y son plenamente aplicables a la interpretación del art. 15 de la Constitución española” (STC, Pleno, 91/2000, de 30 de marzo, FJ9^{o125})

Por tanto, se deduce que hay penas que pueden devenir inhumanas por su desproporción, es decir, en términos cuantitativos, mientras otras serían intrínsecamente inhumanas. Sobre las primeras, a menudo pensamos en la cárcel, lo cual es lógico, siendo la privación de libertad la más severa condena de nuestro sistema, pero aquí se sostiene que toda pena, incluso las más aparentemente leves, tales como la localización permanente, pueden devenir inhumanas por desproporción. Resulta evidente el caso básico, de obligar a un ser humano cumplir cualquier pena si esta le es impuesta arbitrariamente, en total ausencia de motivos. Ahora bien, la medición acerca de en qué momento un castigo penal se convierte en desproporcionado dista de ser clara.

A nuestro entender existen dos factores: a) la admisión de la cadena perpetua *sensu stricto*; y, b) la coherencia. Como ya vimos, incluso KANT tuvo problemas a la hora de establecer una proporcionalidad estricta entre la pena con el mal causado por el delito. Una vez se rechaza la pena de muerte, parece evidente que cualquier pretensión de persistir en la lógica del Talión, decae. Por tanto, tanto hay que aceptar un margen de relatividad entre el desvalor de acción y el dolor del castigo.

implícitamente la supuesta vulneración de la igualdad que desarrolló en el escrito de alegaciones presentado en el trámite de inadmisión. (FJ5) y STC 66/1995

¹²⁵ Citado en las SSTC, Sala Primera, 162/2000, de 12 de junio, FJ7^o; y Sala Primera, 5/2002, de 14 de enero, FJ4^o.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

Un supuesto concreto nos aporta el Auto del Pleno TC, 155/2016, de 20 de septiembre, (FJ2º), recoge un supuesto concreto de pena inhumana o degradante:

“se viola la garantía de irretroactividad de las normas penales desfavorables, incurriéndose, asimismo, en una motivación arbitraria, ilógica y errónea de la Sentencia de la que derivaría, a su vez, la imposición de una **pena cruel, inhumana o degradante**”

A partir de aquí, la concreción disminuye drásticamente. A falta de una resolución del recurso interpuesto contra la prisión permanente revisable, el TC ha podido pronunciarse acerca de la cadena perpetua –y de la pena de muerte- en el marco de los procesos de extradición. Baste con leer la STC 181/2004, de 2 de noviembre FJ 16º:

“una pena de cadena perpetua puede vulnerar la prohibición de **penas inhumanas o degradantes** del art. 15 CE, a los efectos de la corrección constitucional de las resoluciones judiciales que declaran procedente la extradición para el cumplimiento de una pena de cadena perpetua o para enjuiciar un delito al que previsiblemente se le impondrá esta pena, este Tribunal tiene declarado que resulta suficiente garantía que las resoluciones judiciales condicionen la procedencia de la extradición a que en caso de imponerse dicha pena, su ejecución no sea indefectiblemente de por vida (STC 148/2004, de 13 de septiembre, FJ 9, con cita de SSTEDH de 7 de julio de 1989, asunto *Soering c. Reino Unido*; de 16 de noviembre de 1999, asunto *T. y V. c. Reino Unido*).”

Adviértase la nada desdeñable sutileza del lenguaje que distingue “poder vulnerar” de “vulnerar”. A mayor abundamiento, la jurisprudencia del TEDH no clarifica los criterios, como se deriva de la lectura del FJ 14º de la misma sentencia:

“El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, en relación con los derechos a la vida y a no padecer torturas ni penas o tratos inhumanos o degradantes, tomando en consideración las circunstancias concretas que pueden entrañar en estos casos una dificultad probatoria, ha aludido a la existencia de motivos serios y acreditados para creer que si el interesado es entregado al Estado requirente correrá un riesgo real de ser sometido a torturas o a penas o tratos inhumanos o degradantes (caso *Soering* caso *Ahmed* contra Austria, § 39; Sentencia de 11 de julio de 2000, caso *G.H.H. y otros contra Turquía*, § 35).”

Téngase en cuenta que la necesidad probatoria a la que habla el tribunal se refiere afecta a casos en que nominalmente la ley no prevé una pena inhumana o degradante, pero *de facto* no es la legalidad escrita la que determina las prácticas del Estado¹²⁶. En nuestra

¹²⁶ En el caso concreto de la STC 181/2004, de 2 de noviembre:

“Según criterio del recurrente, la contradicción radica en que si el Estado venezolano no controla sus propias cárceles, no es posible que garantice que le será respetado al Sr. Bouza Izquierdo el derecho a no sufrir torturas, ni penas o tratos inhumanos o degradantes. Concluye el recurrente su alegato

opinión el TC aplica un criterio excesivamente restrictivo a la hora de apreciar estas situaciones, casi circunscribiéndolo a circunstancias que sólo podemos calificar de hecho notorio.

Lo que sí ha quedado claro es que el cumplimiento de la pena no se condiciona a que esta garantice la rehabilitación efectiva del reo, es decir, su reinserción social. De haber interpretado la orientación a la reinserción de la pena¹²⁷ como un derecho fundamental del reo y no un principio orientativo para el Legislador, se habrían dado situaciones abusivas, en especial por parte de quienes abrazan la delincuencia desde la convicción¹²⁸.

IV. ENFOQUE DESCRIPTIVO: ¿QUÉ HACE LA PENA? ¿QUÉ PRETENDE EL LEGISLADOR?

“Nothing works”
R. B. MARTINSON

Con estas palabras, MARTINSON esperaba poner fin a la política penitenciaria de la guerra contra las drogas¹²⁹. Mediante este planteamiento el criminólogo aspiraba a convencer a la opinión pública de que las penas elevadas no disuadían del delito, ni tampoco los mecanismos de rehabilitación social penitenciarios, basados en técnicas psicológicas, reducían la reincidencia. Entonces, pensaba que el furor por las penas altas decaería y se despertaría el interés social por atacar las causas estructurales, principalmente la pobreza y la marginalidad, que producen la mayoría de las conductas delictivas. Como sabemos, ocurrió todo lo contrario. No sólo en EE.UU., sino en todo el mundo occidental, se acrecentó la aprobación pro sanciones penales severas.

explicando que Venezuela ni ha prestado las garantías exigidas, ya que no se puede tener por tal una afirmación del Abogado o Procurador de la República de Venezuela contenida en la impugnación del recurso de súplica presentado en el procedimiento de extradición, ni tampoco puede ofrecerlas, porque como ya ha quedado probado las autoridades venezolanas no tienen asegurado el control de los centros penitenciarios. Por su parte, el Fiscal coincide con el recurrente en que el amparo debe ser concedido por esta causa, porque a pesar de la voluntad ciertamente sincera de la Administración penitenciaria venezolana en orden al cumplimiento de las garantías, cabe la hipótesis de que se vea imposibilitada de llevarlo a efecto. Por el contrario, Venezuela se opone a esta pretensión de amparo.” (FJ 12º)

¹²⁷ . GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J y RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., *Política Criminal...*, 2ªed., 2019, pp. 59-76. Cfr. TORRES DEL MORAL, A. en GIMENO SENDRA, *et al.*, *Los Derechos Fundamentales...*, 3ªed., 2018, pp. 145-147. SSTC, Sala Primera, 28/1988, de 23 de febrero, FJ2º; Sala Primera, 81/1997, de 21 de mayo, FJ 3º.b; y Pleno, 136/1999, de 20 de julio, FJ 21º.

¹²⁸ Baste con pensar en supuestos de terrorismo.

¹²⁹ GARLAND, D., *Castigar y asistir. Una historia de las estrategias penales y sociales del siglo XX*, 1ªed., Buenos Aires, Siglo Veintiuno editores, 2018, p. 103-120. y 211-232.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

El punto de partida de MARTISON sería lógico atendiendo a la metodología científica. Unas hipótesis de trabajo se han demostrado erróneas para disminuir la delincuencia, lo racional será pasar a estudiar otras hipótesis. El problema es que en su ingenuidad no se preguntó por las verdaderas prioridades del pueblo y sus representantes. Su tragedia intelectual, que no consiguió superar, se tornó en personal cuando se quitó la vida saltando por una ventana¹³⁰.

Cuando uno revisa el Código de Ur y otros de los primeros documentos legales de la humanidad se asombra al encontrar preceptos de penas vicarias: si matas a mi hijo, tu hijo debe morir¹³¹. El talión se lleva así hasta sus últimas consecuencias, en términos formales, cuestionando incluso su propia lógica material, de realizar la justicia. ¿Cómo habrá de ser justo castigar a un inocente deliberadamente por acción ajena? El barniz del orden cósmico y la voluntad divina antes aludido, posibilita superar la disonancia cognitiva¹³². Es justo porque es voluntad de la Deidad que así sea. Ya no es necesario perder el tiempo con mayores disquisiciones o razonamientos.

No obstante, la idea de la legitimidad religiosa ha de presumirse insuficiente para que una sociedad acepte aisladamente medidas tan duras. Si analizamos las sectas, como fenómeno social característico del fanatismo religioso en nuestro presente, observamos que las normas más duras se imponen a los miembros cuando el microsistema social creado ya lleva un tiempo en funcionamiento, no desde el comienzo. Antes de que empiecen los peores abusos, la *comunidad* creada ha aportado algo –autoestima, propósito vital, alivio de la soledad– a los individuos que han entrado en ella, han mejorado su vida. El miedo a perder esa conexión personal propicia la tolerancia del sujeto a su propia explotación. A decir verdad, el proceso no es muy diferente del de otras relaciones abusivas.

La ley mosaica o los mandamientos de Mahoma¹³³ encontraron buena acogida en su momento, incluso para quienes no tenían fe en Yahvé o en Alá, pues aún sin conversión religiosa inmediata, muchos pueblos se sintieron atraídos por algunos de estos preceptos

¹³⁰ MEDINA ARIZA, J., Políticas y estrategias..., 2013, pp.129-130.

¹³¹ COHN, H. H., Los derechos..., 1996, pp. 5-17.

¹³² Concepto propio de la psicología social, relativo a la incomodidad del sujeto que advierte una contradicción entre sus creencias o pensamientos, véase ARONSON, E. Introducción a la psicología social. 2ªed. Madrid: Alianza Editorial, 1979, pp. 96-123, entre otras.

¹³³ DUPRET, B. La sharía. Orígenes, desarrollo y usos contemporáneos. 1ªed. Barcelona, Ediciones Bellaterra S.L., 2015, pp. 21-30.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

legales y se apresuraron a imitarlos¹³⁴. Podríamos decir que, dadas o no por Dios, eran *buenas leyes* en su época, eran mejor que lo conocido hasta el momento. Además, se aplicaban con una considerable flexibilidad, en especial, la legislación deuteronomica, cuyos jueces se mostraban prudentes a la hora de imponer penas severas¹³⁵. La intolerancia y el fanatismo religioso, en esas culturas, como en las demás, suele darse en episodios de crisis o declive, pero cuando la religión ya se encuentra extendida en amplias capas de la población.

A fortiori, inducimos que, cuando los primeros códigos y las normas que contenían aparecieron en sus comunidades humanas, hubieron de suponer una mejora respecto a la realidad existente, pues fueron acogidas por las poblaciones de unos Estados cuya capacidad para monopolizar la violencia resultaba aún muy incipiente¹³⁶.

Además de dúctil, la idea de «mejorar» depende mucho del punto de partida. Con seguridad antes de que la ley autorizara al padre del hijo muerto a matar al hijo del homicida, lo habitual serían represalias mucho más generalizadas. El clan familiar debía matar al homicida y a su familia, sufriendo a continuación la venganza del otro clan e instaurándose un clima de guerra u hostilidad entre familias y comunidades que podía prolongarse en el tiempo. La muerte legalmente autorizada del hijo del homicida acotaba el círculo de la venganza y le ponía freno. Más que restaurar la justicia, la medida salvaguardaba la paz social, posibilitando así el desarrollo de la civilización. Con matices podemos hablar de una justicia *restaurativa sui generis*, en tanto que una vez satisfecha la venganza, el orden se restauraba y la convivencia social volvía a ser posible. De otro modo, los clanes familiares se enfrentarían entre ellos y, o bien, habrían de acabar siendo ambos expulsados, lo que implicaría una sustanciosa pérdida de recursos para la comunidad, o bien arrastrarían a otros clanes y familias como aliados en su pelea, dando lugar a una guerra civil que supondría la desaparición del núcleo social.

No pasemos por alto que hablamos de una sociedad donde apenas existía un sistema organizado de agentes al servicio del poder político, de modo que a los gobernantes no les

¹³⁴ Además de Mahoma, que asimiló para su califato primero las leyes tribales árabes y luego leyes persas y romanas, es fácil ver como el Dº Romano post-clásico fue absorbido y difundido por el cristianismo. Desconocemos hasta qué punto puede predicarse algo similar de la Ley mosaica.

¹³⁵ COHN, H. H., *Los derechos...*, 1996, pp. 23-35.

¹³⁶ Véase Nota al pie nº 11.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

quedaba más alternativa que confiar a sus propios ciudadanos el cumplimiento de sus leyes, realizando controles puntuales¹³⁷. Conforme la capacidad de producción de las comunidades humanas fue aumentando, también lo hicieron sus riquezas, lo que se tradujo en un aumento de recursos para el grupo social dominante. La posibilidad de disponer entonces de un grupo de asalariados bastante numeroso para ejercer un control más estable y constante sobre la comunidad posibilitó la monopolización del *ius puniendi* en una autoridad concreta, sin necesidad de verse asistido de particulares para el castigo de los desobedientes. Desde el punto de vista dogmático, las comunidades que fueron capaces de dar este paso experimentan el nacimiento de un sistema jurídico centralizado. La antropología, la sociología y las ciencias políticas ubican en este momento el nacimiento de la Administración Estatal¹³⁸.

La pregunta que entonces nos asalta es por qué dichas leyes mantuvieron su rigor una vez se hubo consolidado el Estado. ¿No debería haberse aminorado su rigor? ¿O, al menos, haberse concretado en unos castigos más racionales que matar a un inocente por la conducta de su padre? La ausencia de fuentes históricas nos obliga a acudir a las tesis antropológicas y psicológicas para contestar a esta pregunta. FREUD denomina sublimación al fenómeno mediante el cual el ser humano idealiza –sublima– mediante el mito o ritual, la motivación de su conducta, sus penas en este caso, olvidando su génesis histórica, la realidad material que las motivó en primer lugar. La *auctoritas* mística perpetúa así una conducta incluso cuando la causa que la originó ya se ha extinguido¹³⁹. Con otra denominación los antropólogos suscriben este planteamiento¹⁴⁰.

Hemos acotado pues la primera función de la pena, salvaguardar la continuidad de la sociedad, institucionalizando la venganza, a la vez que la limita en un “hasta aquí irás, mas no más allá” (Jb). El ideal de Justicia se superpone a la funcionalidad original, enmascarándola, pero sin alterarla. De ahí que la pena no sea un instrumento útil para reducir las conductas delictivas, pues no era ese su propósito. En su origen la pena es una

¹³⁷ COHN, H. H., *Los derechos...*, 1996, pp. 123-141.

¹³⁸ No confundir con el concepto moderno de la Administración que surge bastante después durante el reinado de Luis XIV.

¹³⁹ FREUD, S., *Tótem y...*, 4ªed. 2011, pp. 79 y ss.

¹⁴⁰ KENSEN, H. y SCHMITT, C., *La polémica Schmitt/Kelsen: El defensor de la constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*, 1ª ed., Madrid, TECNOS, 2009; y RÖHRICH, W. *Los sistemas políticos del mundo*, 1ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 2008, pp. 21-23.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

institución completamente funcional, puesta al servicio de la conservación de la comunidad, previniendo su disgregación a causa de los conflictos internos.

La conservación de la comunidad resulta, *prima facie*, de valor para todos sus integrantes, como mínimo en términos de protección y seguridad, así como generalmente en términos de productividad, aunque evidentemente es más beneficiosa para quienes en la comunidad ostentan posiciones privilegiadas, coincidentes con el poder político oficial y las distintas modalidades de poder fáctico, como el económico, el vinculado a las creencias religiosas. El monopolio de la violencia, es decir, la ostentación exclusiva y excluyente de la capacidad legítima *ex lege* de castigar consolida y retroalimenta la posición de autoridad en la comunidad, de ahí que su apropiación por un individuo o grupo de individuos constituya *conditio sine qua non* para el surgimiento del Estado y el moderno ordenamiento jurídico que KELSEN denomina centralizado¹⁴¹.

En coherencia con su visión funcional de la pena, JAKOBS asegura que su mayor agresividad depende de las condiciones sociales habidas:

“El contenido y la función de la pena no se pueden configurar (ni siquiera limitándose a la pena estatal) con independencia de la existencia del orden en el que se pune, ni de la comprensión de su sentido. Así, por lo que se refiere a la existencia del orden, un Estado que deba concentrar sus fuerzas para el aseguramiento de su existencia (p. ej. en guerra) empleará la pena de modo que al menos a corto plazo garantice la eficacia (p. ej., intimidación por medio de penas severas), mientras que un Estado sin problemas agudos de existencia puede asumir la ineffectividad a corto plazo, para conseguir con largueza de miras la paz interna (p. ej., evitando las penas severas para no embotar la sensibilidad ante la violencia)”¹⁴²

La lógica que aquí se aplica a la pena es la misma con que la doctrina concibe el estado de necesidad. Como planteamiento básico, resulta una interpretación correcta de la práctica legislativa, aunque excesivamente sucinto y por tanto incompleto. JAKOBS no concede suficiente peso a la cuestión de la percepción social, cada vez más importante en nuestro presente, pero no ajena a la historia.

En ocasiones, no es necesario que una sociedad este en peligro o que una determinada conducta delictiva suponga un verdadero problema a escala colectiva. Basta con que se crea que lo es para que se pida al Legislador que dé otra vuelta de tuerca a la severidad punitiva.

¹⁴¹ KELSEN, H., Principios de..., 1ªed., 2013, pp. 10-11.

¹⁴² JAKOBS, G., Derecho Penal..., 1997, p. 8.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

La vocación política por complacer esta percepción, obteniendo rédito electoral o simplemente popularidad¹⁴³, estimula el crecimiento de este fenómeno.

Ahora bien, mientras gran parte de la población cree a ciegas, esto es, sin datos, que las penas realmente intimidan o que la sociedad es cada vez más insegura, merece la pena preguntarse ¿qué pretende el Legislador? ¿Realmente cree lo que afirma? A menudo, en los textos doctrinales olvidamos que el “Legislador” es algo más que una personificación retórica del poder legislativo del Estado. No se trata de una entidad abstracta, sino concreta y humana, a menudo, demasiado humana.

Si ahondamos en la premisa constitucional, que deposita en los miembros de las cámaras parlamentarias la condición de Legislador, nos podemos permitir explorar un concepto material de este. Si desnudamos el formalismo, no sólo es el parlamento, sino que otros los órganos constitucionales que “legislan”. La propia doctrina tradicional acuñó la expresión de “legislador-reglamentario”¹⁴⁴ identificada con las facultades del poder ejecutivo y otros órganos administrativos de aprobar normas de alcance general. No hay que olvidar que las constituciones de la segunda mitad del siglo XX han consolidado la capacidad del Poder Ejecutivo de aprobar normas con rango de ley, bien por delegación, bien al amparo de circunstancias excepcionales¹⁴⁵. A nuestro entender cabe considerar a los Altos Tribunales de una Nación, especialmente si en esta existe un sistema de control judicial de la constitución –concentrado o disperso-, como legisladores en sentido material. La jurisprudencia consolidada siempre termina operando como un condicionante en materia de interpretación y por tanto del sentido y ratio de acción de las normas aprobadas, operando como un complemento del primer Legislador cuya palabra escrita limita la acción interpretativa del tribunal, sin perjuicio de que, en ocasiones, tampoco la literalidad opere como auténtico límite¹⁴⁶.

¹⁴³ Ya no se trata únicamente del desarrollo del derecho penal antiterrorista posterior al 11-M, sino que podemos pensar en la adhesión pública que despiertan ciertas persecuciones en regímenes dictatoriales o incluso en teóricas democracias, como el reciente caso de los rohingyas en Myanmar.

¹⁴⁴ CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría General del Estado*, 2ªed., Ciudad de México, Fondo Económico de Cultural, 2013, pp. 507-521.

¹⁴⁵ Arts. 86 CE.

¹⁴⁶ KELSEN, H. y SCHMITT, C., *La polémica...*, 2009; y RÖHRICH, W. *Los sistemas políticos...*, 1ª ed., 2008, pp. 37 y ss.; Cfr. LAMBERT E. *El gobierno de los jueces*, 1ªed, Madrid, TECNOS, 2010. Cfr. HABERMAS, J. *Facticidad y...*, 6ªed., 2010, p. 317: “El legislador no dispone a su vez de la competencia para

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

Adicionalmente, en la sociedad internacional contemporánea muchos Estados interactúan mucho más en la comunidad internacional, amén de que participan de organizaciones internacionales. Las normas resultantes del espacio supranacional los vinculan en mayor o menor medida¹⁴⁷. Ciertamente, la pauta habitual es que las normas emanadas de tales foros sigan un proceso de trasposición, aunque la UE ya nos revela con sus reglamentos que la posibilidad de que una norma aprobada por órganos externos al Estado entre automáticamente en vigor para los integrantes de la organización, incluso aunque una minoría de ellos hubiese formulado oposición¹⁴⁸. En el mismo sentido, casos como el TEDH y el Tribunal de Luxemburgo muestran la solidez que puede llegar a adquirir el Legislador-judicial supranacional.

Si retornamos al Derecho interno, advertimos que el Legislador material no se corresponde al formalmente especificado en la norma constitucional. No todos los diputados y senadores gozan de la misma influencia en el curso de la aprobación de una ley. No nos referimos únicamente a su pertenencia a un grupo más o menos numeroso en la cámara, sino a su propia influencia en los órganos del partido. No en vano, BIRMAUM, HAMON y TROPER proponen sustituir al Parlamento, por la Junta de Portavoces¹⁴⁹, pues suelen ser los integrantes de los órganos directivos de los partidos quienes definen la posición del grupo parlamentario, aunque, en ocasiones, ni siquiera integren el parlamento. Un fenómeno análogo se aprecia en el órgano colegiado de Gobierno, cuyos integrantes no

comprobar si los tribunales [...] se han servido exactamente de las razones normativas que en su día entraron a formar parte de la fundamentación presuntivamente racional de una ley”.

¹⁴⁷ CASADEVALL MEDRANO, J., *El Conveni Europeu de Drets Humans, el Tribunal d’Estrasburg i la seva jurisprudència*, Barcelona, Bosch Editor, 2007, pp. 48 y ss.

¹⁴⁸ Kelsen escribió que: “El Tribunal Constitucional al aplicar la Constitución a un acto de producción legislativa y al proceder a la anulación de una norma inconstitucional, no produce sino que anula una norma, realiza el acto contrario a la producción jurídica, es decir que actúa como legislador negativo” citado en AGUIAR DE LUQUE, L., *Dogmática y teoría de los derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional español*, *Revista de Derecho Político*, nº 18-19 (1983), p. 11. Cfr. Kelsen, H. y Schmitt, C., *La polémica...*, 2009. A mayor abundamiento, GIMENO SENDRA, V. en GIMENO SENDRA, *et al.*, *Los Derechos Fundamentales...*, 3ªed., 2018, p. 832, la distinción entre las llamadas sentencias-modelo o "Musterurteil" a las que se remiten doctrinalmente las "sentencias de remisión", operando pues como un precedente regular análogo en valor a la jurisprudencia consolidada de la jurisdicción ordinaria. No es menos cierto que las "Musterurteil" a menudo contienen nociones dogmáticas de interpretación general de un Derecho Fundamental, cuyas previsiones tienden y acaban de facto siendo erga omnes igual que las que resuelven cualquier conflicto de competencia o recurso de inconstitucionalidad.

¹⁴⁹ TORRES DEL MORAL, A., *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*, 4ed., Madrid, Editorial Universitas S.A. y UNED Ediciones, 2012, p. 476. Más crítico fue, desde luego, Schmitt, C. en *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual*. 1ªed. Madrid: Tecnos, 2008 y en Schmitt, C. *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*. 1ªed. Madrid: Tecnos, 2013.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

gozan de la misma influencia. Una vez más lo fundamental vuelven a ser el poder e influencia en el partido, si bien, en España la influencia de los partidos en el Consejo de Ministros se percibe aminorada, en tanto que el líder del gabinete siempre ha ocupado simultáneamente la posición de líder del partido que ocupa la primera posición numérica del parlamento¹⁵⁰.

Por tanto, materialmente el Legislador se corresponde con un círculo más bien reducido de personas que acuerdan la agenda legislativa por gozar de influencia sobre los órganos institucionales del país, formalmente depositarios de la función legislativa y, en su caso, de su posterior aplicación interpretativa –administrativa o judicial– y, en su caso, del control constitucional.

Si nos preguntamos por los intereses e intenciones del Legislador, circunscribiéndolo a quienes impulsan la aprobación formal de normas con rango de ley, forzosamente hemos de comprender las intenciones e intereses de los altos cargos de los partidos políticos.

No quisiéramos caer aquí en una invectiva de escepticismo democrático. Tampoco es este el mejor lugar para abordar un análisis acerca de las dinámicas internas de los partidos, analizando si precisan de más democracia interna y cómo podría esta vehicularse. Si señalamos a las llamadas cúpulas de los partidos mayoritarios como lugares donde *de facto* reside el poder político-legislativo del Estado, es porque nos parece un hecho incontestable, que debemos tener presente. De hecho, sería ingenuo creer que ahí termina la complejidad material del Estado. Si nos propusiéramos ahondar en su descripción, necesitaríamos hablar del *lobbismo*, social y económico, siguiente eslabón de la cadena capaz de influencia en estas cúpulas. A su vez estos sufren la presión de sus propias estructuras de funcionamiento y sus necesidades¹⁵¹. Por prudencia tomemos las cúpulas de los partidos como límite de nuestra esquematización del poder legislativo.

La caricatura de que los políticos desconocen todo interés por el bien común y sólo piensan en su propio interés supone una simplificación demagógica y un tanto maniquea. La propia naturaleza del ser humano le conduce a buscar la justificación moral de sus actos, luego, parece razonable la suposición de que los políticos con gran poder e influencia, se

¹⁵⁰ La única excepción en nuestra historia fue Calvo Sotelo (1981-1982).

¹⁵¹ Esto vale tanto para grandes empresas como para grupos sociales organizados. Véase SILVA SÁNCHEZ, J. M., La expansión del..., 1999: pp. 46-49 “*atypische Moralunternehmer*”

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

visionen a sí mismos, como auténticos impulsores de las normas y cambios sociales acaecidos durante el periodo en que ostentaron la autoridad estatal, toda vez que ven, en el marco coyuntural de las circunstancias adversas o los errores ajenos, las causas de haber tenido que impulsar medidas que perjudican a la sociedad.

Dicho esto, resultaría igualmente ingenuo creer que alguien esté dispuesto de buena gana a dejar el poder una vez se ha disfrutado de él, salvo alguna que otra excepción con admirable nobleza y vocación de servicio. La primera premisa de MAQUIAVELO, FORSTHOFF la reconsidera en nuestra época para los partidos políticos que, a su entender, en el marco del *welfare state*, se han convertido en entidades con el propósito de captar votos, sin tener ya programas económicos diferenciados y cuyos programas políticos cada vez resultan más parecidos, pues sólo de ese modo pueden evitar vedarse su posibilidad de convertirse en opción electoral, del máximo número de electores posibles¹⁵². Entonces, podemos concluir que el Legislador material no desea otra cosa que seguir siendo Legislador material, permanecer en el poder, y para ello gozar de la máxima popularidad entre los ciudadanos con Derecho a voto.

Tal situación se traduce legislativa en que se impulsen leyes que cuenten con las simpatías de los ciudadanos. Esto ya se sabe que no siempre es posible, pues según la coyuntura económica del momento, los compromisos o presiones internacionales y un sinfín más de contingencias... Por otro lado, muchas leyes buenas para los ciudadanos presentan de demasiada complejidad técnica para captar el interés de la persona media en la sociedad. De ahí que sea insuficiente desarrollar una agenda legislativa donde prime lo popular sobre lo impopular –si es que las circunstancias se lo permiten. La estrategia comunicativa trata de que las normas denostadas trasciendan discretamente a la opinión pública. Si es capaz, incluso intentará que su aprobación se conozca poco y se olvide pronto. Por el contrario, las leyes de impacto positivo se publicitan a pie de calle y, si son algo complejas, el esmero pedagógico aflora.

En los últimos años, se evidencia la nitidez de que la política no se decide tanto por lo que se hace –o se dice- sino por la percepción pública de lo que se hace. Semejante

¹⁵² FORSTHOFF, E. Estado de Derecho en mutación. Trabajos Constitucionales 1954-1973, 1ªed., Madrid, Tecnos, 2015.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

escenario redundante en la paradoja de que los partidos políticos, como las empresas, grandes asociaciones y cualquier entidad cuyos intereses sean despertar la adhesión de las masas, dediquen más tiempo a controlar la percepción masiva de los hechos, que a la gestión en sí de los propios hechos. Con este panorama, advertimos con frecuencia que una ley se critica no en función de su contenido, sino según se está en el gobierno o en la oposición. Asimismo, la presentación de la ley ante la opinión pública puede ser antagónica a partir de las dicotomías de imperativa/voluntaria, positiva/perniciosa y útil/decorativa, entre otras. A veces, casi parece incierto si las fuerzas políticas han leído el mismo texto legal, pues parece increíble que el mismo objeto admita descripciones tan contradictorias. No negaremos que, aunque todo partido aspira siempre a ampliar su base electoral, no es menor su vocación por conservar los votantes que ya tiene. Su discurso se dirige pues, con perdón del coloquialismo, a una determinada parroquia, predispuesta a aceptarlo y que comparte unas ideas acerca de lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto. A propósito, se aprecia un proceder análogo entre los medios de comunicación con sus audiencias y lectores.

Las leyes penales suponen una tentación, pues, frente a otras normas, no se ven atrapadas por necesidades económicas. Son puramente ideológicas. Además, resulta mucho más sencillo llevarlas al gran público –a menudo capciosamente simplificadas– que otras propuestas legislativas, las cuales, incluso aunque compartan una temática similar, resultan más difíciles de explicar dada su mayor tecnificación. Por ejemplificarlo claramente, el impacto social de una ley que eleva las penas de quien maltrata a su pareja siempre gozará de una mayor acogida que aquella que regula nuevas medidas cautelares en el marco de una instrucción por violencia de género. Pese a que sea probablemente la última tenga mayor eficacia salvando vidas, la primera goza de mayor eficacia captando votos y agitando las pasiones del debate social.

A su vez, este ejemplo nos sirve para ilustrar otro fenómeno, como es que, en las tres últimas décadas, además de haberse simplificado hasta el extremo de empobrecerse, el debate político ha restado paulatinamente peso a la razón para cedérselo a las emociones, a menudo, a las bajas pasiones. No somos nadie para juzgar moralmente los sentimientos vengativos y sádicos de los demás, pero parece evidente que la popularidad social del punitivismo enlaza con el deseo de castigar, ergo de hacer sufrir, al delincuente.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

En definitiva, el Legislador material busca como premisa directa en cualquiera de sus actos aumentar su popularidad, aumentar sus votos y alcanzar así el poder, en su caso mantenerlo. Mientras elevar las penas siga encontrando una buena acogida entre la opinión pública, mientras sea una productiva fuente de votos, no cesará esta tendencia.

¿Puede haber casos individuales entre quienes ostentan la condición de Legislador material que aún crean en el poder disuasorio de las penas? Sin duda, no puede descartarse la presencia de quienes sincera y honestamente mantengan su fe en el efecto preventivo de un ius puniendi severo. Sin embargo, tampoco negaremos que resulta difícil imaginar que el Legislador material no sea privilegiadamente informado por un ejército de técnicos. Lejos de nuestra opinión mitificar aquí a los *expertos*. Los peritos de cualquier área, como humanos que son, admiten en su mente ideas preconcebidas, prejuicios e incluso la debilidad cortesana que antepone a su deontología, las recompensas proporcionadas por unas palabras amables –aunque deshonestas. Ahora bien, sin duda tampoco estamos huérfanos de técnicos honestos que transmitirán al poder político sus conocimientos. Los motivos por los que estas informaciones se tengan o no en cuenta son muy diversos, aunque pueden resumir en el interés político.

Alguien le habrá explicado más de una vez al Legislador que el poder de disuasión de la pena conoce límites, que a menudo no importa tanto la severidad de la pena, como el grado de seguridad con el que el sujeto cree que su conducta no quedará impune. Probarán estos datos con estudios sociales. Pese a ello, cada nueva elevación de penas se acoge a la mulletilla de la prevención general negativa. Sin que podamos descartar el sincero convencimiento de algunos políticos en la capacidad preventiva de las penas severas, a la luz de la información técnica, difícilmente podrán en su mayoría mantener esta convicción.

Ergo, cada vez que el Legislador eleva las penas amparándose en la disuasión, hemos de asumir que nos encontramos, minoritariamente, ante un discurso irracional, ante un acto de fe, o, probablemente en su mayoría, ante un discurso que no cumple la llamada condición de sinceridad¹⁵³.

¹⁵³ HABERMAS, J., Teoría de la acción comunicativa. Tomo I Racionalidad de la acción y racionalización social. Tomo II Crítica de la razón funcionalista, 1ªed., Madrid, Editorial Trotta, 2014. 31 y ss. y 458 y ss.; a mayor abundamiento, sobre la racionalidad en el ámbito jurídico, HABERMAS, J. Facticidad y..., 6ªed., 2010, pp. 263 y ss.; y PÉREZ OTERO, M. Aproximació a la filosofia del llenguatge. 1ªed. Barcelona: Publicacions y

V. LEGISLACIÓN PENAL IRRACIONAL: EPISTEMOLOGÍA Y CONTROL JUDICIAL

FERRAJOLI escribe que el “derecho penal es racional y cierto en la medida en que sus intervenciones son previsibles”¹⁵⁴ contraponiendo así la “racionalidad jurídica” de su modelo garantista con la arbitrariedad ilustrativa de los sistemas autoritarios, cuyo máximo exponente teorizado sería el *Führerprinzip*¹⁵⁵. En mi opinión, el derecho penal racional debe ser posible, es decir, susceptible de realización. En verdad, esta condición se encuentra tácitamente expresada en la noción de previsibilidad. ¿Cómo habría de reputarse previsible en el plano fáctico aquello que sencillamente no puede *ser*? Si analizamos en su conjunto el ordenamiento jurídico, hallamos este principio claramente expresado en las previsiones de nulidad civil y administrativa para contratos y actos administrativos de contenido u objeto imposible. La ausencia de una previsión análoga en el derecho penal se explica por la imposibilidad de que los particulares constituyan *ex novo* disposiciones penales *inter partes*; así como la veda a instituciones no legislativas, judiciales o administrativas, de establecer normas de alcance general o concreto con contenido penal¹⁵⁶. Por otra parte, se puede argumentar que la interdicción de leyes de contenido imposible radica tácitamente en cualquier carta constitucional de nuestro entorno cultural, siendo deducible del principio de seguridad jurídica o inclusive del propio principio de legalidad o de la noción de Estado de Derecho. No está de más recordar este precepto constitucional se ve reforzados por diversos preceptos del orden internacional.

Dentro de nuestro sistema democrático resulta inaceptable que el Estado imponga castigos absolutamente arbitrarios. Tampoco parece viable que el Legislador enlace conductas determinadas con penas más o menos graves por puro azar. Más bien, sigue una

Ediciones de la Universitat de Barcelona, 2008, pp. 28-32 y, sobre implicaturas en la acción comunicativa, pp. 247 y ss.

¹⁵⁴FERRAJOLI, L., *Derecho...*, 10ªed., 2018, p. 104. Cfr. HABERMAS, J. *Facticidad y...*, 6ªed., 2010, pp. 285: “la indeterminación interna del derecho no es resultado, como los críticos suponen, de la estructura del derecho mismo, sino, por un lado, del fracaso de los jueces a la hora de desarrollar la mejor teoría posible, y, por otro, de la historia institucional de un orden jurídico que en mayor o en menor grado se sustrae a una reconstrucción racional”.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 230.

¹⁵⁶ En el caso de las sentencias judiciales, únicamente la jurisprudencia consolidada disfruta de cierto alcance general. Si surte efectos erga omnes la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pero la limitación la ley positiva es más estricta, no existe una figura análoga a, por ejemplo, la acción de fomento o contratación que sí conoce el Derecho Administrativo.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

serie de pautas racionales, principalmente la sensibilidad de la opinión pública¹⁵⁷, cuestión diferente es que esta racionalidad se fundamente en evidencia empíricas¹⁵⁸.

Como punto de partida, el art. 9.3 de la constitución española impone la interdicción de la arbitrariedad a los poderes públicos, lo que se concreta en una exigencia de argumentación principalmente dirigida a tribunales y órganos administrativos, pero nada desvincula al de este principio Legislador¹⁵⁹. Claro está, mientras los actos administrativos y las resoluciones judiciales pueden ser objeto de control por las distintas instancias de la jurisdicción de ordinaria, la interdicción de arbitrariedad del legislador, en un sistema de control constitucional concentrado queda en manos del Tribunal Constitucional –u órgano equivalente¹⁶⁰– exclusivamente. Enseguida volvemos sobre esta cuestión.

Si asumimos que el Legislador no puede ser arbitrario, significa que debe motivar sus decisiones. Quizás parezca una obviedad, pero la interdicción de arbitrariedad cubre una vertiente de epistemología empírica. Los fundamentos de hecho que se incluyan en la argumentación han de ser verdaderos, según el conocimiento científico y experiencial de que disponemos en este momento. En ese sentido, hacemos nuestra la reflexión de HABERMAS:

“a la ciencia jurídica le bastaría con ponerse interdisciplinariamente en contacto con las ciencias sociales, para filtrar críticamente la función de crear norma que tienen «las representaciones de los jueces [...]»”¹⁶¹

Extendiéndola a las ciencias empíricas, no únicamente a las sociales. Ahora bien, qué consecuencias tendría esto en la interpretación y la aplicación de la Ley penal.

No parece que sea el lugar del juez afirmar la hipocresía del Legislador, en democracia. Tales análisis quedan para las distintas ciencias sociales que cómodamente pueden especular acerca de las causas de su insinceridad. Sin embargo, el juez sí goza de control sobre el producto de la actividad legislativa que no puede sustraerse a un mínimo de racionalidad. De hecho, en la interpretación de su ratio, el juzgador suele tener en cuenta

¹⁵⁷ MEDINA ARIZA, J., *Políticas y estrategias...*, 2013, pp. 281-320

¹⁵⁸ *Ibid.*, pp. 39-80., 86-126 y 281-320.

¹⁵⁹ TORRES DEL MORAL, en GIMENO SENDRA, *et al.*, *Los Derechos Fundamentales...*, 3ªed., 2018, pp. 68-69.

¹⁶⁰ Como el Consejo de la República francés o un Tribunal Supremo con facultades de control constitucional como ocurre en Estados Unidos.

¹⁶¹ HABERMAS, J. *Facticidad y...*, 6ªed., 2010, pp. 475.

qué quería proteger el Legislador, así como qué pretendía castigar. Una concepción descriptiva de la teoría de la pena interpela al juzgador para que analice, además, en qué justificación se ampara. *Prima facie*, no parece que esto tenga un gran impacto práctico¹⁶², pero se abriría así una brecha para lo que podríamos denominar control epistemológico¹⁶³ que permitiera señalar como irracionales las razones con que el Legislador ha justificado el alza de una pena.

¿Y entonces qué? Por supuesto, las partes en el proceso y el propio juzgador podrían promover una cuestión de inconstitucionalidad, al amparo de vulneración del art. 9.3 CE. Otra vía pasaría por instar al tribunal a tener en cuenta esta circunstancia en la aplicación de la ley, por ejemplo, manteniendo en la medida que lo permita la literalidad de la norma, la horquilla de penas anterior a ese aumento irracional de la pena.

VI. CONCLUSIONES: PROLEGÓMENOS DE UNA TEORÍA DE LA PENA

A CLAUSEWITZ se le atribuye la frase “la guerra es la continuación de la política por otros medios”. En realidad, la cita exacta es “la guerra es la continuación de la relación política, con la intrusión de otros medios [*mit Einmischung anderer Mittel*]”¹⁶⁴. Bajo estos parámetros, la guerra civil sería la continuación de la relación política de los miembros de un país *con la intrusión de otros medios* y, estirando el hilo, la pena, como castigo institución sería el medio para preservar la convivencia comunitaria, aminorando las tendencias innatas a la violencia¹⁶⁵.

La hipótesis histórica más verosímil acerca del origen histórico de la pena sugiere que esta aparece como una limitación a la venganza privada. Permitía a particulares resarcirse del daño recibido, mediante la aflicción de un mal más o menos proporcional. La lógica

¹⁶² No obstante, parece evidente que la noción protectora, implícitamente, restringe la ratio del tipo penal, mientras que la tendencia natural de priorizar la lógica del castigo tiende a ampliarla.

¹⁶³ Así volvemos al Legislador ideal al que ya aludimos, LARENZ, K. Metodología de..., 1ªed., 2010, 1ª Parte, Cap. IIIº, IVº, 2ª Parte, Cap. IVº y Vº y pp. 351-355, 451 y ss. y 473-480, es decir, a la presunción de que la Ley es producto de un autor coherente con el ordenamiento jurídico que, pretende dar sentido a sus palabras. Si bien, la pretensión de sentido se asume como un presupuesto de todo hablante al intervenir o iniciar un proceso comunicativo, no es menos cierto que el no siempre debe alcanzar el éxito, PAYRATÓ, L. Introducción a la pragmática. 1ªed. Madrid: Editorial Síntesis S.A., 2018, pp. 119 y ss.

¹⁶⁴ Clausewitz, C. von, *Sobre la Guerra*, 2ªed., Madrid, Tecnos, 2014, p. 23. Cfr. Keegan, J., Historia de la guerra, 2ªed., Madrid, Turner Ediciones S.L., 2021, p. 17.

¹⁶⁵ “La domesticación jurídica del poder-violencia [...] disuelve esa sustancia [la naturaleza violenta del poder] y la transforma en un «imperio de las leyes»” HABERMAS, J. Facticidad y..., 6ªed., 2010, pp. 257.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

material inicial pronto queda olvidada tras la fuente de legitimidad que en aquellos tiempos remotos se atribuía a sus autoridades, es decir, el religioso. No obstante, la pervivencia del carácter vengativo irracional de la pena subsiste hasta el extremo que explica en buena medida el constante fracaso de cualquier intento por transfigurarla en una institución no meramente punitiva, sino resocializadora o de redención personal¹⁶⁶.

A lo largo de la historia se han sucedido los intentos de atribuir a la pena propósitos o méritos que la reconciliaran con una ideología moral, en principio contraria a la venganza, como el propio cristianismo o el humanitarismo laico. No han escaseado intenciones parecidas de justificar el uso despótico del *ius puniendi* del Estado, incluso cuando se ejerce de manera despótica. Invariablemente, todas estas tendencias entroncan con una lógica de necesidad. Sin las penas, resurgiría el estado de la naturaleza del todos contra todos, reaparecerían las venganzas privadas y, a la postre, los males alcanzarían cuotas mucho más perniciosas que los que deja el castigo penal, incluso cuando se emplea de manera abusiva o parcialmente injusta. En pocas palabras, la pena como realidad social nos permite habitar el menos malo de los mundos posibles.

Frente a estos enfoques justificativos de corte utilitario o funcional, encontramos defensas axiológicas de la pena. Como hemos intentado exponer, en términos psíquicos la transición no resulta difícil. Si admitimos que la pena mejora en algo la realidad social, resulta sencillo idealizarla –sublimarla, que dirían los psicoanalistas– en un bien *per se*, apelando a una justicia divina de génesis divina o racionalidad.

Al final, tales constructos son subterfugios para anular lo que la psicología denomina disonancia cognitiva, es decir, la toma de conciencia de que sentimos/pensamos dos cosas contradictorias: queremos amar a la humanidad, a la vez que castigamos sañudamente al criminal. En este o en cualquier ámbito, la toma de conciencia de la disonancia cognitiva genera malestar en la persona, de ahí que nuestro cerebro disponga de un singular abanico de mecanismos para interpretar la realidad de modo que la contradicción quede, en principio, resuelta o, sencillamente, ni siquiera llegue a advertirla.

Las distintas vías de huida de la toma de conciencia de la disonancia cognitiva, embellecen o justifican esa parte de nuestros deseos que no nos resulta grata, que no está a

¹⁶⁶ MEDINA ARIZA, J., Políticas y estrategias..., 2013, pp. 129-157.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

la altura de la imagen que tenemos de nosotros. Remarquemos la palabra «deseo». Si examinamos la justificación punitiva del imperativo moral kantiano, más que un axioma lógico, advertiremos una respuesta emocional. La idea de aquel que ha hecho un mal a otro o ha realizado una conducta reprobada por la comunidad quede impune provoca ira en la mayoría de las personas. El origen de esta ira puede partir de el afecto a la víctima -o más bien hacia la visión arquetípica que existe en la sociedad de la víctima- o simplemente del odio y el asco hacia esa conducta.

En frío, sabemos que el castigo no repara a la víctima. Es más, a juzgar por la velocidad con que decrece el interés social por las víctimas de un delito, una vez se ha impuesto la más severa condena a su victimario, vale la pena preguntarse hasta qué punto había simpatías por los que han sufrido y no era su dolor una excusa para dar rienda suelta al propio sadismo.

Ahora bien, el deseo de justicia no se agota en el castigo, sino que una pena percibida como cruel o desproporcionada será vista con reprobación por la sociedad. Una sociedad donde imperen ciertos valores, como la compasión o la empatía hacia el criminal, demandará, no sólo de unas penas comparativamente más leves, sino de una ejecución de estas en condiciones más confortables.

Hasta aquí una breve secuenciación de las motivaciones históricas y presentes de la existencia de la ley penal, sin embargo, la descripción de la pena como realidad, nos revela que a menudo sus efectos y configuración exceden sus motivaciones o, sencillamente no guardan relación con los motivos oficiales para justificar el acto legislativo. La pena es intrínsecamente una manifestación moral, en los sistemas democráticos, acorde a la mayoría de la población. Por tanto, por lo general, se apoya en una concepción concreta de justicia, como respuesta social a una determinada conducta.

Por su propia naturaleza, la aflicción de un mal, la única forma en que una pena podría no resultar intimidatoria sería que no fuera conocida. Aquí resulta de interés advertir que la hipertrofia del Derecho Penal, su administrativización, ha originado muchas normas penales, a menudo desconocidas, dando lugar a errores de prohibición -no apreciados por la

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

jurisprudencia- o a delitos putativos¹⁶⁷. Centrándonos en las primeras penas, advertimos que en gran parte de esta legislación penal expansivo se diluye ese carácter intuitivo, esa conciencia de ilicitud, propio del Derecho Penal clásico, que perciben, al menos, todos los individuos de una determinada cultura, con facultades perceptivas y volitivas normales.

Hasta cierto punto, esto hace difícil hablar prevención positiva en tales tipos penales, en el sentido de que reflejara un sistema de valores presente en la sociedad, en tanto que la mayor parte de la sociedad desconoce que existen ese concreto delito y su pena. Su implantación *de lege lata* obedece a supuestas ventajas técnicas, o en todo caso, de la presión de una minoría influyente¹⁶⁸, que tal vez no sea dominante, ni siquiera mayoritaria en el pensamiento social. Sólo cuando uno de estos delitos saltara a la palestra pública a partir de un caso mediático o –pura utopía– como resultado de una intensa labor pedagógica, se podría valorar hasta que punto existe convergencia entre las motivaciones morales de estos delitos y el conjunto de la sociedad.

En contraste, los delitos omnipresentes en el imaginario colectivo, suelen coincidir con aquellos que producen mayor repugnancia a la sociedad, lo que explican su progresiva incrementación de las penas obedece al deseo hacer sufrir al culpable. Hoy, en el ámbito legislativo de las democracias, la disonancia cognitiva adquiere una dimensión mayor. Las justificaciones de encarecer la pena no pueden entrar en contradicción con los valores positivizados en la constitución, ni tampoco con las obligaciones contraídas por el Estado en la esfera internacional. Por tanto, en ese sentido el utilitarismo de la justificación se convierte en subterfugio que supere los *landmarks* dispuestos por estas normas que afectan tanto al contenido, como a la motivación.

Pese a que a partir de algunos de los conceptos abstractos contenidos en la constitución y en diferentes tratados, como el CEDH, como la «dignidad humana» o la «humanidad de las penas», algunos teóricos especulen con la posibilidad de deducir

¹⁶⁷ Baste con pensar en cuántos profesores o monitores están totalmente convencidos de ser totalmente responsables de cualquier cosa que ocurra a un menor a su cargo, con independencia de la edad de este, cual si su deber de vigilancia y protección, que sin duda existe, no conociera ni siquiera los límites de la capacidad humana y lo fortuito.

¹⁶⁸ Véase Nota al Pie n° 152.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

jurisprudencialmente un límite cuantitativo de la punición¹⁶⁹, tanto los tribunales nacionales ordinarios y constitucionales, como las cortes supranacionales, rechazan de pleno la posibilidad de limitar la duración o severidad de las penas, en términos absolutos, dejando esta potestad entre las exclusivas del Legislador político de la pena.

Sin embargo, los referidos tratados internacionales y la constitución, también limitan las motivaciones del Legislador, lo que parece conducir a este a refugiarse en la prevención general negativa, como si no pudiera contratarse apriorísticamente, según los criterios epistemológicos de la razón práctica que este argumentario resulta irracional o inclusive hipócrita. A nuestro entender aquí se abre una oportunidad para reflexionar acerca de un control judicial epistemológico. Cuando se diera por inviable que el aumento de una punición obedeciera a una sincera vocación preventiva o esta fuera imposible, esto podría motivar la anulación de la norma *ex constitución* o como mínimo corregir la intensidad de la pena, por ejemplo, conservando, siempre que lo permita la literalidad *de lege lata*, un límite superior menor que el fijado por la ley. No obstante, tampoco buscamos engañar a nadie ni a nosotros mismos. Parece bastante improbable.

1. Coda: ¿Se convertirán las Furias en las Euménides?

En el desenlace de la *Orestíada*, el hijo de Agamenón llega a Atenas perseguido por el espectro de su madre, Clitemnestra, y las Furias, monstruosas deidades demoníacas de la venganza. La versión dramática de la leyenda escrita por ESQUILO nos cuenta que, una vez bajo la jurisdicción de Atenea esta diosa y los atenienses intervienen en favor del príncipe de Micenas. Como la mayor parte del teatro griego clásico ajeno a la comedia, *Las Euménides* guardan ante todo un propósito religioso y político. No es de extrañar que una votación popular, un juicio según los modos de la antigua democracia ateniense, decida la suerte de Orestes. Al final del balotaje se produce un empate, entre quienes entienden que debe entregarse al joven príncipe a las Furias por matricida y quienes defienden que Orestes ha de ser exculpado, ya que, si bien el matricidio es un crimen repugnante, es un deber de

¹⁶⁹ Así DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Delitos y penas en España*, Madrid, Catarata, 2015, p. 103, tomando como referencia la longevidad humana y los años de mejor calidad de vida personal que irían de los veinte a los cincuenta, entiende que no pueden ser respetuosas con la dignidad humana las penas que excedan los 30 años de prisión.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

un hijo vengar a un padre asesinado, aunque la mano que lo mató fuera la de su propia madre. El decisivo voto de Atenea salva a Orestes.

A los ojos de la modernidad, bien encarnados por NUSSBAUM¹⁷⁰, ha de interpretarse en clave alegórica que la diosa de la sabiduría rompa el Talión. Clitemnestra había asesinado a traición a su esposo. Orestes, como hijo estaba obligado a vengar esa muerte, no hacerlo le acarrearía una maldición. El problema es que hacerlo lo convertía en matricida, lo cual también provocaba la cólera divina y le hacía, a su vez merecedor de la muerte.

Sin desmerecer a NUSSBAUM, quizás la versión de ESQUILO no sea la mejor para ilustrar este aspecto del mito. El parlamento en que Atenea explica su decisión se aleja de cualquier razonamiento acerca del dilema jurídico de fondo. Como mujer, no nacida de mujer, con hábitos y vestimenta masculina, se limita a señalar su preferencia sobre los hombres, antes que las mujeres¹⁷¹. De algún modo, ESQUILO apostilla así que, ante un caso complejo de solución incierta, la asamblea es soberana. Sin importar cuan pobre sea la diferencia de votos que aprueba el veredicto, la simplicidad que motivo a votar en uno u otro sentido, el veredicto resultante debe acatarse.

Probablemente el dramaturgo habría dado por bueno el populismo punitivo, en tanto que expresión de la voluntad popular. Pero ni siquiera su obra omite que Atenea ofrece a las Furias una compensación por haberlas privado de su víctima: les dará un altar en cada casa. Entonces las monstruosas féminas se transfiguran en unas bellas jóvenes, las Euménides, diosas protectoras de la justicia. Su popularidad en Atenas las convirtió en unas de esas divinidades cuyas estatuillas se hacían con un hueco en el altar de cualquier hogar.

El sueño de una justicia garantista, humanista, o simplemente humanizada no es menos constante en la historia de la humanidad que la tendencia a los severos castigos. Gran parte de la doctrina penal sigue defendiendo la necesidad de que las Euménides escriban el Código Penal, en lugar de las Furias. Sin embargo, mientras revisitamos el mito griego estaría bien advertir que, entre las muchas interpretaciones posibles de su profunda

¹⁷⁰ NUSSBAUM, M., *La ira y...*, 1ªed., 2018, pp. 15-16.

¹⁷¹ Esquilo, *Tragedias Completas*, 16ª ed., Cátedra, 2018, pp. 423-424.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

simbología, las Euménides no convierten Atenas en una democracia, sino que la democracia legalista de Atenas es la que transforma a las Furias.

Tal vez, haya que concederle la razón a la rama abolicionista de la criminología¹⁷², al menos en lo que se refiere a que la delincuencia no puede corregirse mediante la punición, sino mediante la transformación de las condiciones sociales y, en su caso, del tratamiento individualizado.

Lo mismo puede decirse del punitivismo. Los momentos de mayor humanismo conocidos por el Derecho Penal se corresponden a periodos que conjugan a una intensa conciencia ética, por lo general subsiguiente a un episodio traumático colectivo, y un considerable bienestar para amplias capas de la sociedad, como en las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Por el contrario, una sociedad que vive inmersa en la angustia, la desesperanza y la frustración se vuelve más agresiva en muchas facetas, entre ellas la política criminal. La posibilidad de castigar a otro, demonizado por sus acciones, se convierte en una fuente de alivio. Esta sensación se refuerza cuando con mayor o menor objetividad, la conducta por la que se castiga al culpable, además de hedionda, se percibe como un riesgo potencial para nuestra propia identidad o la de nuestros seres queridos.

Cuanto mayor malestar exista en una sociedad, más improbable es que las penas previstas en su Derecho Penal se humanicen. Y lo mismo puede decirse a la inversa. Esta es otra derivada que merece la atención de la teoría de la pena.

* * * * *

¹⁷² SILVA SÁNCHEZ, J. M., Aproximación al..., 1992, p. 19.