

**JUAN JOSE GONZALEZ RUS**

**Profesor Adjunto de Derecho Penal  
Universidad de Granada.**

**Teoría de la pena y Constitución**

## **SUMARIO**

**I. EL PAPEL (POLITICO Y JURIDICO) DE LA CONSTITUCION EN LA TEORIA DE LA PENA**

**II. LA PENA EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978**

**1. Concepto**

**2. Función.**

**III. CONSIDERACIONES FINALES**

## I. EL PAPEL (POLITICO Y JURIDICO) DE LA CONSTITUCION EN LA TEORIA DE LA PENA

Pretender un planteamiento constitucional de cualquier concepto o institución jurídico-penal significa en síntesis admitir como puntos de partida metodológicos para la construcción del ordenamiento penal dos consideraciones básicas: (I) que a cada sociedad corresponde “un” Derecho penal “propio”, de manera que los presupuestos ideológicos y filosóficos que la fundamentan serán los que informen la función y significado último de las valoraciones penales, y (II) que, en consecuencia, si cada sociedad se hace “a medida” su ordenamiento penal (por lo demás única manera de que pueda desarrollar su cometido de control social y aseguramiento de la convivencia), el ineludible punto de partida ha de ser la Constitución vigente en cada momento histórico, por encontrarse en ella los elementos necesarios para su elaboración conceptual (1).

---

(1) Relación que será naturalmente distinta en cada caso, llegando a ser imposible; si sustancialmente en ella no se contienen los elementos necesarios, e incluso no deseable políticamente si se tratara de textos que no contemplan los valores y principios realmente vigentes en el cuerpo social a que se refieren. Sobre ello, que después será analizado detenidamente, hemos insistido ya en otras ocasiones; vid. *Bien jurídico y Constitución, (Bases para una teoría)*, Madrid, 1983,

Y es que el Derecho penal, por su propia naturaleza, no se presta a la "asepsia valorativa" de los planteamientos, sino que, por el contrario, se declaren o no se declaren, se encubran o se disfracen, la aproximación a los mismos conlleva necesariamente unos presupuestos condicionantes que no pueden ni deben desconocerse; hasta el punto de que aún el más técnico de sus conceptos adquiere una dimensión distinta según sea la función político-criminal que se les reconozca, de manera acorde con el sistema penal en el que pretenden ser operativos y los postulados ideológico-políticos y filosófico-científicos que están a la base de cada modelo.

La función del Derecho penal, sus medios de reacción, el contenido material del ilícito, y hasta el mismo método, evolucionan de forma paralela a las transformaciones sociales, de modo que a grandes rasgos todo su decurso histórico se produce según el hilo conductor que supone la tensión entre los consabidos extremos "autoridad-libertad", "individuo-sociedad", por una parte, y, en el aspecto de elaboración científica, "formalismo-antiformalismo", "derecho positivo-realidad". Prescindiendo de las múltiples relaciones que se derivan de una conexión tan preñada de consecuencias, lo que ahora interesa resaltar es que si el Derecho penal responde a esos presupuestos y los mismos constituyen el contenido básico de cualquier Constitución democráticamente elaborada, uno y otra aparecen como elementos necesariamente conectados aún en el plano conceptual, de tal forma que el primero estará notablemente condicionado por la fisonomía y caracteres de la segunda.

---

fundamentalmente, a estos efectos, págs. 35 y 36, y *Bien jurídico y pena en la perspectiva constitucional*, Bolonia/Granada, 1981, inédito, págs. 111 y ss.

Que la Constitución ha de ser el obligado punto de partida en la construcción del ordenamiento penal, es, por lo demás, una conclusión que se justifica tanto desde la perspectiva jurídica como política. Jurídicamente, en cuanto constituye la norma fundamental a la que deben acomodarse el resto de las que conforman el total ordenamiento jurídico. Políticamente, porque su procedimiento de elaboración la hace el instrumento más fiable, aunque imperfecto, al que acudir en busca de los principios y valores socialmente compartidos y a los que debe responder un Derecho penal que quiera reflejar adecuadamente las características básicas de la comunidad en que ha de aplicarse. Sólo con esta referencia se aminora el riesgo (prácticamente ineliminable) de interpretaciones o construcciones puramente subjetivistas o interesadas sobre "qué" debe ser el Derecho penal, "cómo" debe incidir en el medio social y "cuáles" los valores que debe proteger. Políticamente, sin embargo, debe decirse desde el principio, solo si se trata de una Constitución democráticamente elaborada, por cuanto el asentamiento constitucional solo será útil si verdaderamente la norma básica en que se apoya se corresponde con la estructura social que contempla, siendo fiel reflejo de ella. En términos generales, puede afirmarse que cuanto más representativos sean los legisladores y más fiables los procedimientos de elaboración de las leyes, aún la fundamental, tanto más acorde será la legislación penal con los valores y principios imperantes en la sociedad a que se refiere. Sin embargo, este es un proceso al que el Derecho penal asiste casi como espectador y no como protagonista directo, siendo la teoría política la que realmente puede aportar los mecanismos limitadores y garantizadores de ese necesario paralelismo (2).

---

(2) Evidentemente, los términos concretos de esa relación dependen

En cualquier caso, el sentido del constitucionalismo moderno se mueve en esta línea. En rigor, la idea de Constitución debe ser referida a la corriente de transformación política y social que iniciada en los siglos medievales se concreta a fines del XVIII y principios del XIX en el movimiento llamado precisamente constitucional (3). La influencia de las doctrinas del pacto social, el iusnaturalismo puritano y el pensamiento ilustrado —que son patentes en las primeras constituciones norteamericanas, inglesa y francesa (4)—, harán que la Constitución se presente como una norma caracterizada por su origen popular o comunitario que parte del principio de la autoorganización como fuente de legitimidad del poder y del derecho. En definitiva, como la voluntad del pueblo soberano que decide por sí mismo establecer un orden político ejercido y actuado por unas personas que lo detentan en su servicio, sin poseerlo, y al que se limita mediante instrumentos de control y participación efectivos; sobre todo reconociendo zonas re-

---

derán del papel que cada Constitución tenga dentro del ordenamiento jurídico, la naturaleza de sus disposiciones, aplicabilidad de sus normas, derechos y libertades que reconozca, garantías que establezca para su protección, etc., aspectos todos que sólo pueden ser resueltos en atención a cada caso.

(3) Vid. González Casanova, *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Barcelona, 1980, págs. 105 y ss.

(4) Cfr. García de Enterría, *La Constitución como norma*, en “*La Constitución española de 1978. Estudio sistemático dirigido por los profesores A. Predieri y E. García de Enterría*”, Madrid, 1981, págs. 100 y 101, recogido también en la obra del mismo autor *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981. Sobre el constitucionalismo inglés y norteamericano y su trascendencia en la evolución posterior, vid. Pérez Serrano, *Tratado de Derecho Político*, Madrid, 1976, págs. 477 y ss. y el ya clásico *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, 1958, de García Pelayo, págs. 249 y ss. y 325 y ss.

servadas a la intervención del poder, por considerar tales ámbitos patrimonio exclusivo de la autonomía privada (libertades y derechos fundamentales) (5). Principios, que responden a la idea del hombre considerado como sujeto de derechos políticos, que interviene ejercitándolos en el gobierno del país (6) y a la vigencia, siquiera sea latente, de la tradición individualista europea de base religiosa, que desconfía del Estado, por considerarlo la principal fuente de transgresión de los derechos del hombre (7).

En términos generales, la Constitución puede concebirse como la ley política por excelencia, caracterizada por dos elementos: uno, material, relativo a su contenido específico; otro, formal, consistente en que no puede ser modificada más que por el constituyente, de manera que ni aún el Parlamento ordinario tendría facultades para corregirla mediante los procedimientos usuales, de donde la ley política adquirirá la nota de "superley", con independencia de su contenido (8). Desde el punto de vista sociológico, la Constitución, que es expresión de una realidad social y se apoya en ella, contiene los valores y principios básicos para el mantenimiento del orden que pretende asegurar (9). Políticamente, en fin, representa la esencia de ese tipo de orden, al contener los elementos que garantizan su subsisten-

---

(5) Cfr. García de Enterría, *La Constitución como norma*, cit., págs. 100 y 101.

(6) Castedo, *La Constitución como fuente de derechos*, en "*La Constitución española y las fuentes del derecho*", I, Madrid, 1979, pág. 436. García de Enterría, *op. cit.*, pág. 102 y Biscaretti, *Derecho Constitucional*, Madrid, 1973, pág. 263.

(7) García de Enterría, *La Constitución...*, cit., pág. 103.

(8) Vid. Pérez Serrano, *Tratado...*, cit., pág. 451.

(9) Sobre concepto "sociológico" de Constitución, vid. García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, cit., págs. 46 y ss.

cia, por ser ellos los que permiten organizar la comunidad conforme a sus valoraciones e intereses legítimos, condicionando y definiendo las libertades o esferas de acción de sus miembros y estableciendo las estructuras de poder que han de salvaguardar e impulsar la realización de tales valores entre sí (10).

En cuanto norma, la Constitución forma parte integrante del ordenamiento jurídico, por ser expresión de las normas organizadoras y de competencia conforme a las que se crea el resto del derecho y se garantiza su vigencia, ocupando una posición de primer rango dentro del mismo, al determinar las condiciones de validez de las restantes disposiciones (11). En otras palabras: significa que en ella se fundan las demás partes del ordenamiento jurídico, que no deben contradecirla, sino desarrollarla (12). La Constitución, en definitiva, ha resumido García Pelayo (13), subrayando esta triple dimensión, “es la estructura jurídico-política de un Estado concreto, que a su vez, se integra como elemento de la estructura total del Estado y de la sociedad, lo que entraña un sistema de conexión y relaciones recíprocas, condicionadoras y condicionantes, entre la Constitución y los demás componentes de dicha estructura social del Estado y de la sociedad en que está inserta la Constitución”.

Partiendo de aquí, es fácil reconstruir la influencia que las concepciones constitucionales han de tener en un tema clave para el Derecho penal como es la pena. De sobra conocida es la relación tan inmediata que liga la evolución del concepto y función asig-

---

(10) Cfr. Castedo, *op. cit.*, pág. 433.

(11) García Pelayo, *op. cit.*, pág. 100.

(12) Castedo, *La Constitución como fuente...*, cit., pág. 433.

(13) *Derecho Constitucional Comparado*, cit., pág. 120.

nada a la pena y las características del Estado en cuya estructura ha de actuarse. Y es que, en definitiva, detrás de su problemática late una pregunta de trascendental importancia, siempre presente y siempre necesitada de justificación: “¿Cómo y bajo qué presupuestos puede justificarse que el grupo de hombres asociados en el Estado prive de libertad a alguno de sus miembros, o intervenga de otro modo conformando su vida, en su existencia social?” (14).

Así, mientras que en la Monarquía Absoluta la pena es un medio de intimidación y expiación caracterizado sobre todo por su crueldad y dureza, las teorías absolutas se apoyan en la ideología liberal, que encuentra su origen en el iusnaturalismo racionalista; fundamento compartido, por lo demás, con ciertos planteamientos utilitaristas de algunos representantes de la Ilustración (15). La pena como retribución, entendida al modo del idealismo alemán, satisface mejor que ninguna otra idea los soportes filosóficos y políticos del momento. Un sistema basado en la libertad y dignidad humana y sus derechos fundamentales, que respeta aunque sea formalmente, necesariamente tenía que apreciar las ventajas que en este sentido ofrece en principio la retribución, que se presenta como la mejor garantía de la pena “justa”, no manipulable finalmente. Retribución, en términos liberales, se traduce por proporcionalidad (incluso en sentido moral: proporcionada a la culpabilidad), garantizando la igualdad (a hombres iguales deben co-

---

(14) Roxin, *Sentido y límites de la pena estatal*, en “*Problemas básicos de Derecho penal*”, trad. de Luzón Peña, Madrid, 1976, pág. 11.

(15) Vid. Jescheck, *Tratado de Derecho penal*, trad. y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde, I, Barcelona, 1981, pág. 96 y Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1979, pág. 19.

responder penas iguales) y seguridad (penas determinadas, avaladas por el principio de legalidad) tan caras al pensamiento liberal. Principios, por lo demás, absolutamente necesarios en un sistema que aparece construido en torno a la idea del hombre abstracta y formalmente libre, abstracta y formalmente igual, cuyos derechos y libertades quieren garantizarse, limitando lo más eficazmente posible el "ius puniendi" estatal (16). Pena retributiva, pues, porque solo un derecho concebido en términos de retribución podía brindar con la necesaria aproximación la calidad y cantidad de la pena y porque el hombre, que es un fin en sí mismo, no puede ser castigado más que por lo que personalmente ha hecho, por exigirle así el respeto a la dignidad humana (17). Todo ello perfectamente lógico si se recuerda que las claves ideológicas de las teorías absolutas se encuentran en el reconocimiento del Estado como guardián de la justicia terrena y como conjunto de ideas morales, en el convencimiento de la capacidad del hombre para autodeterminarse y en la idea de que la misión del Estado no debe ser otra que la de proteger las libertades individuales; coincidiendo, por tanto, ideas liberales, individualistas e idealistas (18).

---

(16) Vid. Cavalla, *La pena come problema. Il superamento della concezione razionalistica della difesa sociale*, Padova, 1979, págs. 48 y ss., particularmente 54 y 55. Antón Oneca, *Las teorías penales de la postguerra*, en Anuario, 1976, pág. 21.

(17) Idea presente tanto en Kant, en el que el imperativo categórico se sustancia en la pena justa, como en Hegel, en el que la idea de la pena como "negación de la negación", ya entraña una "equivalencia valorativa" entre esta y el delito. Vid., por todos, Klug, *Para una crítica de la filosofía penal de Kant y Hegel*, en "Problemas actuales de las Ciencias Penales y de la Filosofía del Derecho", Buenos Aires, 1970, págs. 36 y ss. y Cuello Contreras, *La ideología de los fines de la pena*, en Anuario, 1980, págs. 424-425.

(18) Cfr. Jescheck, *Tratado...*, cit., I, pág. 96.

Las teorías relativas, por el contrario, consideran la pena primariamente desde la perspectiva de lo conveniente para la comunidad, acentuando los intereses del Estado. Dado que la actividad de éste tiene por objeto la realización de fines, pasan a primer plano también en la pena los objetivos concretos que con ella se persiguen, que se ponen en relación con una misión estatal específica: la lucha contra el delito, convirtiéndose, por tanto, en un instrumento del poder del Estado (19). Por eso, la pena, que deja de ser un fin en sí misma, es válida en tanto en cuanto se presente como un instrumento útil para el logro de los fines que la justifican (20).

Los fundamentos ideológicos de las teorías relativas están constituidos, según los casos, por las concepciones políticas humanitarias de la Ilustración, el contractualismo, la tendencia a explicar científicamente el comportamiento humano conforme a los parámetros del causalismo, la confianza en la posibilidad de reformar a las personas por medio de una adecuada educación sociopedagógica y el escepticismo ante los intentos de explicar metafísicamente los problemas de la vida social. En definitiva: ideas humanitarias, sociales, racionales y utilitaristas (21). Todo ello cristalizado unas veces en el Estado liberal burgués, bajo cuya estructura convivieran tanto las teorías de la prevención general como las absolutas, y otras bajo la fórmula del Estado social, marco que en términos generales y no por ca-

---

(19) Cfr. Zipf, *Introducción a la política criminal*, 1979, pág. 32.

(20) Vid. Muñagorri, *Sanción penal y política criminal*, Madrid, 1977, pág. 116.

(21) Cfr. Jescheck, *op. cit.*, pág. 98 y Romano-Stella, en *Introduzione a Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1970, pág. 7.

sualidad es el que mejor se corresponde con las teorías de la prevención especial (22).

En resumen, y por lo que ahora interesa destacar, que la afirmación de que la pena está directamente conectada a la evolución del concepto de Estado y su estructura jurídica y política (reflejada en Constituciones) no es sino una consecuencia que se deriva evidente del análisis de su historia. Y siendo así, y sabiendo que hoy vivimos el momento del Estado social y democrático de derecho, reflejado en la Constitución española de 1978 tanto a nivel de proclamación general como de disposiciones concretas, es lógico plantearse qué características debe revestir la pena para dar adecuada respuesta a las necesidades que del mismo se derivan; planteamiento obligado en cualquier caso por esa ya resaltada correspondencia entre forma de Estado, Constitución y legislación penal (23).

---

(22) Lógico, por lo demás, en un Estado que pretende desarrollar un papel "activo" en la configuración de la sociedad. Propósito que en materia penal se traduce en una actitud positiva, de intervención en las causas del delito, entre las que la persona del delincuente ocupa un lugar especial.

(23) Llegados a este punto, es necesario hacer una aclaración: es verdad que en el plano puramente especulativo las soluciones a los problemas penales, aunque condicionados siempre por unos planteamientos ideológicos y filosóficos concretos —se declaren o no se declaren—, pueden hacerse con abstracción de una concreta sociedad y las particularidades y exigencias derivadas de su específica configuración, puesto que en último término se trata de formular un "desideratum". Lo cierto es, sin embargo, que *nuestro* ordenamiento penal debe responder a una determinada forma de Estado y a unas concretas disposiciones y condicionamientos, impuestos, desde el punto de vista real, por nuestra sociedad, y desde el punto de vista formal, por la Constitución; siendo a mi juicio el "desideratum" que se diseña en esta última el que debe servir de punto central de referencia a la hora de elaborar una dogmática con vocación práctica.

Los términos concretos de esa relación, sin embargo, dependen del papel que se atribuya a la norma fundamental en la construcción del ordenamiento jurídico en general y del punitivo en particular. Como ya se dijo, la Constitución se presenta, en sentido formal, en posición de superioridad jerárquica respecto de las demás normas del ordenamiento jurídico (24), tanto porque en ella se define el sistema de fuentes formales garantizadoras de la validez de las disposiciones normativas de rango inferior, como porque es expresión de la intención fundacional de un sistema con aspiraciones de “permanencia” y “duración”; caracteres ambos suficientes para otorgarle esa superioridad frente a las leyes ordinarias, que surgen con propósitos más modestos y coyunturales (25). No obstante esta “superlegalidad formal”, la cuestión fundamental es la de precisar su valor normativo propio, tema del que dependen en una buena medida sus posibilidades de operatividad real dentro del sistema y su significación auténtica. A este respecto, y ciñéndonos al caso español, la tesis que conduce a negar a la Constitución valor normativo propio en todo lo que no sea organización y disciplina de los poderes superiores (parte orgánica), de manera tal que en lo relativo a la regulación de los principios generales de la estructura política y filosofía social del sistema y la declaración de los derechos

(24) Característica última que cristaliza en el establecimiento de un procedimiento especial para la producción de preceptos constitucionales, por ser éste el camino que garantiza tal superioridad (“rigidez constitucional”) (vid. Martínez Sospedra-Aguilo Lucía, *Lecciones de Derecho Constitucional español*, I, Valencia, 1981, pág. 58 y Garrido Falla, en *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980, pág. 35), que en último término aparece conectada a la idea de la superioridad del derecho natural sobre el positivo (cfr. García de Enterría, *La Constitución como norma*, cit., pág. 107).

(25) Cfr. García de Enterría, *op. cit.*, pág. 106.

y libertades (parte dogmática) (26), podrían encontrarse únicamente “principios programáticos” necesarios de desarrollo por “verdaderas” normas jurídicas, debe ser rechazada de plano a la vista de la Constitución de 1978. Bastaría para confirmar este criterio, y a ello hemos de referirnos después, recordar la proclamación del artículo 9, 1 (los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución), los términos en que viene redactada la disposición derogatoria tercera y los medios de tutela judicial dispuestos (artículos 53, 1-2 y 161) (27). La “fuerza vinculante bilateral” de la norma de que hablara Ihering, como característica diferencial básica del constitucionalismo moderno frente a los modelos autoritarios, está sin duda presente en nuestro texto fundamental, en cuanto que su poder vinculante se extiende de manera recíproca tanto a los órganos detentadores del poder como a los ciudadanos (28).

El artículo 9, 1 de la Constitución, sobre cuya necesidad y corrección mucho se ha debatido (29), tiene la virtud de zanjar la cuestión de forma definitiva al incorporar una triple consecuencia: en primer lugar, por formar parte del ordenamiento jurídico (“... la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico...”), que la Constitución es una norma jurídica, por lo que también lo serán por regla general las disposiciones que la conforman; en segundo, que, como tal, es aplicable directamente, con capacidad normativa propia, por lo que deben determinarse con criterios restrictivos cuáles son los preceptos

(26) Sobre ambos aspectos, vid. Pérez Serrano, *Tratado...*, cit., pág. 457, por todos.

(27) Cfr. García de Enterría, *op. cit.*, pág. 104.

(28) García de Enterría, *La Constitución como norma*, cit., pág. 105.

(29) Vid. Garrido Falla, *Comentarios...*, cit., págs. 102 y ss.

que, contraviniendo la pauta general, resultarán no ser directamente aplicables; en tercer lugar, que su fuerza vinculante se extiende a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos, tanto de carácter legislativo como judicial y administrativo (30). Su posición dentro del ordenamiento jurídico es, pues, claramente privilegiada, estableciendo lo que García de Enterría (31) ha llamado “vinculación más fuerte”, como prueba el hecho de que aún considerándola parte parte del ordenamiento jurídico, se la destaque expresamente a efectos de sujeción de los ciudadanos y de los poderes públicos (“... a la *Constitución* y *el resto* del ordenamiento jurídico...”). “La Constitución”, ha dicho el Tribunal Constitucional, “es una norma, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico”. “La Constitución es, así, la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico” (STC de 31 de marzo de 1981, II-3).

En cualquier caso, la cuestión de si la Constitución debe ser solo límite o también fundamento del Derecho penal son los extremos de una alternativa continuamente replanteada y en la que invariablemente se debate la problemática relativa a si la Constitución se conforma o ha de conformarse con dar reglas técnicas de garantía o a proporcionar orientaciones de política criminal indicativas de cómo proceder a la selección de los valores tutelables (32). En todo caso,

---

(30) Cfr. Martínez Sospedra-Aguilo Lucía, *Lecciones...*, cit., pág. 83, por todos. No en vano se ha dicho que constituye la más amplia consagración del principio de legalidad.

(31) *Op. cit.*, pág. 122.

(32) Vid. Bricola, *Legalità e crisi: l'art. 25 commi 2° e 3° della Costituzione rivisato alla fine degli anni' 70*, en *La Questione Crimi-*

una cosa es reconocer la posibilidad, por lo demás evidente, de que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de ciertas normas, o la exigencia de que sean promulgadas las leyes que la Constitución requiere para su desarrollo a lo sumo afirmar que de su contenido cabe “derivar propuestas de política criminal a tener en cuenta por la legislación futura” (33) y otra estimar, como creemos, que de ella *deben* extraerse los principios básicos sobre los que se asiente el Derecho penal, como compromiso ineludible que pesa sobre el legislador a la hora de la elaboración del mismo, sobre el Juez al aplicarlo y sobre el dogmático al interpretarlo y elaborarlo. En este sentido, la tajante declaración del artículo 53-1, al establecer que “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos” y que “solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”, y su apartado 3, afirmando que “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, hacen innecesario cualquier esfuerzo argumentativo sobre el particular.

Todo ello, sin embargo, no quiere decir que la Constitución sea el medio para resolver todo aquello que es problemático para la ciencia penal; en absoluto. Sí, en cambio, que puede y *debe* proporcionar los criterios directivos necesarios para concretar imperativos constitucionales para el legisla-

---

*nale*, 1980 (mayo-diciembre), pág. 180, con referencia a la actual situación en la doctrina italiana.

(33) Así, Escrivá, *Consideraciones sobre Derecho penal y Constitución*, en *Papers*, nº 13, 1980, págs. 146-148.

dor y los órganos ejecutivos (34). Incluso desde el punto de vista doctrinal, es cierto que la entrada en vigor de la Constitución no relega a la historia el debate de política criminal sobre la función de la pena. La cuestión sigue siendo básicamente la misma y su planteamiento, aunque sobre bases distintas, se mantiene en términos similares (35). Las diversas interpretaciones que los preceptos constitucionales relativos a la pena han tenido ya ponen de relieve esta circunstancia; no obstante, la situación algo ha cambiado, en cuanto que, como ocurre con la legislación ordinaria, la solución dependerá de la interpretación que se haga de un texto jurídico. En este caso la Constitución, que es la que viene a precisar el campo de juego en el que en el futuro habrá de desenvolverse la teoría de la pena.

## II. LA PENA EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978

Y bien: ¿cuáles son esas líneas maestras que delimitan el marco constitucional de la teoría de la pena?. En primer lugar, la constatación de la necesidad de la pena como instrumento punitivo. Esto es: la pena aparece como un elemento ineliminable del sistema penal, no sustituible por otras medidas de defensa social, por lo que prescindir de ellas sería, a mi juicio, claramente inconstitucional. Entre otras razones, porque se debilitaría la protección de los bienes jurídicos, dada la imposibilidad de que todos ellos sean adecuadamente tutelados con el exclusivo

---

(34) Vid. Nuvolone, *Norme penali e principi costituzionali*, en *'Trent'anni di Diritto e Procedura penale'*, I, Padova, 1956, pág. 679.

(35) Vid. para la experiencia italiana, Dolcini, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, págs. 94-95, por todos.

recurso a medidas de seguridad de carácter preventivo (36). Así lo confirma el reconocimiento expreso que se hace en el artículo 25 de penas y medidas de seguridad como instrumentos penales; precepto del que, aparte las dificultades de convivencia que presentan dos medios entre los que las diferencias son cada vez más reducidas (37), se deriva inequívocamente la exigencia de que ambas sean acogidas por el sistema penal (38).

En segundo lugar, y limitándonos ahora al estudio de la pena, el reconocimiento constitucional del principio de intervención mínima determina también importantes consecuencias en orden a su utilización y articulación dentro del sistema. Prescindiendo aquí de una formulación exhaustiva del mismo (39), interesa resaltar únicamente de un principio dirigido al legislador y que cumple funciones limitativas del "ius puniendi" estatal, en cuanto que restringe, en su virtud, aquello que el Derecho penal puede ve-

(36) Cfr. Mantovani, *Diritto penale*, Padova, 1980, pág. 672.

(37) Tanto a nivel teórico como práctico; vid., recientemente, por todos, Muñoz Conde, *Monismo y dualismo en el Derecho Penal Español*, en "Estudios penales y criminológicos VI", Santiago, 1983, págs. 217 y ss.

(38) Aunque no es posible abordar aquí el tema, parece lógico pensar que desde el momento en que la Constitución reconoce la misma finalidad a las medidas de seguridad y a las penas privativas de libertad, se está partiendo de la base de que unas y otras hacen referencia a sectores distintos, porque sería absurdo pensar que se están estableciendo dos instrumentos capaces de concurrir en relación a la misma infracción. Tal vez la solución correcta fuera la de entender que las medidas han de aplicarse exclusivamente a menores e inimputables, siendo aplicable la pena privativa de libertad al resto de sujetos, aunque se trate de peligrosos; sobre todo si, como creemos, deben suprimirse las medidas de seguridad predelictuales.

(39) Vid., por todos, Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho penal*, I, Barcelona, 1979, págs. 36 y ss. y Muñoz Conde, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975, pág. 71.

nir a exigir a los ciudadanos. Su desenvolvimiento y desarrollo, como es sabido se asienta en dos postulados: el entendimiento del Derecho penal como la "última ratio" del ordenamiento penal y la afirmación del carácter fragmentario del mismo. Su respeto, en materia de sanciones, impone acudir a recursos menos graves cuando cabe esperar igual o incluso mejores resultados con éstos que apelando a otros más severos (40), debiendo ir precedida cualquier actividad coactiva por el desarrollo de una política positiva de carácter social, desprovista de sentido sancionatorio, que ataque los factores sociales que puedan generar conductas perturbadoras (41).

Pues bien, esta filosofía político criminal está claramente plasmada en la Constitución española. Taxativamente en el artículo 9, 2, al declarar el compromiso de los poderes públicos en la promoción de las condiciones que hagan real la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Lo que entraña, sin duda, la obligación de realizar una política de carácter positivo y asistencial previa a cualquier intervención de naturaleza sancionadora y que será desarrollada específicamente por la propia norma constitucional en relación a específicas áreas de la vida social, estableciendo principios y directrices respecto de ellas que constituyen

---

(40) Maurach, *Tratado de Derecho penal*, I, trad. de Córdoba Roda, Barcelona, 1972, pág. 31.

(41) Cfr. Sainz Cantero, *Política Criminal moderna y reforma del ordenamiento penal español*, en "Derecho y sociedad", Granada, 1978, págs. 115-116. Sin olvidar, como con razón advierte Antolisei, *Manuale di Diritto penale*, PG, Milano, 1980, pág. 137, que en ocasiones la insuficiencia o imposibilidad de recurrir a otras sanciones obliga al Estado a acudir a la pena para castigar hechos que no presentan una especial gravedad.

casi todo un programa de política jurídica y desde luego orientaciones de política criminal (42). Postulado que en cuanto constitucional, cae dentro del ámbito del art. 53, 1 y 3, y entraña para los poderes públicos la obligación de construir el ordenamiento jurídico penal conforme a los mandatos de esa filosofía de intervención (43). Coherente con sus principios, así lo hace la propia Constitución en el artículo 45, 3 cuando en relación al medio ambiente prevé sanciones penales, o en su caso, administrativas, para quienes lo deterioren, confirmando prácticamente la adopción de un postulado que debe estar presidiendo el recurso a la pena como medio de protección de bienes jurídicos.

La continuación de nuestro estudio, impone ahora, por esa ya resaltada vinculación entre Constitución y teoría de la pena, determinar cuáles son los términos concretos de esa correlación, teniendo en cuenta que la forma del Estado constitucionalmente proclamado es el “social y democrático de Derecho” (Preámbulo y art. 1, 1); no “cualquier” Estado de esa naturaleza, sin embargo, sino precisamente el que delinea nuestra Constitución. Y es que se convendrá en que el procedimiento usual, proclive a indagar las características del Estado social y democrático de Derecho en el plano abstracto y conceptual, como si se tratara de una fórmula inalterable en todos sus componentes, olvida que tal refe-

---

(42) Vid., por ejemplo, artículos 39, 40, 43-2, 45, 46, 47, etc.

(43) El que “solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (art. 53-3) impide, sin embargo, que puedan funcionar directamente como “causas supraliberales de justificación”, aunque sí aconseja una interpretación acorde con la Constitución de las que recoja la legislación ordinaria.

rencia no es más que una suerte de “tipo ideal”, generalizable en el plano especulativo, pero cuyas características concretas dependen de los matices con que aparezca configurado en cada Constitución, que aún permaneciendo dentro de la categoría genérica puede, empero, contener diferencias de relieve de las que se deriven consecuencias distintas para las instituciones y conceptos que en la misma pretenden apoyarse. Así, por ejemplo, el distinto énfasis que se ponga en cada uno de los ingredientes de esa forma de Estado (social, democrático, de derecho), conlleva un equilibrio distinto en los aspectos a considerar a la hora de construir cualquier institución jurídica, y que solo pueden ser precisados en cada caso concreto.

Siendo así, es evidente que la profundización del papel que la pena ha de desenvolver en nuestro derecho requiere abordar tres diversas cuestiones: (I) el peso y trascendencia que la fórmula “Estado social y democrático de Derecho” adquiere en nuestra norma básica, esto es: si se trata solo de un principio enunciativo, sin eficacia práctica real, o si, por el contrario, constituye un predicado sustancial, operativo y condicionante, que debe también “informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”; (II) precisar cuáles son, en nuestra Constitución, las peculiaridades del Estado social y democrático de Derecho que se recoge y las condiciones ineludibles que de la misma se desprenden para el ordenamiento penal; y (III), en fin, profundizar en el concepto y función de la pena dentro de su marco.

Por lo que hace a la primera cuestión (44), es decir,

---

(44) De la que nos ocupamos ampliamente en nuestro trabajo *Bases para una teoría constitucional sobre el contenido material del ilícito*, Granada, 1983, págs. 42 a 90.

la eficacia y virtualidad aplicativa de la calificación estatal, su adecuado tratamiento conduce a la distinción entre “normas material y formalmente constitucionales” (45), de la que depende su propia jerarquía dentro de la estructura constitucional (46); siendo posible afirmar la existencia de preceptos “superfundamentales”, a los que se encuentran supereditados los restantes (47). Posibilidad que conlleva, como necesario corolario, la admisión de la “inconstitucionalidad de normas constitucionales” en aquellos casos en que un precepto jerárquicamente inferior estuviera en contraposición con el sentido de uno de los especialmente reforzados por el procedimiento de revisión dispuesto en el artículo 168 de la Constitución (48). Dentro del mismo, quedan comprendidos el Título Preliminar, la sección 1ª del Capítulo Segundo y el Título II, contemplando también, por consiguiente, a la calificación del Estado recogida en el artículo 1, 1, que sería, por tanto, uno de los principios básicos del sistema constitucional.

Ello, no obstante, solo en el caso, y esta es la segunda cuestión, de que efectivamente esa proclamación pueda considerarse una norma de aplicación inmediata, no necesitada de ulterior desarrollo, y no un simple principio programático de los que tanto abundan en nuestra norma fundamental; puesto que,

---

(45) Vid. Martínez Sospedra-Aguilo Lucía, *Lecciones...*, cit., pág. 61 y Pérez Serrano, *Tratado...*, cit., pág. 458.

(46) Vid. Biscaretti, *Derecho Constitucional*, cit., pág. 162.

(47) Normas constitucionales fundamentales y no fundamentales las llama Predieri, *El sistema de las fuentes del derecho*, en “*La Constitución española de 1978*”, cit., págs. 208 y ss.

(48) Vid. Herrero de Miñón, *En torno a la aplicación de la Constitución*, en “*La Constitución española y las fuentes del derecho*”, II, cit., págs. 1225 y ss. y Martínez Sospedra-Aguiló Lucía, *op. cit.*, págs. 84-85.

como se ha hecho notar (49), de algún modo el ordenamiento jurídico que nuestra Constitución diseña es un ordenamiento “principal”, formado por principios y disposiciones con verdadera estructura de norma jurídica. La individualización e identificación de los mismos, y sobre todo el sentido, significación y virtualidad que haya de dárseles constituye una cuestión poco definida, objeto de una interesante producción doctrinal (50), y cuya correcta solución posiblemente se halle en la línea mantenida por Predieri (51). Respecto de ellos, el Tribunal Constitucional ha reconocido su valor aplicativo y no meramente programático, hasta el punto de otorgarles fuerza derogatoria de leyes anteriores a la Constitución “allí donde la oposición ... sea irreductible, pues tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma” (STC de 2 de febrero de 1981, II-1-B).

Respecto de las grandes declaraciones de principios, y en concreto la que ahora nos ocupa, su eficacia normativa no puede ser puesta en duda puesto que viene avalada tanto por razones jurídicas como políticas. En el primer caso, porque lo que se discute no es otra cosa que el valor normativo de los preceptos que definen la orientación política del Estado y

---

(49) Díez Picazo, *Constitución y fuentes del derecho*, en “*La Constitución española y las fuentes del derecho*”, I, cit., pág. 654.

(50) Vid. Díez Picazo, *Constitución y fuentes del derecho*, cit., págs. 654 y ss. Cazorla Prieto, *Los principios constitucional-financieros en el nuevo orden jurídico*, en “*La Constitución española y las fuentes del derecho*”, cit., págs. 500-504. González Pérez, *Los principios generales del derecho y la Constitución*, en el volumen II de la misma obra, págs. 43-44. Rubio Llorente, *La Constitución como fuente del derecho*, vol. I, op. cit., pág. 71 y García de Enterría, *La Constitución como norma*, cit., pág. 144.

(51) *El sistema de las fuentes del derecho*, cit., págs. 244 y ss.

que pretenden determinar al tiempo el contexto en el que hay que situar las restantes normas del ordenamiento jurídico y algunos de los principios generales del derecho de un ordenamiento concreto (52). Políticamente, porque es en esas normas donde se contienen la mayor parte de los compromisos objetivos y de los principios que posibilitan y dan sentido al pacto que la Constitución comporta, viniendo a concretar jurídicamente el proyecto político del Estado y aún la identidad de la Constitución misma (53). En definitiva, las normas de mayor carácter fundamentador y fundante, que *están* en la Constitución y que por consiguiente *son* Constitución, de tal manera que en cuanto parte de ella tienen idéntico valor jurídico que las restantes disposiciones (54).

En el aspecto sustancial, la calificación dada al Estado (55) pretende conformarlo como el resultado de la unión de los principios propios del Estado liberal y social, tratando de superar las características de ambos aisladamente considerados (56);

---

(52) Cfr. Martínez Sospedra-Aguiló Lucía, *Lecciones...*, cit., págs. 80-81.

(53) En algunos casos se discute su naturaleza jurídica, considerándolas unas veces como normas que proponen metas y objetivos a los poderes públicos que, dada su carencia de sanción, pueden dormir indefinidamente en el texto constitucional (así, Sánchez Agesta, *Sistema político de la Constitución española de 1978*, (Ensayo de un sistema), Madrid, 1981, págs. 176-177); otras como normas incompletas que no adquieren eficacia hasta tanto no sean desarrolladas por el legislador, o, incluso, simples declaraciones de retórica constitucional carentes del carácter de normas jurídicas (Vid. Martínez Sospedra-Aguiló Lucía, *op. cit.*, pág. 80).

(54) Martínez Sospedra-Aguiló Lucía, *Lecciones...*, cit., pág. 81.

(55) Que se corresponde con la alemana, vid. Abendroth, *Sociedad antagónica y democracia política*, Madrid, 1972, págs. 265 y ss.

(56) Vid., por todos, Alzaga, *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1978, págs. 76 y ss.

síntesis de la que habría de surgir la tercera connotación: democrático (57). Propósito, por lo demás, que ya se evidencia en el mismo Preámbulo de la Constitución, al proclamar el intento de “consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular”; anticipo de la declaración posterior del artículo 1, 1 afirmando que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”.

Mucho se ha discutido sobre la posibilidad de compatibilizar esos aspectos, aunque parece claro que, como ha destacado Sánchez Agesta (58), la intención de tales palabras iniciales es sin duda la de definir los perfiles básicos del orden constitucional español con tres ideas que el constituyente no considera incompatibles, como muestra el hecho de que las acoja en una misma expresión. “Es más”, añade, “puede decirse que son complementarias en el sentido de que recíprocamente se moderan”. El que se destaque el Estado de Derecho en el Preámbulo (es la única forma a que expresamente se refiere), perfilando su sentido con otras ideas básicas (“deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad”; “convivencia democrática ... conforme a un orden económico y social justo”; “establecer una sociedad democrática avanzada”) podría sugerir que se parte de la base del Estado de Derecho al que se reconocen distintos niveles de concreción: un Estado de Derecho liberal, un Estado de Derecho democrático y un Estado de Derecho social. Misión del primero sería la de limitar el poder del Estado para garantizar la libertad de los individuos y de la sociedad; el segundo resaltaría la voluntad general del pueblo como origen del po-

---

(57) En este sentido, Mir Puig, *Función de la pena...*, cit., pág. 13.

(58) *Sistema político de la Constitución española*, cit., págs. 71 y 73.

der; y el Estado social, en fin, supondría una intervención del poder público en la sociedad con fines de redistribución o de servicio (59). Visto de esta manera, las peculiaridades propias del Estado de Derecho no sólo que no desaparecen, sino que se ven complementadas con la dimensión social. Lo que, por otra parte, se corresponde perfectamente con la evolución de la propia idea de Estado de Derecho que de una configuración puramente formal en la que el núcleo básico es siempre la libertad del ciudadano y la seguridad jurídica frente a la omnipotencia del Estado, ha pasado a una concepción material en la que ya no basta la simple abstención estatal de intervenir en la esfera individual, sino que se exige al mismo garantías positivas de una existencia digna del ser humano (60).

Una profundización del significado del Estado de Derecho, necesaria en todo caso para definir sus consecuencias en el orden penal, requiere plantearse dos cuestiones (61): *qué* quiere protegerse al limitar el poder del Estado por medio del derecho, lo que conlleva enfrentarse a la filosofía de los fines y fundamentos de la convivencia y *cómo* es posible esa limitación; problema de menor relieve puesto que puede ser adecuadamente resuelto desde la perspectiva exclusivamente técnica.

En lo concerniente a la primera cuestión, que sin duda adquiere distinta fisonomía según cada orden político concreto, se coincide en resaltar la protección de la dignidad humana y el aseguramiento de los más importantes bienes y derechos de la persona como el cometido sustancial definidor e identifica-

---

(59) Sánchez Agesta, *op. cit.*, pág. 73.

(60) Vid., por todos, Zipf, *Introducción...*, cit., pág. 25.

(61) Sánchez Agesta, *Sistema político...*, cit., págs. 73 y ss.

dor de este tipo de Estado (62). En nuestra Constitución, la invocación del art. 1, 1 (“Estado de ... Derecho”) se concreta en el 10, 1, al declarar que “*fundamento del orden político y de la paz social*” son: “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás”. Precepto, que aunque recogido fuera del Título Preliminar, tiene valor de principio fundamental (63), por desvelar cuál es la filosofía de la convivencia de que se parte; cuáles son, en definitiva, sus fines y fundamentos. “Nos hallamos ante uno de esos preceptos”, se ha dicho (64), “en que una filosofía política penetra literalmente en un ordenamiento jurídico”, siendo la dignidad de la persona, patrimonio de todos y cada uno de los hombres (65), el principio en el que están implícitamente contenidas, como en germen, las demás afirmaciones. En el plano formal (“cómo”) la defensa se instrumentaliza en el art. 9, 3, reconociendo los principios consustanciales al Estado de Derecho, encabezados por el de legalidad.

Por lo demás, la dignidad de la persona, y con esto conectamos con la segunda afirmación, no se fundamenta en otra base que la dignidad de la nación española, que en uso de su soberanía proclama su voluntad de “garantizar la convivencia democrática”, “estableciendo una sociedad democrática avanzada” (Preámbulo), y exigiendo esa estructura y filo-

---

(62) Cfr., por todos, Wurtenberger, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, Milano, 1965, págs. 113 y ss. Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, 1981, págs. 38 y ss.

(63) Sánchez Agesta, *Sistema político...*, cit., pág. 74.

(64) Sánchez Agesta, *op. cit.*, pág. 75.

(65) *loc. cit.*

sofía a nivel concreto en diversas ocasiones (artículos 9-2, 6, 7, etc.) (66). Esta segunda característica supone profundizar aún más, en garantía de las personas, en los fundamentos del Estado de Derecho; porque mientras que éste tiene como preocupación fundamental asegurar la libertad, velando sobre todo por “cómo” se ejercen las funciones del Estado, el segundo intenta plasmar la igualdad, planteándose ante todo “quién” ejerce el poder estatal (67). En otras palabras: mientras que el Estado de Derecho asegura el imperio de la ley, el Estado democrático asegura el imperio de la ley “como expresión de la voluntad popular”, que es, como es sabido, el rasgo distintivo de la democracia. Además de participación y libertad de expresión exige no sólo que los ciudadanos deben cumplir el derecho que promulga el legislador como representante de la voluntad popular, sino que él mismo está sujeto y limitado por esa dignidad y esos derechos (68).

Es un Estado, en fin, social, que adquiere el compromiso de intervenir en la conformación de la sociedad, a modo de “empresario” o “distribuidor” (69), y que no se limita a aceptar la sociedad tal como le viene dada, sino que comienza por poner en tela de juicio la justicia de su configuración (70). Las necesidades de la sociedad industrial y post-industrial (71), con su democratización progresiva,

---

(66) Vid. Sánchez Agesta, *Sistema político...*, cit., pág. 79.

(67) Vid. García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, cit., págs. 170 y ss.

(68) Cfr. Sánchez Agesta, *op. cit.*, págs. 77 y ss.

(69) Vid. García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977, págs. 30 y ss.

(70) Garrido Falla, *Comentarios...*, cit., pág. 27.

(71) Vid. García Pelayo, *Las transformaciones...*, cit., págs. 18 y ss.

sus nuevas fuerzas políticas y sociales, sus demandas inéditas, que conducen al constitucionalismo social (72), no podían ser afrontadas con los esquemas del Estado liberal de Derecho, asentado en el individualismo y abstencionismo estatal (73), sino que requieren un decidido acento en lo social y una nueva visión del papel del Estado y de la Administración, que de mera espectadora, llamada a intervenir únicamente cuando fallara la iniciativa particular, pasa a ser protagonista inmediata, tratando de configurar la sociedad conforme a una previa idea de justicia (la llamada “justicia social”) (74).

La visión tradicional de los derechos y libertades se ve modificada en un doble sentido: la aparición de los llamados “derechos sociales”, en donde cristalizan esas demandas de intervención y de transformación social, y la variación de su significado último: frente a la concepción clásica de las “libertades-resistencia”, concebidas a modo de límite a la actividad del Estado, surge una concepción de la libertad como participación, que si bien presupone aquella, la desborda (75). Libertad e igualdad tienden a interrelacionarse de tal forma que la exigencia de una realización efectiva de la libertad conduce a postular nuevos derechos de estructura radicalmente distinta a los tradicionales, acentuando la dimensión colectiva y co-

---

(72) Vid. Martínez Sospedra-Aguilo Lucía, *Lecciones...*, cit., pág. 50.

(73) Vid. Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, cit., págs. 84-85.

(74) Garrido Falla, *Comentarios...*, cit., pág. 27 y Elías Díaz, *op. cit.*, págs. 85 y ss. En relación al poder judicial, Mosquera, *La posición del poder judicial en la Constitución española de 1978*, en “*La Constitución española de 1978; estudio sistemático...*”, cit., págs. 726 y ss.

(75) Martínez Sospedra-Aguiló Lucía, *Lecciones...*, cit., pág. 50.

munitaria (76), de tal forma que junto a las libertades y derechos propios del Estado liberal de Derecho (libertades “frente” al Estado; en último término las relacionadas con la libertad e intimidad personal) y a las derivadas de la dimensión democrática (“libertades-participación”), que adquieren además una nueva dimensión, viene a sumarse una “tercera” libertad que se traduce en los derechos sociales y que implica la conciencia de que la dignidad del hombre no se respeta solo con el reconocimiento de su autonomía sino que requiere por parte del Estado prestaciones positivas idóneas para crear las condiciones que la hagan efectiva (77). En nuestra Constitución, omisión hecha de las referencias del Preámbulo, la característica social atribuida al Estado en el art. 1, 1, se concreta en el 9, 2 y en los “principios rectores de la política social y económica recogidos en el Cap. III del Tít. I; además de en algunas previsiones relativas al modelo económico (arts. 128, 131, etc.) y el art. 10, 2, al remitirse a la carta de la ONU, que concibe la libertad como algo más que ausencia de imposiciones (78).

Mucho se ha discutido sobre la posibilidad de compatibilizar esos atributos tan diversos que se contienen en la calificación “Estado social y democrático de Derecho” (79); sobre todo entre las exigencias derivadas del Estado liberal de Derecho y las provenientes del Estado social, en definitiva: entre manteni-

---

(76) Martínez Sospedra-Aguiló, *loc. cit.*

(77) Vid. Sánchez Agesta, *Sistema político...*, cit., pág. 83.

(78) Vid. Basile, *Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas*, en “*La Constitución española de 1978; estudio sistemático...*”, cit., págs. 270 y ss.

(79) Vid. Forsthoff, *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, 1968, págs. 200 y ss. En referencia a la Constitución española, por todos, Alzaga, *La Constitución española de 1978*, cit., pág. 80.

miento del “status” y compromisos de cambio y transformación social (80). A este respecto, sea suficiente advertir —eludiendo una polémica que nos desborda— que hoy es mayoritaria la creencia de que es posible la viabilidad de la fórmula, por cuanto las exigencias de modificación de las estructuras sociales y el directo intervencionismo estatal, no solo que no son incompatibles con un marco jurídico de garantías individuales, sino que, por el contrario, lo requiere, imponiendo los límites propios del Estado de Derecho a la actividad positiva de ingerencia estatal (81).

En nuestra Constitución, tal armonización es evidente. Como ha advertido Lucas Verdu (82), mientras el art. 53-3 contempla y regula “las condiciones ideológicas, en parte organizativas y socioeconómicas de una Constitución demoliberal”, expresando “la fórmula política del ordenamiento constitucional de una sociedad neocapitalista”; el art. 9-2, en cambio, contiene los aspectos “de una Constitución socialista y expresa la forma política de una sociedad democrática avanzada”. En resumen: “el art. 53 es congruente con el Estado social de Derecho, que descansa en una estructura neocapitalista; en cambio, el 9-2 armoniza con el Estado democrático de Derecho que se apoya en una estructura socialista. Lo que puede confirmarse, por lo demás, con una simple ojeada a su estructura sistemática, en donde junto a un minucioso elenco de garantías individuales (“derechos y libertades”), se establecen concretos compromisos de intervención

---

(80) Cfr. Sánchez Agesta, *op. cit.*, pág. 74. Garrido Falla, *Comentarios...*, cit., pág. 26, entiende que el Estado de Derecho exige además la realización de la Justicia, por lo que el conflicto sería solo aparente.

(81) En este sentido, cfr., por todos, García Pelayo, *Las transformaciones...*, cit., págs. 55 y ss. y Zipf, *Introducción*, cit., pág. 29.

(82) *Constitución española*, Madrid, 1979, pág. 140.

estatal sobre las estructuras sociales (“principios rectores de la política social y económica”). En conjunto, sin embargo, como ha advertido Basile (83), la armonización se hace privilegiando las exigencias que se derivan del Estado de Derecho, apareciendo supeditadas a ellas las de matiz democrático y social; como prueba, por ejemplo, el hecho de que mientras que los derechos y libertades fundamentales aparecen dotados de aplicabilidad inmediata, los principios rectores de la política social y económica tienen una operatividad directa más limitada.

Las consecuencias que para el ordenamiento penal se derivan de la calificación estatal, están directamente conectadas con estas breves y sin duda simplificadoras reflexiones sobre la misma. En concreto, y pasando al análisis de cada uno de sus componentes, de la condición de Estado de Derecho se deriva la obligación de que el Derecho penal sirva para mantener y preservar la convivencia sobre las bases que establece el artículo 10-1: la dignidad de la persona humana y los derechos inviolables que le son inherentes. Su función no puede ser otra que la de “asegurar el orden político y la paz social”, propiciando el respeto a la ley y a los derechos de todos y garantizando las bases de la convivencia a través de los bienes jurídicos sentidos como fundamentales por el cuerpo social. Aunque no se excluye una vocación “propulsora” de nuevas transformaciones (sugerida incluso por el atributo “social”), su virtualidad ha de quedar supeditada a la “conservativa” y “garantizadora” de las condiciones de existencia, que es preferente, por haberse considerado primordial en nuestra Constitución la perspectiva garantizadora (Estado de Derecho) a la social y democrática. En

---

(83) *Los principios fundamentales...*, cit., págs. 268 y ss.

cualquier caso, será necesario lograr el punto de equilibrio entre defensa social y respeto de las garantías individuales, que, en caso de conflicto, deben ser, a mi juicio, preferentes.

A partir de aquí, las previsiones concretas que se contienen en la Constitución, no tienen más sentido que el de desarrollar aspectos implícitos ya en el art. 10-1 y que cualquier exégesis hubiera puesto claramente de manifiesto. Así, por ejemplo, en orden a la pena (84), la prohibición de la muerte, tortura, tratos inhumanos o degradantes (art. 15), finalidad reeducativa de las privativas de libertad, prohibición de trabajos forzados, respeto de los derechos fundamentales que no se vean afectados por el contenido del fallo condenatorio y el sentido de la pena, desarrollo integral de la personalidad en la ejecución de las mismas, etc., (art. 25-2) no son sino consecuencias obligadas por el fundamento del que necesariamente ha de partirse. Del mismo modo que los principios consustanciales al Estado de Derecho habrán de ser fundamento del Derecho penal, que deberá construirse sobre la base del de legalidad y demás recogidos en el art. 9-3; algunos de los cuales son desarrollados específicamente para el orden penal en otras disposiciones (art. 25, fundamentalmente). Lo que incluye también a los que van implícitos en los anteriores y que pueden ser hallados en la normativa constitucional: taxatividad, culpabilidad del hecho, reserva de ley, etc.

De la condición democrática del Estado se deriva, aparte de una mayor garantía a la hora de evitar el riesgo de "perversión" del bien jurídico y la exigencia de una "reserva de ley" que garantice el monopolio

---

(84) Sobre las consecuencias relativas al bien jurídico, vid. González Rus, *Bien jurídico y Constitución*, cit., *passim*.

del legislativo (detentador de la “voluntad general”) en la creación del ilícito, la obligación de tutelar penalmente las reglas del juego democrático y velar por la igualdad del tratamiento punitivo. La ley penal no podrá estructurarse sobre la base del privilegio o la discriminación, de cualquier clase que sea (art. 14). Lo que significa, entre otras cosas, que bienes jurídicos de importancia similar (según los parámetros constitucionales) han de merecer una protección equivalente; del mismo modo que a atentados de gravedad semejante deben corresponder sanciones también iguales, con independencia de las condiciones abstractas del autor. La concepción que de la igualdad y la justicia maneja nuestra Constitución, sin embargo, impone, como corresponde a un Estado social, un tratamiento diferenciado en concreto, en el que se valoren las condiciones personales de cada sujeto, pues solo de esa forma sería posible responder al compromiso del art. 9-2, exigiendo que la libertad e igualdad sean reales y efectivas. Lo que determina también, en otro orden de cosas, que la persecución, enjuiciamiento y sanción de los delitos se produzca de manera igualitaria, evitando la instauración de procesos de criminalización dependientes de la posición social del sujeto (recuérdense las teorías del “labelling approach”), que convierten de hecho el postulado de la igualdad en una hipócrita ironía.

La perspectiva social, en fin, impone un concepto de libertad e igualdad sustancialmente entendidas, que posibiliten dotar de contenido efectivo a los principios señalados. En relación a la interpretación de las normas, imposición y ejecución de las penas, implica una filosofía que sin llegar al “uso alternativo del Derecho” (dada la prioridad concedida a los aspectos derivados del Estado de Derecho), aboga

por una contemplación de las circunstancias concretas de cada caso, especialmente en lo que se refiere a la individualización, determinación y ejecución de la pena. En cualquier caso, no podrá llegar al extremo de olvidar el respeto preferente a la legalidad, lo que imposibilita, por ejemplo, la apelación a causas extralegales de exención de la responsabilidad criminal; aunque sí exige, en cambio, una interpretación de las mismas acorde con el sentido constitucional.

En resumen, pues, la pena en un Estado social y democrático de Derecho debe satisfacer un doble cometido: la defensa social contra el crimen, considerando los derechos de la potencial víctima y los intereses sociales, y la garantía de la dignidad del reo (85). Lo que significa, en definitiva, que del mismo modo que sería rechazable un sistema orientado exclusivamente a disponer un conjunto de garantías de carácter individual, desconociendo los intereses sociales, habría de serlo aquél otro que en vista de éstos utilizara al hombre como instrumento de política criminal, olvidando su dignidad como persona y los derechos inherentes a ella.

## 1. Concepto

Conceptualmente, la pena en la Constitución se concibe como un mal que se impone al sujeto autor de un delito o falta. Y no solo porque nadie puede ser “condenado” —como reza el art. 25-1— a un “bien”, sino porque su aplicación comporta la privación o restricción de derechos fundamentales del individuo, como explicita el mismo precepto en relación a las penas privativas de libertad y recoge

---

(85) Mantovani, *Diritto penale*, cit., págs. 21 y ss.

implícitamente el art. 15, 1, al prohibir “penas o tratos inhumanos o degradantes”; declaración detrás de la que evidentemente se encuentra el convencimiento de que la pena supone una privación de derechos de carácter aflictivo para el sujeto a quien se aplica (86). Sin embargo, como recuerda Octavio de Toledo (87), la pena no es cualquier mal, sino aquel que se amenaza e impone en unas ciertas condiciones; precisamente las que permiten diferenciarla del resto de sanciones, jurídicas o no jurídicas. Es, en verdad, el castigo que, después de amenazado, impone el Estado por la realización de acciones u omisiones que en el momento de producirse constituyan delito o falta, según la legislación vigente en aquél momento (art. 25-1 y 117) a quien resulte condenado en un proceso público y sin dilaciones indebidas, desarrollado ante el Juez ordinario predeterminado por la ley y en el que haya tenido ocasión de defenderse y ser asistido por Letrado, gozando de las garantías y medios de prueba pertinentes para su defensa (arts. 25, 24 y 117 Const.). Un castigo, por lo demás, cuya ejecución aparece encomendada a la vigilancia del poder judicial (arts. 117-3 y 118) y de la Administración penitenciaria, cuando la naturaleza de la pena lo requiera (artículo 25-2).

Importancia fundamental para el concepto de pena tiene a mi juicio el artículo 15, al reconocer el derecho a la vida y a la integridad física y moral, rechazando la tortura y los tratos inhumanos o degradantes. Esta prohibición —inspirada en el art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y que no es más que una consecuencia inevitable del princi-

---

(86) Vid., en términos parecidos, Escrivá, *Consideraciones sobre Derecho penal y Constitución*, cit., pág. 160.

(87) *Sobre el concepto de Derecho penal*, Madrid, 1981, pág. 267.

pio de dignidad de la persona sancionado en el art. 10 (88)—, viene a representar un límite lógico de la pena, excluyendo la posibilidad de considerar como tales sanciones que sean esencialmente contradictorias con los derechos inviolables de la persona, que naturalmente son también reconocidos y garantizados al reo (89), como corresponde a un Estado de Derecho. Se condiciona, así, el contenido de la pena, que habrá de prescindir de cualquier elemento aflictivo que no sea absolutamente necesario para asegurar su eficacia; siempre dentro, naturalmente, de los límites constitucionales y el respecto a la dignidad humana (90).

## 2. Función

En orden a la función, he de empezar señalando que no creo que la forma del Estado sea suficiente por sí misma, en cuanto declaración genérica, para definirla, por más que pueda ser evidentemente determinante. Partiendo de ella, sin embargo, se han elaborado sugestivas concepciones que parecen considerarla bastante. Mir Puig (91), por citar uno de los ejemplos más significativos de la doctrina española, afirmará que el Derecho penal en un Estado social

---

(88) Vid. Rodríguez Mourullo, *Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte*, en "Comentarios a la legislación penal", Tomo I, Madrid, 1982, pág. 83.

(89) Cfr. Spasari, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, pág. 121, para la declaración italiana semejante.

(90) Cfr. Nuvolone, *La problemática penale della Costituzione*, en "Aspetti e tendenze del Diritto Costituzionale", vol. IV, Roma, 1977, pág. 495.

(91) Vid. *Función de la pena...*, cit., págs. 16 y 21 y ss. e *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, págs. 128 y ss. y 151 y ss.

y democrático de Derecho debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, mediante la prevención de delitos, con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de proporcionalidad. La pena, que en ningún caso podría responder a una concepción retributiva, ha de cumplir una misión (política) de regulación activa de la vida social, asegurando su buen funcionamiento a través de la prevención de hechos que atenten a los bienes fundamentales de los ciudadanos. En definitiva, una interpretación que aunque no desconoce los límites propios del Estado de Derecho, se apoya sobre todo en la componente social. Pero esta interpretación, afirmando una teoría preventiva como la única posible en un Estado de este tipo es desde luego discutible. En realidad, como ha destacado Gimbernat (92) desde las filas de la prevención, nuestra Constitución no impide mantener, a pesar de su referencia expresa a la reeducación y inserción social, que la pena cumpla también una función retributiva, pues lo que se ha hecho es recoger únicamente aquello que el constituyente consideraba una base doctrinal de encuentro: que tiene un cometido de reeducación y inserción social. Aunque sea cierto, a mi juicio, el rechazo de las teorías absolutas.

Más ilustrativo a efectos de función de la pena puede ser el art. 25-2, cuando establece que las privativas de libertad “estarán orientadas hacia la reeducación y inserción social”. El precepto, que no es frecuente en las Constituciones (93), y en el que

---

(92) *El sistema de penas en el futuro Código penal*, en *“La reforma del Derecho penal”*, Bellaterra, 1980, pág. 182.

(93) Sobre antecedentes históricos y vicisitudes del texto hasta su aprobación definitiva, vid. Serrano Gómez, *Temas de Derecho penal*,

se ha visto una concesión al Estado social (94), ha merecido muy diversas interpretaciones, que le atribuyen alcance y significación distinta. Su correcto análisis, estimo, precisa abordar dos distintas cuestiones: (I) si se trata de un precepto vinculante para el legislador ordinario, o simplemente orientativo, y (II) si su eficacia se extiende al entero sistema penal o, por el contrario, se limita al momento de la ejecución de la pena.

El primer tema me parece claro: frente a quienes afirman que contiene solo una máxima que sería bueno que el legislador siguiera, pero que no le vincula necesariamente (95), es mi opinión, acorde con la mayoritaria (96), que se trata de un principio imperativo, eficaz directa e inmediatamente. Aparte su ubicación sistemática (entre los derechos y libertades públicas: directamente aplicables a tenor de lo dispuesto en el art. 53-2), la tajante declaración constitucional (“*estarán orientadas*”) no deja dudas al res-

---

en “*Lecturas sobre la Constitución española*”, Madrid, 1978, págs. 71-73.

(94) Cfr. Sola Dueñas, *Desarrollo democrático y alternativas político criminales*, en *Papers*, nº 13, 1980, pág. 225.

(95) Así, para el precepto correlativo italiano, Esposito, *Le pene fisse e i principi costituzionali di eguaglianza, personalità e reeducatività della pena*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1963, pág. 644 y Grasso, *Appunti sulla pena nella Costituzione italiana*, en *Giustizia Penale*, 1954, I, pág. 226, con ulterior bibliografía.

(96) Vid. Boix Reig, *Significación jurídica penal del art. 25-2 de la Constitución (La reeducación y reinserción social del condenado)*, en “*Escritos penales*”, Valencia, 1979, págs. 109 y ss. Sobremonte, *El art. 25-2 de la Constitución y la reeducación del condenado*, en *CPC*, 1979, pág. 99. En la doctrina italiana, Nuvolone, *Il problema della rieducazione del condannato*, en “*Trent’anni...*” cit., I, pág. 390. Azzali, *Osservazioni in ordine al art. 27 della Costituzione considerato nel piano del diritto positivo*, en “*Sul problema della rieducazione del condannato*”, Padova, 1964, pág. 221. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, I, Milano, 1965, pág. 84.

pecto. En cuanto a su ámbito de eficacia, las opiniones están también divididas. A favor de que queda circunscrita al momento de la ejecución, siendo inoperante en la determinación de la pena, se pronuncian, por ejemplo Cobo del Rosal y Boix (97), estimando que el precepto no puede ser convertido en "el quicio constitucional de la teoría de la pena", siendo solo un criterio orientador, una pauta, una tendencia; pero sin que la prevención especial llegue a ser un criterio básico para la medición de la pena. Las razones de ello ya las había expuesto Boix en un trabajo anterior (98): primero, porque el art. 25-2 reconoce un derecho, y no una obligación, a la reeducación; segundo, porque se refiere únicamente a las penas privativas de libertad; tercero, porque se extiende también a las medidas de seguridad; y cuarto, porque el principio de legalidad es uno de los postulados fundamentales de todo el entramado constitucional. La propia consideración global de este apartado segundo, en el que se contienen previsiones referidas al momento ejecutivo, sería así mismo un indicio de que a ese ámbito se está circunscribiendo la finalidad reeducativa y la reinserción social asignadas (99).

Bien visto, sin embargo, los argumentos no son decisivos. En primer lugar, porque no puede olvidarse que si se quiere que las penas puedan servir a la

---

(97) *Derechos fundamentales del condenado. Reeducación y reinserción*, en "Comentarios a la legislación penal", I, cit., págs. 218 y ss. En el mismo sentido, García Pablos, *La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo*, en *Anuario*, 1979, pág. 650 y Luzón Peña, *Antinomias penales y medición de la pena*, en "La reforma del Derecho penal", cit., pág. 217.

(98) *Significación jurídico-penal del art. 25-2...*, cit., págs. 131 y ss.

(99) Así, Luzón Peña, *Antinomias penales...*, cit., pág. 217.

reeducación, es preciso que hayan sido amenazadas y previstas sanciones adecuadas y útiles a ese propósito (100). Una orientación a la reeducación que no tenga reflejos en el sistema, estaría destinada a ser una enunciación vacía. A lo sumo constituiría un correctivo en sentido humanitario de la afflictividad de la pena-castigo (101). Por lo demás, los argumentos esgrimidos en contra no pueden considerarse definitivos. Como ha observado Octavio de Toledo (102), que la resocialización sea un derecho y no una obligación no impide mantener que las penas se prevean, se impongan y se ejecuten teniendo en cuenta la eventualidad de su posible ejercicio por parte del penado; que se aluda solo a las privativas de libertad se explica así mismo si se considera que éstas son las que están en mejores condiciones para cumplir una auténtica función resocializadora (103); que nada significa, a estos efectos, que la misma finalidad se reconozca a las medidas de seguridad; en fin, que el reconocimiento del principio de legalidad no impide la vocación resocializadora de las penas privativas de libertad, pues precisamente por ser una

---

(100) Cfr., por todos, Caraccioli, *I problemi generali della misure di sicurezza*, Milano, 1970, pág. 91.

(101) Vid. Dolcini, *La commisurazione della pena*, cit., pág. 96. Siniscalco, *I principi del sistema penale e la Costituzione*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1976, pág. 1128. Bricola, *La discrezionalità...*, cit., pág. 84 y *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa*, en "*Sul problema della rieducazione del condannato*", cit., págs. 198-199. Romano, *Prevenzione generale e prospettive di riforma*, en "*Teoria e prassi della prevenzione generale*", cit., pág. 164. Córdoba Roda, *La pena y sus fines en la Constitución*, en "*La reforma del Derecho penal*", cit., pág. 151.

(102) *Sobre el concepto...*, cit., págs. 281-282.

(103) Rodríguez Devesa, *Derecho penal español*, PG, Madrid, 1981, pág. 829, estima incluso que esa orientación debe extenderse a las restantes penas y no excluye la prevención general.

“orientación”, no exige la indeterminación de la pena. Ni tan siquiera el hecho de que en el apartado segundo se contengan previsiones específicamente referidas a la ejecución de la pena conduce a una solución contraria, por cuanto puede entenderse que en el primer párrafo se está orientando la función de la pena, como instituto jurídico, estableciendo además un límite sustancial a su contenido (prohibición de trabajos forzados), y que a partir del punto y seguido es cuando se contienen reglas relativas a la ejecución. Razones todas que permiten mantener que el mandato constitucional se extiende a toda la disciplina de la pena, incluido el momento del señalamiento legal y la determinación y aplicación de la misma. Sí convengo, en cambio, en que la declaración constitucional no puede interpretarse en el sentido de que la resocialización haya de ser la función única y constante de la pena (104).

A mi modo de ver, el planteamiento de la función de la pena en la Constitución tiene que partir del papel de excepción que se concede a la persona y su dignidad, de manera que si es cierto que se rechaza una teoría absoluta (desmentida de antemano por el acogimiento del principio de intervención mínima), tampoco lo es menos que hay argumentos bastantes para mantener que el hombre debe ser un fin en sí mismo y no un medio para el logro de metas utili-

---

(104) Vid. Octavio de Toledo, *op. cit.*, págs. 265-66. García Pablos, *La supuesta función resocializadora...*, cit., pág. 650. Luzón Peña, *Antinomias penales...*, cit., pág. 217. Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español*, I, Madrid, 1981, pág. 32 (uno de los fines esenciales). Rodríguez Devesa, *Derecho penal español*, PG, cit., pág. 829 (no excluye fines de prevención general). En la doctrina italiana: Nuvolone, *Norme penali e principi costituzionali*, cit., pág. 665 y Grosso, *Funzione rieducativa della pena e pena pecuniaria*, en “*Studi in memoria di Carlo Esposito*”, II, Padova, 1972, pág. 782, por todos.

tarias, sancionándolo exclusivamente para que el resto de la sociedad no delinca o para que él mismo deje de hacerlo en el futuro. Que en nuestra Constitución básicamente la pena se concibe como retribución no parece cuestionable. La confusión en este punto es más terminológica que de contenido, por lo que no me aferraré al término si con ello puede contribuirse a enturbiar aún más el ya confuso panorama doctrinal. Queda excluido, desde luego, el sentido que adquiere dentro de las teorías absolutas y en general aquellos otros entendimientos que pretenden identificar el “mal” en que consiste el delito con algo “materialmente malo”, con independencia del modelo de sociedad y de Estado en que se presenta (105). Al hablar de retribución, me refiero a una noción “desmoralizada” del término que, por el contrario, se limita a reflejar el significado de relación consecucional que existe entre ambos. Es casi como el intercambio “moralmente no valorado” de equivalentes, que se anuncia para la realización de un comportamiento y que habrá que “pagar” si llegado el caso resulta descubierto y condenado su autor (106). El hecho de que la pena sea un mal que se impone como consecuencia de la previa realización del comportamiento a que aparecía conectada, pone claramente de manifiesto que se trata de una consecuencia jurídica que encuentra en el delito su antecedente necesario. Y en este sentido, por más vueltas que se le quiera dar al tema, la retribución es su carácter básico, pues constituye una relación lógica ineliminable del concepto de pena. Pero la retribución es esto y algo más. Un algo más que aparece vinculado a la

---

(105) Cfr. Octavio de Toledo, *Sobre el concepto...*, cit., pág. 275.

(106) Vid., en términos semejantes, Octavio de Toledo, *op. cit.*, págs. 275 y ss.

idea de castigo que la pena conlleva. Y es que no puede olvidarse que la pena cumple también una función de satisfacción psicológico-social en relación a la víctima y sus allegados y los ciudadanos en general, sin que se vea la razón de que no se tenga en cuenta tal efecto, llámesele retribución o como se quiera, junto a otras eventuales funciones (107).

Pero la pena, siendo retribución en el sentido expuesto, se aplica para cumplir unos determinados fines. No se castiga para realizar ninguna Justicia mística, ni para satisfacer un ideal superior y absoluto, sino porque hay una política criminal que ejecutar, que deberá asegurar un orden social que se quiere mantener; sin perder nunca de vista que se trata de una "amarga necesidad" en una sociedad de hombres imperfectos (108). El matiz posiblemente pueda estar en el hecho de que dentro de los objetivos de esa política criminal racional que debe realizarse, el castigo de los comportamientos delictivos es uno de los objetivos que deben perseguirse; por lo que la retribución no solo que no es incompatible con las finalidades preventivas, sino, por el contrario, algo necesario para su logro; en definitiva la llamada prevención "compensadora", "integradora" o "estabilizadora" de la conciencia jurídica general.

De manera expresa, ninguna referencia se contiene en la Constitución a la prevención general; aunque a mi juicio hay argumentos suficientes para mantener que ella constituye uno de los fines de la pena. El compromiso que el art. 9-2 establece pa-

---

(107) Escrivá, *Consideraciones sobre Derecho penal y Constitución*, cit., pág. 161. En todo caso, no sería retribución en sentido kantiano, sino sociológico.

(108) Romano, *Prevenzione generale e prospettive...*, cit., pág. 167.

ra los poderes públicos de promover las condiciones que aseguren que la libertad e igualdad de los individuos y grupos sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, no es sino el reconocimiento de que deben realizar una labor preventiva de carácter general, tanto social como jurídica. El principio de intervención mínima, impone que sean los procedimientos penales los utilizados en último término y de forma fragmentaria, señalando sanciones criminales a quienes realizaren determinados comportamientos lesivos de bienes jurídicos, por ser la amenaza de éstas uno de los medios adecuados para impedir que la libertad e igualdad que el precepto constitucional garantiza pueda verse amenazada y lesionada por comportamientos de otros. Del mismo modo, la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, que son fundamento del orden político y la paz social (art. 10-1) exige así mismo arbitrar medios capaces de asegurarlos, siendo sin duda la prevención general uno de los mecanismos de protección idóneos para ello. Tal conclusión se ve confirmada de manera implícita por nuestra Constitución en todos aquellos casos en que se “garantizan”, se “protegen”, se “vela”, por los derechos que en la misma se contienen, comenzando con alguna de estas expresiones prácticamente todos los artículos contenidos en el Título I. Si se recuerda que tales derechos y libertades vinculan a todos los poderes públicos y que su reconocimiento, respeto y protección “informará la legislación positiva (art. 53-1 y 3), es claro que expresamente se está requiriendo que a nivel de ordenamiento penal se prevean penas capaces de inhibir los ataques a los mismos; por lo demás, única forma de protegerlos de manera directa antes de

que se produzca la lesión. A mayor abundamiento, las propuestas de política criminal recogidas en los artículos 45 y 46, relativas a los recursos naturales y el medio ambiente, cuya conservación y enriquecimiento se “promueve” y “garantiza”, entre otros medios con el establecimiento de sanciones penales, vienen a reconocer que las mismas son capaces de prevenir comportamientos lesivos de los bienes jurídicos (109). En definitiva, y por todo ello, que la prevención general constituye la función primaria del sistema penal delineado por la Constitución, y cuya tarea garantizadora se desarrolla sobre todo en relación a víctimas y autores potenciales (110).

Es una función, sin embargo, que aparece limitada de manera expresa por la propia Constitución: en primer lugar, condicionando su ejercicio al respeto a la justicia que el art. 1 proclama como valor superior del ordenamiento jurídico, lo que impide la previsión de penas desproporcionadas al hecho criminal; en segundo lugar, porque el respeto de la dignidad de la persona, sus derechos inviolables y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10-1) implica el rechazo de cualquier medida que resulte lesiva de unas y otros o dificulten su realización. El principio de igualdad contenido en el art. 14, en su sentido sustancial determina así mismo la necesidad de que las penas con que se amenaza la realización de ciertos comportamientos sean equivalentes a su gravedad; sin que la mayor difusión que pudiera tener un hecho permita su agravación con

---

(109) En el mismo sentido, Escriva, *op. cit.*, págs. 152 y 161.

(110) Vid. Mantovani, *Pene e misure alternative nel sistema vigente*, en “*Pene e misure alternative nell’attuale momento storico*”, Varese, 1977, pág. 77.

respecto a las penas que vienen señaladas para la protección de bienes jurídicos de importancia equivalente. Del mismo modo, el artículo 15, garantizando la integridad física y moral de los ciudadanos y prohibiendo tratos inhumanos o degradantes, constituye un límite evidente a las posibilidades de prevención general, en cuanto que, en aras de una potenciación del efecto intimidativo, nunca podría servirse de penas contrarias a esa prohibición. En realidad, la abolición de la pena de muerte —“salvo lo que puedan disponer las leyes militares para tiempos de guerra”— no es más que una consecuencia de tal principio.

La exigencia de culpabilidad para que sea posible la imposición de una pena es también otro de los límites que operan frente a la prevención general. Aunque no se halla recogida expresamente, hay argumentos bastantes para afirmar que la misma constituye uno de los pilares sobre los que ha de apoyarse el sistema penal que la Constitución requiere. Si nadie puede ser condenado o sancionado más que por acciones u omisiones que en el momento de cometerse constituyan delito o falta (art. 25-1) y para ello se requiere la realización de un proceso en el que uno de los derechos que se reconocen al imputado es el de no confesarse culpable (art. 24-2), es evidente que la constatación de la culpabilidad del sujeto constituye uno de los elementos imprescindibles a la hora de la imposición de una pena. La garantía de la seguridad jurídica (art. 9-3) y la dignidad de la persona, que debe siempre ser respetada, impondrían, de igual modo, que cada sujeto responda de lo que realmente hizo, pero no de lo que exceda de ello y no pueda serle atribui-

do (111). La misma exigencia de irretroactividad (art. 25-1), que contiene implícitamente la idea de que para castigar a alguien es preciso que tenga al menos la posibilidad de conocer la ley penal y el deber de respeto a determinados bienes jurídicos que la misma le impone, además de la exigencia de imputabilidad, elimina cualquier posibilidad de castigo por la simple realización de un daño en cuya causación falte la infracción consciente al deber que se deriva de la norma penal. Lo que significa, en definitiva, la exigencia de que el resultado causado sea imputable al sujeto al menos a título de culpa. Y lo mismo podría decirse en orden a la taxatividad, cuyo sentido último es también el de que sea posible al sujeto conocer los términos exactos del mandato o prohibición que la norma penal contiene; pues faltando tal conocimiento, desaparecerían los presupuestos necesarios para que sea posible imputarle el resultado dañoso producido (112). En la misma prohibición de penas inhumanas podría encontrar también asiento la exigencia de culpabilidad, porque dentro de los límites de la humanidad de la pena se comprende únicamente la imposición del castigo a quien resulta responsable penalmente del hecho a que aparece conectada, siendo una violación de la misma, en cambio, cualquier imputación ba-

---

(111) Cfr. Escrivá, *op. cit.*, pág. 159.

(112) El argumento está relacionado en último término con los expuestos por Bricola, *Teoria generale del reato*, Estratto dal Novissimo Digesto Italiano, Torino, 1974, págs. 53 y ss. y Spasari, *Diritto penale e Costituzione*, cit., pág. 73 o Stortoni, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1976, págs. 69 y ss. para el derecho italiano; a mi juicio aplicables también al caso español. Sobre las consecuencias, en orden a la posibilidad de conocimiento de la ley y el principio de que la ignorancia no exime de su cumplimiento, vid. Bricola, *Teoria generale...*, cit., pág. 54.

sada en una mera cualidad personal o social, o en la causación meramente objetiva de un hecho previsto como delito (113). La misma exigencia de que las penas privativas de libertad estén orientadas a la reeducación implicaría así mismo que sólo habría que responder de aquellos hechos que son reportables psíquicamente, al menos a título de culpa, al sujeto cuya reeducación fuera necesaria; entre otras razones, porque tal proceso no tendría sentido más que en relación a la persona que violó la ley penal, impidiendo de esa forma la responsabilidad por hecho de otro e imponiendo el carácter personal de la responsabilidad criminal (114). Por lo demás, aunque no pueda abordar ahora el tema, estoy convencido de que solo la pena que se halla limitada por la culpabilidad está en condiciones de satisfacer adecuadamente las necesidades preventivo generales y especiales.

La requerida es una culpabilidad por el hecho. La referencia a "acciones u omisiones" del art. 25-1, el reconocimiento de la libertad ideológica (art. 16) y el principio de igualdad sancionado en el artículo 14, son sin duda elementos incompatibles con un

---

(113) Cfr. Spasari, *op. cit.*, pág. 74.

(114) Vid., en relación al similar art. 27-3 de la Constitución italiana, Battaglini, *L'art. 27 della Costituzione e l'art. 57-1 del C.p.*, en *Giustizia Penale*, 1948, II, págs. 309 y ss. Pulitano, *Il principio di colpevolezza e il progetto di riforma penale*, en *Jus*, 1974, pág. 501. Siniscalco, *I principi del sistema penale e la Costituzione*, cit., pág. 1128. En contra de que en ese precepto se derive la exigencia de culpabilidad, con matices: Bricola, *La discrezionalità*, cit., págs. 53 y ss. Vassalli, *Sulla legittimità costituzionale della responsabilità obviettita per fatto proprio*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1957, págs. 1005 y ss. Nuvolone, *Le leggi penale e la Costituzione*, Padova, 1953, págs. 53 y ss. En cualquier caso, hay acuerdo en que queda excluida la responsabilidad por hecho de otro; vid., por todos, Spasari, *Diritto penale e Costituzione*, cit., pág. 70.

Derecho penal de la personalidad, al impedir la degradación del hombre a mero objeto, considerando el hecho criminal como indicio sintomático de la personalidad o simple muestra de la peligrosidad (115). Así concebida, la culpabilidad no solo delimita, sino que fundamenta, compone, contribuye a construir el título de imputación de la pena. Ello, sin embargo, con un matiz importante: el Estado no castiga *porque* haya un hecho culpable, lo que supondría inscribirse dentro de los planteamientos de las teorías absolutas, sino para proteger un bien jurídico, *si hay* un hecho culpable, y para evitar nuevos atentados al mismo (116).

La prevención especial, por fin, aparece expresamente mencionada, en su forma de reeducación y reinserción social, en el art. 25-2. Como ya dijimos, tal artículo no puede interpretarse en el sentido de que éste haya de ser el fin exclusivo de la pena. De una parte, porque se refiere solo a la privación de libertad (117); de otra, porque la fórmula escogida (“estarán orientadas”) no permite llegar a una conclusión tan tajante. Sin embargo, al mencionarse expresamente, es claro que ha de ser tenida en cuenta junto con otros fines. La referencia, polémica y doctrinalmente debatida (118), ha

---

(115) Cfr., por todos, Escrivá, *Consideraciones...*, cit., pág. 159. Menos concluyente se muestra Vives Antón, *Estado de Derecho y Derecho penal*, en “*Comentarios a la legislación penal*”, I, cit., pág. 48.

(116) Romano, *Prevenzione generale e prospettive di riforma*, cit., págs. 166-167.

(117) Para las medidas esa habrá de ser la finalidad, aunque no consistan en privación de libertad. Cfr. Boix, *Significación jurídico penal del art. 25-2...*, cit., pág. 113.

(118) Aparte de los trabajos ya citados de Boix Reig, Cobo del Rosal-Boix, García Pablos, Sobremonte, debe recordarse, por citar solo bibliografía española, el de Muñoz Conde, *La resocialización del*

merecido diversos juicios, aunque me parece claro que debe rechazarse de principio cualquier identificación con la enmienda, incompatible con el necesario respeto a la personalidad del sujeto y a la libertad ideológica garantizada por la Constitución. En rigor, ambos términos no son sino las fases de un proceso que concluye en la reintegración del sujeto a la sociedad, por lo que es lógico pensar que sea a la resocialización a la que preferentemente se está haciendo referencia en el art. 25-2 (119); que, como es sabido, puede entenderse básicamente de dos maneras: bien en el sentido de que debe actuarse sobre el sujeto para que interiorice los valores vigentes en la sociedad; bien aspirando solo al respeto externo de la legalidad penal. En el primer caso, interpretando la Constitución, se ha dicho (120) que por tal debe entenderse el proceso pedagógico o curativo susceptible de modificar socialmente la estructura psíquica del condenado para propiciar su reinserción en la sociedad". En definitiva: el tratamiento del condenado "dentro de un cuadro de valores culturales". Entendimiento, no obstante, más que discutible en una Constitución que asegura el libre desarrollo de la personalidad y considera fundamental el respeto a la libertad ideológica, que parece únicamente compatible, por el contrario, con el simple propósito de conseguir el respeto a la ley y a los derechos de los demás que el art. 10-1 eleva al rango de fundamento del orden político y de la paz social. Un respeto, por otra parte, que puede reclamarse so-

---

*delincuente. Análisis y crítica de un mito*, en "La reforma del derecho penal", cit., págs. 61 y ss.

(119) En el mismo sentido, Boix, *Significación...*, cit., pág. 114 y Cobo del Rosal-Boix, *Derechos fundamentales del condenado*, cit., pág. 221.

(120) Sobremonte, *El art. 25-2 y la reeducación...*, cit., págs. 98-99.

lo a nivel de comportamiento externo, pues la solicitud de que el sujeto hubiera de interiorizar los valores se halla en franco contraste con la libertad ideológica garantizada constitucionalmente (121). Entendida así, la resocialización, en cuanto concepto de relación entre sociedad e individuo, se concreta en la recuperación de las reales posibilidades de participación en la vida social del individuo condenado (122). La conexión, ya señalada, entre el inciso inicial del art. 25-2 y el compromiso recogido en el art. 9-2, se hace así más evidente, resaltando la conveniencia de potenciar las componentes sociales de esa ecuación. El artículo 9; 2, contribuye a definir la finalidad y los destinatarios de la acción reeducativa, concibiéndola como un proceso que no puede limitarse a crear pasividad y resignación en quien delinque, sino que debe estar orientado a sentar las premisas para que pueda convertirse en parte activa de la sociedad.

El precepto, en definitiva, viene a atribuir el derecho a una pena que asuma caracteres positivos de ayuda a quien se encuentra en una diversa situación social. Lo que se corresponde perfectamente con el principio de igualdad, en términos sustanciales, que establece el art. 14 de la Constitución (123). Es por eso que en el proceso reeducativo deben primar los aspectos sociales sobre los meramente individuales,

---

(121) Posición mayoritaria; cfr., por todos, Vives Antón, *Estado de Derecho y Derecho penal*, cit., pág. 114. Dolcini, *La rieducazione del condannato "tra mito e realtà"*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1979, pág. 472 y Grosso, *Funzione rieducativa...*, cit., pág. 782.

(122) Cfr. Mantovani, *Pene e misure alternative...*, cit., pág. 35. Nuvolone, *Problematica penale della Costituzione*, cit., pág. 496 y Mir Puig, *Función de la pena...*, cit., pág. 23.

(123) Vid. Dolcini, *La commisurazione della pena*, cit., pág. 175.

tratando de fomentar los componentes positivos de la prevención especial, ya sea en la forma de intimidación especial, ya en la de resocialización en sentido estricto; entendiéndose por ella el proceso tendente a proporcionar al condenado la capacidad y voluntad de operar elecciones de conducta responsables y respetuosas de la ley, en las condiciones propias de una sociedad libre y pluralista. En cualquier caso, la neutralización debe quedar reducida a factor residual; esto es: aplicable únicamente en los supuestos en que no sean posibles otras intervenciones (124).

El problema siempre difícil de qué valores proponer al sujeto cuya resocialización se persigue, puede encontrar en el marco constitucional una respuesta a mi juicio más válida que las usuales, en las que es frecuente remitirse genéricamente a las “formas mínimas de la vida en común” y similares (125). Y es que si el delito es el que muestra la conveniencia y oportunidad del proceso reeducativo (en los casos en que sea necesario) y éste, como he mantenido en otro lugar (126), debe limitarse a los casos de atentados a bienes jurídicos constitucionales, la realización de un comportamiento criminal lo que viene a poner de manifiesto es el desconocimiento de los valores constitucionales, por lo que deberían ser éstos los que se contuvieran en la “oferta” que se hace al sujeto (127). En resumen: como tendencia a dar o recordar al reo una sensibilidad por los valores constitucionales ofendidos; esto es, por los significados preeminentes en el medio en el que se le quiere volver a

---

(124) Dolcini, *op. cit.*, págs. 157 y ss.

(125) Vid. Dolcini, *op. cit.*, pág. 174.

(126) Vid. *Bien jurídico y Constitución*, cit., págs. 29 y ss.

(127) Vid., por todos, Zuccala, *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo italiano*, en “*Sul problema de la rieducazione*”, cit., págs. 66 y ss.

reinsertar y en el que las opciones de conducta y las posibilidades de participación están directamente condicionadas al respeto de los valores y principios constitucionales (128).

Los medios que se dispongan para el logro de la misma, el tratamiento en definitiva, deberá respetar también los demás límites constitucionales. En primer lugar, en el inciso final del art. 25-2 —de forma coherente a los dispuesto en el art. 10-1— el derecho al desarrollo integral de la personalidad, lo que supone establecer una barrera ante cualquier género de tratamientos, incluso terapéuticos, que impliquen la lesión de los derechos naturales del hombre (129). Junto a ello, las garantías genéricas establecidas en los arts. 10 y 15 habrán de ser así mismo respetadas. En orden a la prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes, debe tenerse en cuenta su relación con las previsiones que en orden al respeto y al desarrollo integral de la personalidad se reconocen; pues esta es sin duda una garantía más amplia que aquella (130). En todo caso, el tratamiento ha de ser considerado un derecho, una oferta que se hace al individuo y de ningún modo una obligación que se le impone (131). Hacer de otra forma, reconociendo la posibilidad de imponer el tratamiento reeducativo, supondría admitir una visión unidimensionalizada de la persona

---

(128) Vid., en términos semejantes, Bricola, *Teoria generale del reato*, cit., pág. 17. Dolcini, *La commisurazione...*, cit., pág. 173 y Sola Dueñas, *Desarrollo democrático y alternativas político criminales*, cit., pág. 227.

(129) Cfr. Nuvolone, *Il rispetto della persona umana nella esecuzione della pena*, en "Trent' anni...", cit., pág. 306.

(130) Cfr. Nuvolone, *Il rispetto...*, cit., pág. 295. Mantovani, *Diritto penale*, cit., pág. 306.

(131) En el mismo sentido, Cobo-Boix, *Derechos fundamentales del condenado...*, cit., pág. 223.

que contrasta con la estructura democrática y la libertad ideológica reconocida por la Constitución (132).

### III. CONSIDERACIONES FINALES

La anterior exposición, apretada y parcial, como corresponde a unas simples "bases" para un estudio más profundo —que era lo único que por razones de espacio podíamos aquí pretender—, sirven para confirmar, sin embargo, que las características básicas que se derivan de la forma de Estado cristalizan en concreto preceptos constitucionales que tienen una directa incidencia sobre el concepto y función de la pena. Esto, y que la pena tiene que apoyarse necesariamente en la Constitución, era básicamente lo que se pretendía resaltar; sin que creo que sea necesario enumerar los muchos aspectos que han quedado pendientes. Entre ellos: la articulación, en relación a la teoría de la pena, de los principios propios del Estado de Derecho (de legalidad, irretroactividad, taxatividad, etc.); el desarrollo y concreción de la igualdad exigida por la componente democrática, que adquiere en nuestra norma fundamental muy particulares connotaciones; las exigencias derivadas de la perspectiva social, fundamentalmente centradas en la reinserción, cuyo sentido solo hemos esbozado; el tema tan crucial de la determinación de la pena, verdadero banco de pruebas de las distintas teorías y que se ve conectado directamente a las dos últimas cuestiones; y, en fin, una consideración global de las consecuencias concretas, en relación a cada clase

---

(132) Cfr. Boix, *Significación jurídico penal del art. 25-2*, cit., pág. 116.

de pena, que del planteamiento constitucional se derivan. Todo ello constituye por ahora un campo casi inexplorado, pero que ya parece inaplazable abordar; sobre todo si se tiene en cuenta que está pendiente un Proyecto de Código penal que en rigor debería estar asentado en un profundo análisis de la normativa constitucional, por ser ello imprescindible, ya se dijo, tanto desde una perspectiva política como, fundamentalmente, jurídica.