

## **DELITO, PENA Y CONSTITUCIÓN**

**GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO\***

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.- II. EL DELITO.- 1. Seguridad, principio de legalidad, tipicidad.- 2. Libertad, principio de proporcionalidad, antijuridicidad.- 3. Dignidad humana, principio de culpabilidad, culpabilidad.- III. LA PENA.- IV. LA MEDIDA DE SEGURIDAD.

### **I. INTRODUCCIÓN**

1. Ni la Constitución establece normas penales ni en consecuencia el Tribunal Constitucional tiene función alguna de interpretación penal. Constituye sin embargo un sensato lugar común de la reflexión jurídica el de la decisiva influencia de la Constitución sobre el Derecho penal. No ya sólo porque aquella sea la Norma Suprema del ordenamiento y porque tenga como una de sus funciones esenciales la del establecimiento de los valores y principios del entero sistema, sino también, de modo específico, por la cercanía del objeto del Derecho penal con buena parte de los contenidos constitucionales. En la medida en que la Constitución establece las pautas esenciales de convivencia y en la medida en que el Código Penal define los atentados más graves a la misma es en la que se ha podido decir que el Código Penal es una Constitución en negativo y que cada Constitución nace con un Código Penal debajo del brazo.

2. La Constitución española de 1978 supuso una profunda transformación del Derecho penal como consecuencia del nuevo sistema de organización política y social que establecía, y de las nuevas garantías que atribuía a los ciudadanos frente al instrumento penal que trata de preservar dicho sistema. Obligó por de pronto a modificar sustancialmente la función misma asignada al Derecho penal. El Derecho penal no debe ser en ningún caso instrumento de represión, sino garantía de libertad. El Derecho penal no debe ser medio de opresión

---

\* Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

en manos del grupo político dominante, que sirva para imponer coactivamente determinadas ideas políticas o morales, sino, al contrario, garantía de libertad moral y política, que precisamente hace posible en una sociedad pluralista el ejercicio pleno de todas las libertades reconocidas por la Constitución. El Derecho penal sirve, así, a la protección, desarrollo y disfrute de todos los derechos y libertades que la Constitución proclama.

Pero, además de este cambio radical a nivel normativo, hay que hablar asimismo de un cambio no menos radical provocado por la Constitución en la aplicación judicial del Derecho, especialmente notorio, una vez más, en el ámbito penal. Es cierto que aún no hemos dado con el sistema procesal penal que colme las exigencias constitucionales, pero no lo es menos que la Constitución ha reducido, para bien, a cenizas muchos esquemas clásicos y ha embalsamado más de la mitad de las normas procesales penales vigentes, en el decir de autorizados procesalistas<sup>1</sup>.

3. La Constitución no es pues Derecho penal ni contiene siquiera un programa penal propio – una determinada política criminal–, pero sí impone un conjunto de valores y principios que enmarcan el contenido y la aplicación de las normas penales. Sobre ellos existe ya a estas alturas un cuerpo de declaraciones del Tribunal Constitucional que permiten deducir una verdadera configuración constitucional mínima del delito y de la pena. La glosa de esa configuración en sus rasgos fundamentales<sup>2</sup> es el objeto de las siguientes líneas, dedicadas a don Aurelio Menéndez, uno de los juristas que más ha contribuido a que nuestra Constitución sea de hecho la clave de bóveda de un ordenamiento moderno y democrático.

## II. EL DELITO

1. La definición analítica del delito, que lo describe como acción típica, antijurídica y culpable, es una definición teórica y normativa. De ahí que tan cierto como que, en puridad, no corresponde al Tribunal Constitucional ni definir el delito ni catalogar la corrección de las definiciones que se propongan, lo es que sí le corresponde velar por que en la consideración de un comportamiento como tal no se vulneren los esenciales valores de seguridad jurídica, li-

<sup>1</sup> Vid. F. RAMOS MÉNDEZ, *El Proceso Penal. Lectura constitucional* (Barcelona, 1988), p. 5 y ss.

<sup>2</sup> De la que ya me ocupé más extensamente en *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional* (Madrid, 2002).

bertad, justicia y dignidad de la persona, ni los fundamentales principios de legalidad, proporcionalidad y culpabilidad que encauzan estos valores. Tan evidente como que el Alto Tribunal no tiene por qué mediar en la discusión de si, por ejemplo, la tipicidad es un elemento autónomo del delito diferente o no de la antijuridicidad, o cuáles son los límites que separan la antijuridicidad de la culpabilidad, o si existen nuevas categorías o niveles en la definición de la infracción punible, lo es, y para ello está, que debe velar por la vigencia efectiva de la Constitución y de los valores y los principios que motivan la disección analítica del delito.

Por esta vía, el Tribunal Constitucional ha tenido que pronunciarse en múltiples ocasiones sobre los requisitos que debe ostentar un comportamiento para ser catalogado como delito, en el marco de una concepción legítima del poder punitivo del Estado. En este sentido existe una elaboración jurisprudencial que permite hablar ya —como antes decíamos— de una configuración constitucional del delito, cuyos rasgos fundamentales exponemos a continuación.

## 1. Seguridad, principio de legalidad, tipicidad

1. Frente a la arbitrariedad del poder en el Antiguo Régimen, el valor de la seguridad jurídica, junto con el de la libertad, fue, posiblemente, el principal motor del surgimiento y de la conformación del Estado de Derecho. Así lo ha destacado recientemente el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, quien subraya como hitos de esta evolución de la organización colectiva las aportaciones de Rousseau, la Revolución Francesa y la codificación napoleónica<sup>3</sup>.

La seguridad respecto al Derecho no es otra cosa que la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de los comportamientos de los ciudadanos. Sin seguridad jurídica no hay ni puede haber fluidez en el funcionamiento de la sociedad. Desde la perspectiva individual, la inseguridad jurídica imposibilita además una planificación racional de la propia actividad personal, social y laboral, y la tranquilidad mínima existencial que exige nuestra concepción de la calidad de vida. Así, el principio de legalidad, cauce del valor de la seguridad jurídica, opera, de esta suerte, como garantía de la acción, permitiendo que cada cual sepa o, al menos, pueda saber, una vez concebida la acción, no cuál será su resultado histórico, lo que equivaldría a conocer lo absoluto, pero sí, por lo menos, cómo será calificada jurídicamente la acción<sup>4</sup>.

<sup>3</sup>. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas* (Madrid, 1999), p. 35.

<sup>4</sup>. Cfr. LÓPEZ DE OÑATE, *La certeza del Derecho* (Buenos Aires, 1953), p. 74.

2. El valor de la seguridad jurídica se asienta en el Derecho penal a través del principio de legalidad. Históricamente, y aún hoy, el principio de legalidad constituyó un estandarte político en la lucha contra el Antiguo Régimen, contra su *ius incertum* y contra la distancia entre el poder público y la voluntad del pueblo.

En el cumplimiento de su tarea de seguridad el principio de legalidad veda el que se pene a alguien por un determinado comportamiento sin una norma previa y pública que advierta que la sanción es la consecuencia jurídica de dicho comportamiento. Naturalmente dicha advertencia ha de ser lo suficientemente precisa como para evitar que la seguridad jurídica, que entra por la vía formal de la tipificación normativa previa de las conductas, salga de nuevo por la ventana de la indeterminación de la descripción. Como se suele señalar, sin la determinación como precipitado esencial del principio, bastaría para su respeto, desde una perspectiva extremadamente formal, la existencia de una sola norma previa y pública que atribuyera a una determinada autoridad la definición de lo penalmente ilícito y la fijación de la sanción correspondiente. Ninguna protección se generaría a la seguridad jurídica, ninguna misión estimable cabría atribuir entonces al principio de legalidad, ningún sentido garantista cabría atribuir al elemento del delito que denominamos “tipicidad”. El valor y el principio citados exigen no sólo norma previa y pública, sino norma suficientemente determinada. El mandato de determinación de las conductas penalmente sancionables es consecuencia del valor de la seguridad jurídica y parte esencial del principio de legalidad.

3. El principio de legalidad, expresión de la seguridad jurídica, exige al legislador la descripción previa y precisa del comportamiento punible y al juez la consideración de que sólo es delito la conducta que corresponde a dicha descripción. “*En rigor, dice el TC, la garantía de tipicidad, que impide que los órganos judiciales puedan sancionar fuera de los supuestos y de los límites que determinan las normas, no es más que el reverso, el complemento y el presupuesto de la garantía de determinación que ha de preservar el legislador y, en su caso, la Administración, con normas «concretas, precisas, claras e inteligibles»*”<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> F. j. 6: “Estas garantías concretan así «diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador. En este sentido se vincula ante todo con el imperio de la Ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad (STC 62/1982, f.j. 7), previsto en la Constitución como derecho fundamental de mayor alcance, así como la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales, que garantizan el art. 24.2 y el art. 117.1 C.E., especialmente cuando éste declara que los Jueces y Magistrados están «sometidos únicamente al imperio de la Ley» (SSTC 133/1987, f.j. 4; 150/1989, f.j. 5; 111/1993, f.j. 6)”. También en la STC 151/1997, f. j. 4 y en la STC 232/1997, f. j. 2.

Pero en ocasiones, la naturaleza de las cosas, la índole del objeto de prohibición, hace prácticamente inviable una descripción cerrada por parte del legislador, que se ve obligado a introducir en el tipo legal elementos normativos, que entrañan una valoración por parte del Juez. En estos casos, la delimitación final de lo punible queda reenviada parcialmente al Juez.

Así, ha resultado siempre fácil describir de manera cerrada el tipo del homicidio como “matar a otro”. Del mismo modo ha resultado siempre prácticamente imposible regular el delito de injurias sin acudir a elementos normativos. El número de acciones o expresiones que pueden resultar lesivas para el honor de otra persona tiende virtualmente al infinito y, por ello mismo, no tendría sentido alguno que el legislador pretendiese ofrecer en el texto legal un elenco cerrado de ese número indeterminado de expresiones o acciones, señalando, a su vez, la mayor o menor gravedad de cada una de ellas. Se explica, así, que en esta materia se empleen fórmulas legales como las contenidas en el art. 208 del NCP, que define a la injuria como *“la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”* y que establece la distinción entre el delito y la falta de injurias en los siguientes términos: *“Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves”*.

Fórmulas legales que reenvían a la apreciación valorativa del Juez y que, por ello mismo, en cierta medida entrañan una claudicación de la reserva de ley. Nadie sostiene hoy que la labor del Juez a la hora de aplicar la ley se reduce a establecer mecánicamente un puro silogismo. Al interpretar la ley, el Juez pondera fines, valoraciones, experiencias, realidades sociales nuevas, que pueden llevarle a aplicar la ley, a través de la obligada interpretación progresiva (art. 3.1 del C.C.), a casos que el legislador histórico no pudo siquiera imaginar.

En toda interpretación –y no sólo en la jurídica– hay, pues, una parte de creación que, en este caso, viene a integrarse en la propia ley y que, cuando proviene de un Tribunal superior, se convierte en la práctica en la norma que van a aplicar los Tribunales inferiores.

CÓRDOBA RODA ha expuesto con gran claridad y lucidez este fenómeno: *“La aplicación de la ley a la realidad es producto de un complejo proceso de concreción. En virtud de la utilización de una serie de elementos en importante medida no resultantes de la ley, sino introducidos por el propio juzgador, es referida la misma desde su formulación abstracta a los particulares casos*

*integrantes de la práctica, formándose, así, progresivamente, a partir del texto legal y con el concurso de doctrina y jurisprudencia, la normativa que en constante evolución rige la conducta del hombre en sociedad*"<sup>6</sup>.

El déficit de seguridad que ello supone es en cierta medida inevitable, aunque el propio sistema lucha contra la indefinición por diversas vías. Exigiendo nitidez en la descripción legal de la parte esencial de los elementos del tipo, exigiendo que los criterios judiciales de determinación sean racionales y razonablemente utilizados, unificando las interpretaciones a través de un órgano judicial encargado de fijar la jurisprudencia y de uniformarla.

4. Las reflexiones del Tribunal Constitucional relativas al principio de legalidad tienen sus hitos principales en las SSTC 62/1982, 127/1990, 89/1993, 137/1997, 1517/1997, 120/1998 y 142/1999. Pueden resumirse del modo siguiente<sup>7</sup>.

El cauce de la ley, ordinaria u orgánica, trata de garantizar algo tan importante para una organización social racional como que la grave restricción de derechos fundamentales que se impone a un ciudadano como reproche y castigo, no pueda ser decidida por cualquiera, ha de ser prevista necesariamente por el Poder Legislativo y no de cualquier modo. Sólo el Parlamento en cuanto representación inmediata de la soberanía popular puede definir delitos y asociar penas a su comisión, y sólo tras el debate plural y formalizado que exige el procedimiento legislativo.

Tan esencial garantía de legitimidad democrática puede verse defraudada a través de normas penales imprecisas. En efecto, tras la fachada formal de la ley y tras la apariencia de la autoría parlamentaria de la decisión que incorpora, la vaguedad de la norma equivaldrá a una delegación *de facto* a los órganos correspondientes del Poder Judicial, que serían los que determinasen en definitiva las dimensiones de la norma: qué se pena o cuánto se pena.

A este efecto de las normas imprecisas, contrario a la garantía que incorpora el principio de legalidad, ha de unirse el más obvio relativo a la inseguridad que generan. Como la norma penal no especifica suficientemente qué es lo que prohíbe o qué consecuencias asigna al infractor, resultará que los destinatarios de la norma —los sujetos activos potenciales del delito y la sociedad ente-

<sup>6</sup> Presentación de *Comentarios al Código Penal*, I, de J. Córdoba Roda y G. Rodríguez Mourullo (Barcelona, 1972), p. VII.

<sup>7</sup> Para mayor detalle, v. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, cit., pp. 26 y ss.

ra respecto a sus expectativas relativas a las conductas de los ciudadanos— se sentirán jurídicamente inseguros, cosa que les acarrearán recortes en el ejercicio de su libertad, dictados por la prudencia o por el desasosiego.

Existen, pues, poderosas razones axiológicas y de organización social para que las normas sean precisas y para que lo sean en la mayor de las medidas posibles. Ahora bien, como ha destacado la jurisprudencia constitucional, tal precisión tiene unos límites lógicos —la precisión máxima comportaría la descripción exhaustiva de cada comportamiento prohibido individualizado por su autor y por sus circunstancias— y unos costes de justicia que avanzan con la especificación de los comportamientos. Una norma rígida en exceso puede dejar fuera importantes atentados contra el bien jurídico protegido, que, en cambio, una norma más flexible es capaz de cubrir a través de una razonable subsunción judicial.

Aquella imposibilidad de concreción máxima y estos inconvenientes de una precisión excesiva motivan una jurisprudencia constitucional que admite la utilización de conceptos indeterminados en las normas penales hasta cierto punto y con ciertas condiciones. El punto viene dado por el respeto esencial a los valores de democracia y de seguridad jurídica que informan el principio de legalidad. El margen de imprecisión es tolerable siempre que los rasgos esenciales del comportamiento prohibido y de la pena se expresen en la norma penal, de modo que los ciudadanos puedan desarrollar razonablemente su libertad sin miedo a penas sorpresivas y puedan confiar en que las sanciones más graves que pueden recaer sobre ellos son el fruto de una decisión de sus representantes.

Las condiciones de utilización de conceptos jurídicos indeterminados vendrán dadas por su necesidad para la protección del bien jurídico en cuestión y por su fácil determinabilidad con pautas racionales.

## **2. Libertad, principio de proporcionalidad, antijuridicidad**

1. Así como a sus reflexiones sobre la tipicidad llega el Tribunal Constitucional partiendo del valor “seguridad jurídica” y a través del principio de legalidad, a los límites materiales de la antijuridicidad llega por medio del principio de proporcionalidad desde los derechos fundamentales en su conjunto y, significativamente, desde el valor genérico de la libertad o autonomía personal. Y su punto de llegada es extraordinariamente trascendente. De un lado, la norma penal no puede proteger bienes constitucionalmente proscritos o so-

cialmente irrelevantes. De otro, dicha protección ha de ser necesaria y proporcionada, lo que a la vista de la gravedad propia de la reacción penal, comporta que las conductas punibles deben ser graves y los bienes protegidos deben tener cierta trascendencia individual o social.

2. El principio de proporcionalidad encauza hacia el ordenamiento jurídico-penal la vigencia del valor “libertad” entendido genéricamente como autonomía personal. Si tal autonomía se constituye, si no en el principal, en uno de los ejes axiológicos fundamentales del sistema democrático de organización y de convivencia social, resultará que las normas penales, en cuanto singularmente restrictivas de la libertad, sólo encontrarán legitimación en su funcionalidad para generar más libertad de la que sacrifican. En otro caso las calificaremos de normas injustificadas por desproporcionadas. Tal desproporción podrá provenir, por de pronto, de la falta de necesidad de la pena, en el sentido de que una pena menor o una medida no punitiva pueden alcanzar los mismos fines de protección con similar eficacia. Estamos ante el tradicional postulado liberal de *ultima ratio legis*, en ocasiones denominado también de intervención mínima<sup>8</sup>. Por la dureza de sus recursos, que suponen la privación o restricción de los más preciados bienes del individuo (vida, libertad, honores, derechos profesionales), el Derecho penal debe utilizarse siempre como el último remedio jurídico para la resolución del conflicto que representa el comportamiento antijurídico<sup>9</sup>.

El segundo foco de desproporción no radica en el exceso de la pena en comparación con medidas de menor intensidad coactiva, sino en el exceso en la comparación directa de la pena con la lesividad de la conducta. A este segundo tipo de análisis interno de proporcionalidad suele denominarse juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Presupuesto, en cualquier caso, de ambos juicios de proporcionalidad es que el bien jurídico-penal sea una condición de libertad —que la norma aporte, amén de inconvenientes, ventajas en términos de libertad— y que la pena sea cualitativamente idónea —que sea instrumental— para alcanzar los fines de protección perseguidos. Sin estos dos presupuestos no puede haber ya ganancias en términos de libertad que compensen las pérdidas de autonomía personal que inexorablemente acarrea la intervención penal<sup>100</sup>.

<sup>8</sup>. Aunque a este principio se le adjudica también un contenido más amplio, que se identificaría con el entero principio de proporcionalidad.

<sup>9</sup>. La STC 341/1993 alude al carácter “*fragmentario y subsidiario del Derecho penal*” (f. j. 9 a).

<sup>10</sup>. Para todo lo anterior, v. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La proporcionalidad de la norma penal*, en “Cuadernos de Derecho Público”, 5, 1998, pp. 159 y ss.

3. El desarrollo del principio de proporcionalidad, y sus consecuencias para la determinación de las conductas legítimamente reprimibles mediante pena y para la determinación de los bienes jurídicos penalmente protegibles, es un fruto reciente de la jurisprudencia constitucional. La primera de las sentencias que aborda el tema en profundidad es la 55/1996. A ella le siguen la 161/1997 y la 136/1999<sup>11</sup>.

La doctrina de la proporcionalidad de la jurisprudencia constitucional tiene dos puntos de partida. El primero es el de que “*no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales*”, sino, en lo esencial, una regla de tratamiento de los derechos fundamentales<sup>12</sup>.

El segundo punto de partida, que conduce a un juicio de constitucionalidad extremadamente cauteloso, está constituido por «*la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. En el ejercicio de dicha potestad el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática*»<sup>13</sup>.

4. Con el principio de proporcionalidad tienen también mucho que ver las causas de justificación. La idea última que explica que justifiquemos la lesión típica de un bien jurídico es la de que, contempladas todas las consecuencias valorativas de la conducta, la misma no ha sido socialmente nociva, bien porque en realidad no haya lesionado interés relevante alguno, bien porque la lesión se haya debido a la preservación de un bien preponderante<sup>14</sup>.

Obviamente no es tarea del Tribunal Constitucional la de interpretar las normas que contienen causas de justificación, ni la de dilucidar si un concreto hecho típico está justificado. Todo ello es interpretación y aplicación de la le-

<sup>11</sup>. Para mayor detalle, v. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, cit., pp. 75 y ss.

<sup>12</sup>. STC 136/1999, f.j. 22.

<sup>13</sup>. STC 136/1999, f. j. 22; también en SSTC 55/1996, f.j. 6; 161/1997, f.j. 9.

<sup>14</sup>. Sobre todo ello, recientemente, en profundidad, MOLINA FERNÁNDEZ, *El estado de necesidad como ley general. (Aproximación a un sistema de causas de justificación)*, en “Revista de Derecho penal y Criminología”, núm. ext. 1, 2000, pp. 199 y ss.

galidad penal y está constitucionalmente confiado a los órganos del Poder Judicial. En ciertas ocasiones, sin embargo, la alegación de justificación, la queja de un recurrente por haber sido condenado a pesar de que su conducta era inocua o incluso socialmente positiva, se sustenta en que su conducta constituía precisamente el ejercicio de un derecho fundamental. De ser cierto, la pena supone por ello la vulneración de un derecho fundamental, con lo que, si el derecho es susceptible de amparo, se abre la competencia del Tribunal Constitucional como tribunal supremo en materia de derechos fundamentales.

El supuesto prototípico de recurso de amparo en el que se invoca que se ha desconocido una causa de justificación es el de condena por injurias o calumnias en el que el condenado considera que actuaba en el ejercicio legítimo de su derecho de expresión o de información. A la ponderación de este conflicto entre derechos fundamentales (honor y libertades de expresión e información) ha dedicado el Tribunal Constitucional una abundante jurisprudencia<sup>155</sup>.

5. En suma, no corresponde al Tribunal Constitucional la definición, la ubicación o el tipo de contenido abstracto (objetivo o subjetivo) de la antijuridicidad. Ahora bien, en la medida en que el delito es forzosamente un comportamiento antijurídico y en la medida en que la Constitución sí que pone límites a la potestad punitiva del Estado, al qué y al cómo castigar, encontramos, en sede de principio de proporcionalidad, una jurisprudencia constitucional que restringe la antijuridicidad material a los comportamientos que no constituyan el ejercicio legítimo de un derecho fundamental y que atenten de un modo grave a bienes individual o socialmente relevantes y coherentes con la axiología constitucional.

### 3. Dignidad humana, principio de culpabilidad, culpabilidad

1. El tercero de los elementos de la definición normativa del delito es la culpabilidad. Su pacífica incorporación a los presupuestos de la pena proviene de la arraigada convicción, positivizada singularmente con el Estado de Derecho, de que, incluso aunque ello sea eficaz para ciertos fines loables de protección, contraría la dignidad del hombre su castigo por algo que no ha hecho, por su simple manera de ser, por comportamientos que no puede dominar, por la infracción de normas que ni conocía ni podía conocer, por conductas cuya alternativa nos parece inexigible. El principio de culpabilidad, cauce normativo

<sup>155</sup> V. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, cit., pp. 79 y ss.

de esta valoración, exige así, expresado ahora en positivo, que al penado se le pueda reprochar personalmente la realización del hecho injusto.

2. No hay duda de que nuestra Constitución recoge el principio de culpabilidad. Así lo señala la doctrina, la jurisprudencia penal y, como veremos, la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, como no se trata de una recepción expresa, sino inferida de otros valores, principios y derechos, se discute acerca de cuál es su concreta ubicación constitucional.

El propio Tribunal Constitucional elude un pronunciamiento nítido en torno a la ubicación constitucional del principio, aunque en algunas resoluciones parece encontrarlo en el artículo 24.2, en la proclamación del derecho a la presunción de inocencia. Esta localización constitucional abre la vulneración del principio de culpabilidad al recurso de amparo. La apertura de este cauce tiene una gran trascendencia para posibilitar la demanda de protección constitucional a la persona afectada, cosa que no sucedería si el Tribunal Constitucional identificara la vulneración del principio de culpabilidad con la del libre desarrollo de la personalidad —a imitación de su homólogo alemán<sup>166</sup>—, con la de la dignidad de la persona o con la del valor “justicia”.

3. Con independencia de la trascendente cuestión de la ubicación, el Tribunal Constitucional sí que ha sido rotundo en la proclamación de la vigencia del principio de culpabilidad en nuestro ordenamiento constitucional. Así, la STC 150/1991 afirma que “*la C.E. consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal*”<sup>177</sup>.

Sin embargo, más allá de su proclamación como principio, necesaria ante la falta de expresividad al respecto del texto constitucional, no ha procedido a definirlo ni a catalogar sus consecuencias. Incluso, consciente de los límites de su jurisdicción, ha eludido expresamente toda mediación o manifestación referente a la polémica doctrinal relativa a los presupuestos filosóficos, a la localización y a las consecuencias que en el sistema de la teoría jurídica del delito tiene la culpabilidad. Con rotundidad afirma la importante STC 150/1991 que la consagración constitucional del principio de culpabilidad “*no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo, como es el de la `normalidad de la motivación`*”<sup>188</sup>.

4. Con ello, naturalmente, no terminan los pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional en relación con el principio de culpabilidad. El que

---

<sup>166</sup> BVerfG 20, 331.

<sup>177</sup> F. j. 4. a).

<sup>188</sup> F. j. 4.

no se haya visto como necesaria la definición del principio y la catalogación de sus consecuencias no comporta el que el Tribunal Constitucional no haya ido enunciando algunas manifestaciones del principio en el marco de su tarea y al hilo de cuestiones tan relevantes como la constitucionalidad de la reincidencia, el arresto sustitutorio, la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y la responsabilidad penal del representante de otro<sup>199</sup>.

Precisamente respecto a la responsabilidad penal del representante de otro, se ha opuesto el Tribunal Constitucional –en STC 253/1993– a una lectura objetivista del artículo 15 bis del Código Penal anterior, correlativo al artículo 31 del vigente. El Tribunal Constitucional advirtió que la incorporación del artículo 15 bis al Código Penal (hoy 31) “no vino en modo alguno a introducir una regla de responsabilidad objetiva que hubiera de actuar indiscriminada y automáticamente, siempre que, probada la existencia de una conducta delictiva cometida al amparo de una persona jurídica, no resulte posible averiguar quiénes, de entre sus miembros, han sido los auténticos responsables de la misma, pues ello sería contrario al derecho a la presunción de inocencia y al propio tenor del precepto (...). Del citado precepto no cabe inferir que no hayan de quedar probadas, en cada caso concreto, tanto la real participación en los hechos de referencia como la culpabilidad en relación con los mismos”<sup>20</sup>.

El principio de culpabilidad comporta, por lo demás, que sólo se puede responder por hechos y no por caracteres personales o por formas de ser supestamente peligrosos para los bienes que se pretende defender. “No sería constitucionalmente legítimo”, asegura el Tribunal Constitucional, “un Derecho penal ‘de autor’ que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos” (STC 150/1991).

### III. LA PENA

1. Nos ocupamos ahora, en el segundo epígrafe de este trabajo, de los límites constitucionales del otro de los elementos lógicos de la norma penal<sup>211</sup>, que es la pena.

<sup>19</sup>. Para mayor detalle, v. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, cit., pp. 87 y ss.

<sup>20</sup>. F. j. 3

<sup>21</sup>. El primero, obviamente, no es el delito, sino el precepto cuya vulneración calificamos como delito.

Desde la Filosofía del Derecho, HART ha señalado cinco rasgos definitorios de la pena. El primero de ellos se refiere a su contenido y lo califica como la privación de un bien, lo que conduce al "*dolor o a otras consecuencias normalmente consideradas no placenteras*"<sup>222</sup>. El segundo rasgo alude al supuesto de la pena, que es la infracción de una norma penal. ROSS indica al respecto que debe añadirse a este requisito el de la desaprobación frente a la valoración de la regla y, por lo tanto, el del reproche del transgresor<sup>233</sup>. La tercera característica de la pena radica en la coincidencia entre el autor de la infracción y el sujeto que sufre la sanción<sup>244</sup>. La cuarta característica desarrolla en parte la segunda, al indicar que la privación ha de ser impuesta por uno o varios hombres de un modo intencional<sup>255</sup>. Con ello se diferencia la pena de otros fenómenos naturales convulsivos y de otros medios coactivos, como, por ejemplo, la cuarentena, que también "*producen habitualmente sufrimiento y efectos desagradables para sus destinatarios*"<sup>266</sup>. El quinto y último rasgo de la pena señala que la misma ha de ser impuesta por la "*autoridad constituida por un sistema jurídico en contra del cual se ha cometido la violación*"<sup>277</sup>.

<sup>22</sup>. *Introducción a los principios de la pena*, en *Derecho y moral. Ensayos analíticos* – dir. por J. Betegón y J. R. de Páramo – (Barcelona, 1990), p. 165.

<sup>23</sup>. El matiz puede ser importante de cara al análisis de la función meramente simbólica del Derecho penal: "*el reproche, por lo tanto, no es simplemente un juicio moral que se formula acerca de alguien. Es a la vez, y en sí mismo, una sanción; el reproche produce sufrimiento, o por lo menos cierto desagrado a la persona contra quien va dirigido. Cuando se causa al transgresor un sufrimiento adicional en la forma de castigo en sentido jurídico, ese sufrimiento adicional puede ser entendido como que se lo pide, tanto por los miembros de la comunidad como por el transgresor mismo, como una ampliación de la hostilidad ya transmitida en la expresión de desaprobación*" (*La finalidad del castigo*, en *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, 1976, pp. 156 y s.).

<sup>24</sup>. "*Tiene que aplicarse a uno culpable, real o supuesto, por la violación cometida*" (HART, *Introducción a los principios de la pena*, cit., p. 165). Como podrá observarse, y como observa el propio HART (p. 166), es dudoso que éste constituya un rasgo esencial de la pena y no un rasgo de la pena informado por un cierto criterio de legitimidad. De hecho, su inclusión en el concepto parece constituir una "barrera definicional" levantada desde el utilitarismo para responder a ciertas críticas de algunos retribucionistas. BETEGÓN indica, sin embargo, que "*el discriminar a alguien infligiéndole sufrimiento de algún tipo, y conociendo que no existen razones que lo justifiquen, es algo para lo que un término como 'victimización', por ejemplo, puede resultar mucho más apropiado que 'castigo'*" (*La justificación del castigo*, Madrid, 1992, pp. 173 y s.).

<sup>25</sup>. "*Tiene que ser infligido de manera intencional por seres humanos distintos del culpable*" (HART, *Introducción a los principios de la pena*, cit., p. 165).

<sup>26</sup>. HART, *Introducción a los principios de la pena*, cit., p. 203.

<sup>27</sup>. HART, *Introducción a los principios de la pena*, cit., p. 165.

2. La suma de estos rasgos puede ya resultarnos satisfactoria. Se trata de un concepto amplio de sanción que responde al uso habitual de los lenguajes coloquial y jurídico y que resulta funcional para una atribución adecuada de garantías materiales y procedimentales desde una determinada perspectiva de justicia. No nos interesan al respecto, por ejemplo, las puras indemnizaciones, las multas coercitivas o las medidas cautelares, que también pueden constituir privaciones de bienes impuestas intencionalmente por la autoridad, pero que no encuentran su causa directa en la infracción de una prohibición, sino en la producción de un daño, en la evitación de un daño o en la mera probabilidad de infracción.

*El Tribunal Constitucional se ha visto obligado, porque así lo exigían las soluciones demandadas, a la realización de reflexiones globales acerca de la naturaleza y la finalidad de las sanciones, trazando la diferencia entre éstas y las multas administrativas coercitivas y ciertos recargos tributarios, y ello para decidir si en relación con tales multas y recargos resultaba exigible la predeterminación normativa, la sujeción a proporcionalidad y el establecimiento del procedimiento contradictorio propios del ius puniendi.* La doctrina emanada al respecto se encuentra en las SSTC 239/1998 y 164/1995<sup>288</sup>.

3. Pero el grueso de la jurisprudencia constitucional en materia de pena se centra sobre las funciones de la misma, como no podía ser menos a la vista de la expresa declaración del art. 25.2 de la C.E. de que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social.

La ausencia de cualquier otra mención a las funciones de la pena ha llevado a que sobre la mesa del Tribunal se hayan suscitado con alguna frecuencia las cuestiones de si tal función ha de ser la única función constitucionalmente admisible de la pena con lo que, por ejemplo, sólo sería admisible la pena (o, al menos, la pena de prisión) para sujetos que necesiten resocialización y mientras la necesiten o, si al menos, ha de ser la función preponderante de la pena o si, en cualquier caso, ha de concurrir entre las funciones de la pena.

En relación con lo anterior, la ubicación del precepto entre los que contienen derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional suscitó además la cuestión de si existía un derecho fundamental a la reeducación y reinserción social y, en su caso, la de cuál era su contenido.

---

<sup>288</sup>. Para mayor detalle, v. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, cit., pp. 99 y ss.

Pronto tuvo oportunidad, pues, el Tribunal de abordar estas cuestiones. Y lo hizo con la elección de una lectura cauta y, desde perspectiva de garantías para el imputado y para el condenado, restrictiva del precepto en cuestión. El resultado de su reflexión interpretativa es, en síntesis, el siguiente: el artículo 25.2 C.E. no expresa una función única de la pena, ni contiene un pronunciamiento sobre las funciones de la pena. Tampoco contiene un derecho subjetivo, sino tan sólo un mandato vinculante al legislador penitenciario y a la administración penitenciaria acerca de cómo deben configurar la ejecución de cierto tipo de penas, las privativas de libertad. Este mandato no comporta, no obstante, que cada aspecto de la vida penitenciaria haya de venir regido sólo o principalmente por el mandato de resocialización.

Así, la STC 18/1988 señala que *“dispone (...) la Norma fundamental, en efecto, que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social», pero de esta declaración constitucional no se sigue ni el que tales fines reeducadores y resocializadores sean los únicos objetivos admisibles de la privación penal de la libertad ni, por lo mismo, el que se haya de considerar contraria a la Constitución «la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicho punto de vista» (Auto de la Sala Primera, de 19 de noviembre de 1986, Asunto 780/86). (...) La reeducación y la resocialización –que no descartan, como hemos dicho, otros fines válidos de la norma punitiva– han de orientar el modo de cumplimiento de las privaciones penales de libertad en la medida en que éstas se presenten, principalmente por su duración, a la consecución de aquellos objetivos, pues el mandato presente en el enunciado inicial de este art. 25.2 tiene como destinatarios primeros al legislador penitenciario y a la Administración por él creada, según se desprende de una interpretación lógica y sistemática de la regla, y sin perjuicio de que la misma pueda resultar trascendente a otros efectos, de innecesaria consideración ahora”<sup>299</sup>. De ello se sigue, en primer lugar, que “el art. 25.2 C.E. no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la Constitución ni, desde luego, de entre los posibles –prevención especial, retribución, reinserción, etc.– ha optado por una concreta función de la pena en el Derecho penal”<sup>300</sup>. De ello se sigue también que “el art. 25.2 no contiene un derecho fundamental a la reinserción social”<sup>311</sup>, pues ni siquiera “es fuente en sí mismo de derechos subjetivos en favor de los condenados a penas privativas de libertad”<sup>322</sup>. No existe siquiera*

<sup>29</sup>. F. j. 9; también, entre otras, SSTC 28/1988, f. j. 2; 172/1989, f. j. 2.

<sup>30</sup>. SSTC 150/1991, f. j. 4; 55/1996, f. j. 4.

<sup>31</sup>. STC 75/1998, f. j. 2.

<sup>32</sup>. SSTC 79/1998, f. j. 4; 88/1998, f. j.3.

*“un derecho subjetivo a que cada aspecto de la organización de la vida en prisión se rija exclusivamente por el mismo, con independencia del también «fin primordial» de las instituciones penitenciarias de «retención y custodia de detenidos, presos y penados» (art. 1 L.O.G.P.), que comporta «garantizar y velar por la seguridad y el buen orden regimental del centro» (SSTC 57/1994, 129/1995, 35/1996)”<sup>333</sup>.*

Concreciones de la doctrina anterior son las de que la orientación que establece el artículo 25.2 C.E., en cuanto que no es exclusiva y en cuanto que se refiere fundamentalmente al régimen penitenciario, no impide la sanción penal al autor de un delito que ya no puede reincidir en él (STC 55/1996), ni veda la previsión o la imposición de penas privativas de libertad breves, que no permiten, precisamente por su brevedad, dispensar un tratamiento al condenado (STC 19/1988).

#### IV. LA MEDIDA DE SEGURIDAD

1. Como es sabido, el Derecho penal reacciona hoy ante el delito no sólo con penas, sino también con medidas de seguridad y corrección. En este sentido, la tradicional denominación Derecho penal ha quedado desbordada por el actual contenido de esta rama jurídica. Que, pese a ello, se siga usando la expresión “Derecho penal” se justifica porque la pena continúa siendo, con diferencia, el medio de reacción más importante contra el delito y porque el Derecho penal no es “el” Derecho de medidas.

En efecto, el Derecho penal se ocupa únicamente de las medidas que tienen como presupuesto ciertos estados de peligrosidad, concretamente los manifestados a través de conductas penalmente típicas y antijurídicas. De otros estados peligrosos se encargan el Derecho civil, el Derecho administrativo y el Derecho procesal.

Así, en el ámbito penal, la medida de seguridad es la consecuencia jurídica del estado de peligrosidad de una persona cuando ésta no es plenamente imputable y cuando aquél aparece ratificado por un comportamiento antijurídico<sup>344</sup>. El contenido material de la medida está constituido por un tratamiento tendente a controlar o eliminar el estado de peligrosidad del sujeto y que puede tener un ca-

<sup>333</sup>. STC 119/1996, f. j. 4.

<sup>344</sup>. Debe matizarse que no siempre la conducta antijurídica del inimputable o del semii-imputable es reveladora de peligrosidad. No lo será, por ejemplo, si actúan en una situación de inexigibilidad o, salvo excepciones –salvo que el error revele precisamente tal peligrosidad–, con error invencible de tipo o de prohibición.

riz asegurativo, educativo, curativo o asistencial<sup>355</sup>. Dicho tratamiento, que se impone coactivamente, que priva del derecho a la libertad en un sentido genérico por el mero hecho de ser impuesto, no tiene necesariamente, sin embargo, un sentido de privación de derechos<sup>366</sup>. Este rasgo constituiría una primera nota diferencial en relación con la pena. La razón de la medida, por lo demás, no es un comportamiento delictivo, sino un estado de peligrosidad<sup>377</sup> y, por lo tanto, como acentúa Ross, decae el reproche y la desaprobación propios de la pena<sup>388</sup>. La privación de derechos, cuando se produce, lo que sucede en la mayor parte de los supuestos, es un mero subproducto, no constituye parte esencial de la razón de ser de la medida, que no responde nunca a una intencionalidad aflictiva.

*2. Las dos primeras sentencias del Tribunal Constitucional en materia de medidas de seguridad hubieron de referirse a las denostadas –justificadamente– medidas de seguridad previstas en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970. En ambos casos la imposición de medidas se produjo con independencia de las actuaciones propiamente penales que se seguían en relación con los mismos hechos.*

*La respuesta del Tribunal Constitucional a la demanda de reconocimiento de vulneración de derechos fundamentales fue contundente. Las medidas acordadas, “medidas de seguridad con anticipación a la punición de la conducta penal” y en concurrencia sobre un mismo hecho con la pena (STC 23/1986<sup>399</sup>), suponían una quiebra del principio de legalidad (art. 25.1 C.E.), de la proscripción del *bis in idem* (art. 25.1) y del derecho a la presunción de inocencia (STC 21/1987<sup>40/41</sup>).*

<sup>35</sup>. A. BERISTAIN IPIÑA, *Medidas penales en el Derecho contemporáneo*, (Madrid, 1974), p. 49 y s., define en general las medidas como “medidas asistenciales”.

<sup>36</sup>. En este último sentido, D. LUZON PEÑA, *Alcance y función del Derecho penal*, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, 1989, p. 25.

<sup>37</sup>. En síntesis de B. SCHÜNEMANN, “una medida se aplica para evitar un peligro futuro proveniente del autor individual y que ha sido puesto de manifiesto por el hecho, esto es, responde a una motivación puramente preventivo-especial, mientras que la pena constituye una respuesta represiva a la infracción de la norma, obligada para el mantenimiento general de ésta”, *La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo*, en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales* (Madrid, 1991), p. 166.

<sup>38</sup>. A. ROSS, *La finalidad del castigo*, cit., p. 158.

<sup>39</sup>. F.j. 1.

<sup>40</sup>. F.j. 3.

<sup>41</sup>. Para mayor detalle, v. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, cit., pp. 125 y ss.

*Obvio es decir que algunas de las afirmaciones del Tribunal Constitucional, dogmáticamente incorrectas en su abstracción, sólo se entienden en el presupuesto de que las sedicentes “medidas de seguridad”, previstas en la Ley de 1970, no eran en realidad sino sanciones penales que prescinden de la legalidad, de la proporcionalidad – al sumarse a las penas – y de la presunción de inocencia. Sólo desde estos presupuestos deben entenderse las afirmaciones relativas a que, a tenor del artículo 25.1 C.E., “no caben medidas de seguridad sobre quien no haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal” (STC 23/1986<sup>422</sup>) o a que las medidas de seguridad afectan plenamente al principio de presunción de inocencia. Debe recordarse que, en puridad, las medidas de seguridad presuponen precisamente la ausencia de culpabilidad total o parcial en el autor del hecho disvalioso y que la aplicación a las mismas del principio de presunción de inocencia sólo es posible a partir de una indispensable extensión del mismo a cualquier comportamiento que comprenda una reacción relevantemente aflictiva.*

3. Dos cuestiones han atraído primordialmente la atención del Tribunal Constitucional en materia de medidas de seguridad: su relativa indeterminación y su proporcionalidad.

A) El Tribunal Constitucional ha reconocido la relativa indeterminación de la previsión del tipo y de la duración de las medidas, que responde “*al hecho de que ambos [aspectos] se establecen en función de un dato aleatorio como es la evolución de la peligrosidad social, y no de un dato cierto y previamente conocido como pueda ser la duración de la pena que le hubiera correspondido de haber configurado las medidas de seguridad como respuesta a la culpabilidad del sujeto responsable de la acción delictiva*” (STC 24/1993<sup>433</sup>).

Naturalmente que este margen de indeterminación, forzosamente superior al de la pena, no puede conducir legítimamente a un sistema indefinido de medidas abandonado a la pura discrecionalidad judicial. El derecho a la libertad en juego y la propia finalidad legitimadora de las medidas imponen tanto un acompasamiento de las mismas al tipo y al grado de peligrosidad del sujeto, como su consecuente inmediata supresión cuando la peligrosidad haya desaparecido (SSTC 24/1993<sup>444</sup>, 36/1991<sup>455</sup>).

B) La segunda gran preocupación de legitimación suscitada por las medidas de seguridad es la de su sometimiento al principio de proporcionalidad.

---

<sup>42.</sup> F.j. 1.

<sup>43.</sup> F.j. 2.

<sup>44.</sup> F.j. 5.

<sup>45.</sup> F.j. 7.

Ninguna duda al respecto despierta la afirmación de tal sometimiento por parte del Tribunal Constitucional, aunque sí alguna de las concreciones del mismo, como lo es la de insuperabilidad de la duración de la medida privativa de libertad de la duración de la pena correspondiente para la realización del mismo comportamiento por parte de un sujeto plenamente imputable.

La jurisprudencia constitucional es en este punto vacilante. En algunas sentencias se asegura que el baremo de proporcionalidad de las medidas de seguridad se encuentra en la duración de las penas y que es desproporcionada – inconstitucionalmente desproporcionada– toda medida privativa de libertad que supere en duración a la pena prevista para el hecho cometido (SSTC 36/1991, 617/1998). Criterio que viene a coincidir con lo que, en el plano de la legislación ordinaria, dispone ahora el art. 6.2 del Código Penal.

En la Sentencia 24/1993, el Tribunal Constitucional sostiene, sin embargo, con rotundidad y a mi juicio con mayor acierto<sup>46</sup>, que ni en los artículos 14, 17 y 25 ni en ningún otro lugar de la Constitución “*puede hallarse indicio alguno que impida al legislador regular con criterios dispares las características y la duración de las medidas de seguridad en relación con las penas. El juicio de proporcionalidad entre las penas y las medidas de seguridad es competencia del legislador, que la establece o no en función de los objetivos de política criminal que adopte dentro del respeto a los derechos fundamentales que toda persona posee en un estado social y democrático de Derecho, como el que consagra la C.E. en su artículo 1.1*”.

---

<sup>46</sup>. V. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, cit., pp. 131 y ss.