



## David Isidro Carpio i Briz

Doctor en Dret.  
Professor Lector de Dret  
Penal de la Universitat de  
Barcelona



David Isidro Carpio i Briz

# Constitució i sistema penal. Una visió profutur per a la ciència i la legislació penal andorrana

1- Por ejemplo, en cuanto a su creación mediante la costumbre, Cfr. HIGUERA GUIMERÁ, J.F., "El sistema de fuentes del Derecho penal en el Principado de Andorra", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 561-571.

**Resum:** La proposta d'aproximació al dret penal andorrà que aquí s'ofereix es realitza des d'un concret model aspiracional de Dret que advoca pel reforçament d'un sistema jurídic-punitiu eficient i garantista, que emergeixi de la normativa, context i procés circumscrits a la Constitució Andorrana de 1993 i que, per tant, sigui al seu torn compatible amb el sistema de garanties de l'ordre públic europeu que el Principat va incorporar i en el nucli es troben mètodes i principis jurídic-penals inspiradors del sistema, com són l'argumentació legislativa i la cultura dels drets humans.

**Resumen:** La propuesta de aproximación al derecho penal andorrano que aquí se ofrece se realiza desde un concreto modelo aspiracional de Derecho que aboga por el reforzamiento de un sistema jurídico-punitivo eficiente y garantista, que emerja de la normativa, contexto y proceso circunscritos en la Constitución Andorrana de 1993 y que, por lo tanto, sea a su vez compatible con el sistema de garantías del orden público europeo que el Principado incorporó y en cuyo núcleo se encuentran métodos y principios jurídico-penales inspiradores del sistema, como son la argumentación legislativa y la cultura de los derechos humanos.

### 1. Introducció

El Derecho penal Andorrano mediante la aprobación del Código penal de 1990 y de la propia Constitución, tres años más tarde, superó, en muchos aspectos, su arcaísmo premoderno,<sup>1</sup> adhiriéndose con plena consciencia hacia una **proyección europea e internacionalista** a través de la asunción de un modelo penal fundamentado en el paradigma jurídico-político del Estado de Derecho democrático y social;<sup>2</sup> al modo de la Constitución Italiana de 1947, de la Alemana de 1949 o de la Española de 1978. Todas ellas, con sus propias particularidades, prefijan mediante esta forma de Estado

un modelo político-criminal de derecho penal debido a la operatividad normativa de los valores, mandatos y derechos constitucionales como límite y, según definiendo, también como fundamento de toda previsión legislativa y aplicativa del *ius puniendi*.<sup>3</sup> Adentrarse por dichos vericuetos requiere de una interpretación, del texto y el contexto de cada Constitución, que se enfrente tanto al positivismo metódico formalista —al menos en lo concerniente a su premisa de que *el Derecho que es, no depende del Derecho que debe ser*— como al constitucionalismo de corte iusnaturalista que en materia punitiva deviene en un verdadero peligro para la seguridad jurídica. No obstante, además, ello debe conjugarse con la cultura occidental de los derechos humanos como eje nuclear del Estado Constitucional de Derecho<sup>4</sup> en tanto matriz del sistema constitucional europeo. El Principat d'Andorra, con la firma el 10 de noviembre de 1994 del Convenio Europeo de Derechos humanos y de los posteriores protocolos de desarrollo,<sup>5</sup> se incorpora plenamente en el sistema constitucional europeo, lo que debería tener no pocas consecuencias en la conformación científica de derecho penal andorrano, como se verá más adelante.

## 2. Aproximación constitucional al Derecho penal

La mayoría de las constituciones promulgadas tras la segunda guerra mundial encierran un programa que viene a justificar la comprensión del *Derecho que existe según el Derecho que debiera existir*. A DWORKIN se le debe el haber acuñado el denominado *concepto aspiracional del Derecho*, que explica este planteamiento metódico del constitucionalismo contemporáneo.<sup>6</sup>

Entiendo, por las razones aducidas anteriormente, que desde la Constitución Andorrana (en adelante CA) también se esbozan los rasgos fundamentales del sistema punitivo debido a su carácter normativo, su orientación axiológica y su función política fuertemente determinada por el contexto preconstitucional; tal y como se ha planteado la academia italiana<sup>7</sup> y, en España, a partir de la obra de SANTIAGO MIR.<sup>8</sup> El enfoque propuesto es plausible si se parte de una premisa basal del sistema constitucional de Derecho: la plena normatividad jurídica de la Constitución, así como su supremacía y vinculatoriedad para el conjunto de los ciudadanos y los poderes públicos (3.1 CA).<sup>9</sup>

2- Así se define el Estado independiente de Andorra en el artículo 1 de la Constitución de 1993: "Andorra és un Estat independent, de Dret, Democràtic i Social. La seva denominació oficial és Principat d'Andorra".

3- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., "Expansión del Derecho penal y límites constitucionales", en LH-Vives Antón, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, V. II, pp. 1655 y ss., sostiene que el contenido de los derechos fundamentales se constituye en un límite apriorístico a la voluntad punitiva del legislador frente a la política criminal de expansión del Derecho penal. No obstante, la idea de la Constitución como "impulso y limitación" aparece en 1928 en la obra de SMEND.

4- En la Europa actual es inevitable afirmar la orientación de todo poder constituyente (significativamente los de Portugal, España, Grecia y posteriormente los de los nuevos Estados nacidos de la desmembración del bloque comunista) hacia una fundamentación democrática y garantista del *ius puniendi*. Así lo exige la dirección marcada por el CEDH que obliga a la protección de los derechos humanos, en tanto representan el fundamento indispensable para el reconocimiento europeo de un Estado como Estado de Derecho. Se reafirma así la comprensión *culturalista* de las Constituciones y del proceso de construcción del Constitucionalismo europeo en torno a los derechos humanos. Vid. HÄBERLE, P., *La Constitucionalización de Europa*, Ed. UNAM, México D. F., 2004, pp. 35-39. Esta concepción permite incorporar de un modo flexible diversos planteamientos para una teoría de la Constitución europea, como comparación jurídica horizontal en el tiempo —historia constitucional— y como comparación jurídica vertical en el espacio —comparatística constitucional—, Cfr. HÄBERLE, P., "Métodos y principios de la interpretación constitucio-

nal. Un catálogo de problemas”, en *Interpretación Constitucional*, Coord. Ferrer Mac-Gregor, Ed. Porrúa-UNAM, México DF, 2005, Vol. I, pp. 677-678.

5- Los protocolos que el Principado ha ratificado se pueden consultar en [www.coe.int](http://www.coe.int)

6- El concepto aspiracional del Derecho procura expresar el ideal ínsito del Estado de Derecho. Cfr. DWORZYN, R., *La justicia en Toga*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2007, pp. 243 y ss. Es evidente que las categorías de la Filosofía, de la Teoría del Derecho y de la Teoría del Derecho penal, en nuestro caso, se configuran y evolucionan según los contextos culturales y políticos. Éstas no han sido ni son consecuencias únicamente de una elaboración consciente racional o lógica, sino el resultado de su combinación con las conquistas políticas de la sociedad que, de este modo, les insufla su propia conciencia ética. Plasmada ésta en forma de síntesis normativa en los textos constitucionales elaborados a través de un proceso colectivo de acomodación de los distintos intereses sociales habidos en un momento histórico y cultural determinado. Por lo tanto, coyuntura política y razón subyacente a la lógica normativa son irreductibles entre sí, pues están en continua combinación, en unión dinámica, también en la aplicación —especialmente teleológica— de las normas jurídicas derivadas de la Constitución.

7- Especialmente desde la importante obra de BRICOLA, F., “Teoría general del reato”, en *Noviss. Dig. It.*, Vol. XIX, Utet, Torino, 1973, pp. 7-93. En España se acostumbra a reparar un mayor detenimiento —seguidismo en ocasiones— en la elaboración conceptual alemana aunque, a nuestros efectos, si algo tiene que exportar la ciencia penal italiana desde la obra de Bricola es su experiencia en

## 2.1. El camino del neoconstitucionalismo penal: del precedente italiano al modelo español

En Italia la aproximación constitucional al derecho punitivo afrontó sobre el plano del método jurídico, una actitud de desconfianza en la confrontación con la Constitución que había caracterizado el estudio del Derecho penal durante los años cincuenta y sesenta.<sup>10</sup> La mentalidad del positivismo jurídico formalista operaba a modo de refreno a la implementación de un modelo total de derecho punitivo fundado en la Constitución. Las normas principales eran vistas como fórmulas vagas que expresaban aspiraciones ético-políticas, privadas de valor jurídico vinculante y suponían “una contaminación de las verdaderas normas jurídicas con afirmaciones políticas, en fin proclamas de buenas intenciones”.<sup>11</sup>

No fue hasta principios de los años 70 cuando se produce el redescubrimiento de la constitución —*riscoperta della Costituzione*—<sup>12</sup> configurándose súbitamente, mediante el influjo normativo de los principios constitucionales, un cambio en la relación entre dogmática y lineamientos políticos de la Constitución intermediada a través de la Política Criminal. Desde entonces, a diferencia de Alemania, la combinación unitaria de Dogmática y Política Criminal fue acogida de modo unánime.<sup>13</sup> Destacadamente gracias al impulso operado por la obra de BRICOLA, quien produjo el resultado más original de este proceso de relectura constitucional del sistema punitivo representado por la teorización en torno al *modelo constitucional del delito* que trazaba los fundamentos sustanciales y formales del ilícito penal de “*aspecto constitucional*”.<sup>14</sup> Desde su *Teoria generale del reato* se impone la necesidad de confeccionar los caracteres esenciales del delito y del ilícito administrativo a través de aquél material normativo contenido en la constitución capaz de ofrecer una “revelación inmediata” del núcleo penal fundamental independientemente del análisis de los elementos estructurales del delito.<sup>15</sup> La norma penal que hasta entonces otorgaba un fuerte prestigio al principio de estricta legalidad debía plegarse al dictado constitucional de tal modo que los principios constitucionales pasaban a condicionar las reglas del sistema punitivo.

Todo este impulso vino a significar la construcción de un modelo abstracto de delito y, por ende, la superación de una

dogmática iuslegalista que suponía la concentración de la producción del derecho en la sola instancia legislativa. De este modo se abría una perspectiva iuspositivista de más amplio espectro que debía comprender también la Constitución en tanto norma jurídica.<sup>16</sup> Para evitar que una teoría general del delito, de inspiración constitucional, se enfrentara a la dirección técnico-jurídica dominante entonces en la academia italiana, BRICOLA tuvo la perspicacia de articular este modelo sobre el plano dogmático de tal modo que su propuesta aparecía fundada exclusivamente sobre el derecho positivo, entendiendo también incluido como parte integrante del mismo la normativa constitucional concerniente —implícita o explícitamente— a la materia punitiva.<sup>17</sup> Sobre esta base era posible redefinir normativamente el área sustancial de intervención penal de la de otras esferas punitivas. La Constitución entendida (también) como “tabla de valores” debía delimitar las elecciones del legislador. En este sentido, no podían ser tutelables penalmente todos los bienes jurídicos (individuales y/o colectivos) sino únicamente los bienes que hubieran encontrado reconocimiento constitucional. Tan solo respecto a la salvaguarda de éstos podría ponderarse el sacrificio —a través de la sanción penal— de la libertad personal que representa uno de los máximos valores de la constitución.

El modelo constitucional de delito en el Derecho penal italiano se articularía inicialmente sobre el principio constitucional de ofensividad —a través de los artículos 2,<sup>18</sup> 13,<sup>19</sup> 25,<sup>20</sup> y 27<sup>21</sup> de la Constitución— que inspiran a algunos de los artículos de la Constitución Española de 1978 y posteriormente de la Constitución del Principat— que debiera incidir sobre los criterios de selección de las conductas punibles, no pudiéndose concebir un ilícito penal si no tutela valores constitucionalmente significativos. El principio constitucional de ofensividad se identifica en la adopción del delito como “ofensa a bienes jurídicos de relevancia constitucional”.

El reconocimiento constitucional del principio de ofensividad debería haber, por tanto, vinculado al legislador al configurar los supuestos de hecho del delito (sólo si) disponen la tutela de bienes constitucionalmente significativos articulados según la modalidad de conductas concretamente ofensivas para el bien constitucional protegido.

torno a la construcción iuspositivista de un modelo de derecho penal estrechamente basado en la constitución, como sugiere DONINI, M., “Teoría del reato”, en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, núm. XIV, 2004, pp. 238-247.

8- Significativamente las obras de MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1ª ed., Ed., Bosch, Barcelona, 1976. 2ª ed. BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2002; el mismo, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*. Ed. Bosch, Barcelona, 1982.

9- La Constitución no es un texto retórico sino la matriz de todo el ordenamiento jurídico del Estado. La comprensión —hoy dominante entre los juristas españoles— de la Constitución como norma jurídica, *in totum*, plenamente normativa, que vincula intensamente a los poderes e instituciones del Estado e influye en las relaciones jurídicas de los ciudadanos, se debe inicialmente a la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1981, donde se sostiene la condición normativa de la Constitución y la fuerza jurídica vinculante para los poderes públicos. Posteriormente, algunos autores han matizado este planteamiento al afirmar que es algo más que una norma y, por ello, tiene una condición normativa distinta, configurándose más bien como un “orden o conjunto normativo” de base axiológico que pretende garantizar la vigencia de determinados valores y derechos, a la vez que resulta compatible con distintas perspectivas políticas. Cfr. RUBIO LLORENTE, F., “Prólogo al libro de ALONSO GARCÍA, E”, *La interpretación de la Constitución*, Ed. CEC, Madrid, 1984, p. XXI, motivo por el que niega la condición del legislador como ejecutor de la Constitución.

10- En general, para una aproximación a la formación del método jurídi-

co en Italia. Vid. FERRAJOLI, L., *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Ed. Laterza, Bari-Roma, 1999, pp. 15 y ss., sobre la construcción del paradigma cientificista de Derecho y del Estado liberal del XIX, cuya continuidad se predica durante los años 50 y 60. En este período la ciencia jurídica y, en concreto, el Derecho penal permaneció fiel a la dirección técnico jurídica asentada tras la obra de Rocco. Esta aproximación exoneraba al jurista de tomar posición sobre la opción "política" deducible del texto constitucional, aunque hubo algunas excepciones, como la de CONTENUTO G., "*Il volto umano del diritto penal di Aldo Moro*", en *RIDPP*, 1998, pp. 1158 y ss. Se consideraba que las únicas normas con contenido penal eran aquellas provenientes de las fuentes legales ordinarias. Los principios constitucionales tan solo eran vistos como instrumentos accesorios, marginalmente útiles en la interpretación para eventuales defectos definitorios de la regla a aplicar.

11- Así, CALAMANDREI P., "*La Costituzione della Repubblica italiana (1948)*", en *Opere giuridiche*, Vol. III, Napoli, 1968, pp. 245 ss., que sintetiza eficazmente la crítica a la Constitución. Los principios, debido a la tradición jurídica liberal, no eran considerados como normas inmediatamente accionables ante un juez por parte de los interesados. Más bien se consideraban causas de aspiraciones frustradas, lo que alimentaba la desconfianza en el Derecho, eran "antes los electores una ocasión de propaganda electoral y, después de esto, en la lucha parlamentaria, los pretextos para acusarse recíprocamente" (*Ibid.*).

12- Ferrajoli afirma que tras la victoria de la Democracia Cristiana en las elecciones de 1948 la Constitución permaneció en hibernación hasta el surgimiento de una nueva genera-

En este sentido, la afirmación de un modelo constitucional de delito necesariamente ofensivo de bienes constitucionalmente relevantes representaba, en aquellos años, en el interior del sistema penal, el momento de mayor fricción entre el código penal vigente, articulado para materias genéricas, y el *novum* introducido por la Constitución, donde cada disposición sobre los derechos reenviaba a un específico "valor" merecedor de tutela. Por consiguiente, se hacía necesario redefinir y reordenar el objeto de la tutela penal, a la luz de los nuevos asertos jurídico-sociales sobre los cuales se fundaba la república, según la implantación axiológica expresada en la Constitución italiana.

Esta última, es ciertamente una de las perspectivas más sugestivas que aporta el modelo constitucional de delito, en la medida que la legitimidad de una norma penal puede ser puesta en discusión como resultado de una valoración axiológica, endo-sistemática. En el contraste de la norma producto del poder estatal sería, por tanto, posible "oponer" no solamente un específico enunciado constitucional sino además un complejo conjunto de enunciados principales y axiológicos capaces de aportar corrección y dirección al sistema.<sup>22</sup>

En cierta medida, la experiencia italiana de los años setenta sobre la aproximación constitucional al derecho punitivo estuvo presente en el proceso de transición español, durante el cual se depositó el alcance de las aspiraciones político-criminales del Estado social y democrático de Derecho, en los instrumentos jurídicos de una Constitución plenamente normativa (compuesta de valores, principios y reglas) y militante (9.2 CE) que lograra la transformación del sistema jurídico e institucional de España al modo de los Estados más desarrollados de nuestro entorno. Pues hasta aquel momento las necesidades de autoconservación de un régimen no democrático—totalitario durante la década de los años 40 y dictatorial después— habían sumido al ordenamiento jurídico español en un hermetismo frente al Derecho internacional y europeo; especialmente respecto a los Tratados sobre derechos humanos que, tras el desastre de la II Guerra Mundial, se colocaron en el centro de los intereses de protección jurídica por parte del Derecho Constitucional e internacional.<sup>23</sup> Por el contrario, en España regia en muchos aspectos un sistema jurídico de carácter preliberal, cerrado

sobre sí mismo, que carecía de las mínimas garantías constitucionales de protección de los derechos fundamentales y en el que por encima de la ley no había más voluntad que la del Jefe del Estado, quien por cierto tenía la potestad de promulgar disposiciones penales incluso con carácter retroactivo.<sup>24</sup>

Resulta evidente que la Constitución de 1978 y el sistema político-jurídico que sobre ella se construye aspiran a reintegrarse, a resintonizarse, con el constitucionalismo moderno.<sup>25</sup> Entendido éste, en sentido amplio, como una concepción teórica acerca del Derecho que engloba “el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales”.<sup>26</sup>

La aprobación de la CE propició, durante los primeros años ochenta, el surgimiento de una nueva época para el Derecho punitivo español, especialmente para el Derecho penal tanto sustantivo como procesal. No sólo el legislador inmediatamente constituido, sino también la primera jurisprudencia Constitucional y la doctrina formada en los estertores del franquismo se esforzaron desde entonces por adaptar el Derecho penal, y en general todo el Derecho punitivo, a las exigencias constitucionales. En el caso de MIR PUIG, incluso antes de la promulgación del texto constitucional, ya preconizó teóricamente la inminente transformación del *ius puniendi* según las exigencias que impondría el modelo político del “Estado social y democrático de Derecho”, que posteriormente representaría el frontispicio jurídico-político de nuestro modelo de Estado Constitucional (art. 1 CE).<sup>27</sup>

El constitucionalismo penal impone la constante búsqueda del equilibrio entre democracia y garantías punitivas, por lo que tampoco resulta admisible las tesis de cuño iusnaturalistas que subvierten el sistema de fuentes, las exigencias metódicas de la interpretación jurídica o incluso las garantías más elementales de libertad que forman parte de la esencia constitucional, sacrificándolas en el altar de particulares visiones de la justicia en torno al *ius puniendi*.

Algunas de estas garantías se consideraron claves durante el proceso constituyente —sin duda como contraposición al *ius puniendi* del Estado franquista— para la fundamentación del

ción de juristas que rompe la comprensión impermeable del Derecho a otras concepciones como la política o la sociológica. Se trató de un fenómeno generalizado en todas las disciplinas, se produce un replanteamiento en clave constitucional de los métodos, de las categorías y de los problemas jurídicos. Cfr. FER-RAJOLI, L., *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, cit., pp. 68 y ss. 13- BRICOLA, F., “Rapporti tra la dottrina e politica criminale”, en RIDPP, 1988, pp. 3 y ss.

14- BRICOLA, F., “Teoría generale del reato”, cit., pp.7 y ss.

15- BRICOLA, F., “Teoría generale del reato”, cit., pp. 24 y ss. Sobre este punto, cfr. DONINI, M., “Teoría del reato”, cit., p. 18 y ss.

16- Cfr. DONINI, M., “Teoría del reato”, cit., p. 8.

17- BRICOLA, F., “Teoría generale del reato”, cit., pp. 9-10, donde se reconocen los méritos adquiridos de la dirección técnico-jurídica, de haber alejado la teoría general del delito del sentido del derecho natural o extrajurídico, pero se rechaza su pretensión de neutralidad (p.11).

18- Art. 2: La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquél desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social.

19- Art. 13: La libertad personal es inviolable.

No procederá ninguna forma de detención, inspección o registro personal ni otra restricción cualquiera de la libertad personal salvo por auto razonado de la autoridad judicial y únicamente en los casos y del modo previsto por la ley.

En casos excepcionales de necesidad y de urgencia, especificados taxativamente en la ley, la autoridad de orden público podrá adoptar

medidas provisionales que deberán ser comunicadas dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la autoridad judicial y que, de no ser confirmadas por ésta en las cuarenta y ocho horas subsiguientes, se considerarán revocadas y no surtirán efecto alguno.

Se castigará toda violencia física y moral sobre las personas sujetas de cualquier modo a restricciones en su libertad.

La ley establecerá los límites máximos de la detención preventiva.

20- Art. 25: Nadie podrá ser sustraído al juez natural establecido por la ley.

Nadie podrá ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes de haberse cometido el hecho.

Nadie podrá ser sometido a medidas de seguridad sino en los casos previstos por la ley.

21- Art. 27: La responsabilidad penal será personal.

El acusado no será considerado culpable hasta que recaiga sentencia condenatoria firme.

Las penas no podrán consistir en tratos contrarios al sentido de humanidad y deberán encaminarse a la reeducación del condenado.

Se prohíbe la pena de muerte salvo en los casos previstos por las leyes militares de guerra.

22- En general, VALENTI, A., *Valori costituzionali e politiche penali*, Ed. Clueb, Bologna, 2004, p. 24.

23- Por ejemplo así se puso de manifiesto en el art. 10 de la Constitución Italiana, con la aprobación del CEDH.

24- Vid., entre otros, CUERDA RIEZU, A., "El Derecho penal español a los veinticinco años de la promulgación de la Constitución", *cit.*, p. 810.

25- Sobre el sentido histórico de este concepto, Vid. HORST, D., "Constitucionalismo Moderno. Introducción a una Historia que necesita ser escrita", en *Historia Constitucional* (ver-

Derecho punitivo del Estado social y democrático de Derecho. Entre ellas: la prohibición de la pena de muerte y los tratos degradantes, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, la finalidad resocializadora de las penas, la necesaria unidad del *ius puniendi* del Estado, el principio de legalidad punitivo, el de seguridad personal, etc.<sup>28</sup> Todo ello conforma un único *ius puniendi*, entendido como legítimo uso (medio-fin) constitucional del poder de castigar, que conforma un Derecho en el que se encuentran imbricadas, unidas, instituciones procesales y materiales.<sup>29</sup>

## 2.2. El método: del positivismo formalista al neoconstitucionalismo metodológico

Sobre el plano del método jurídico la pretensión de neutralidad del positivismo como desprovista de prejuicios debe relativizarse, más aún en las denominadas ciencias sociales. HUSSERL criticó, certeramente según HABERMAS, la ilusión objetivista proyectada por las ciencias empírico-analíticas como imagen de un sí de acontecimientos estructurados conforme a leyes que encubre la constitución de estos hechos y "(...) no permite, por tanto, que se tome conciencia de la imbricación del conocimiento con los intereses del mundo de la vida".<sup>30</sup> Aquella ilusión, continúa HABERMAS, refiere ingenuamente los enunciados a estado de cosas y entiende las relaciones entre estas magnitudes empíricas, representadas por enunciados teóricos, como algo existente en sí, que a la vez se sustrae al marco trascendental, dentro del cual, únicamente, se constituye el sentido de semejantes enunciados.<sup>31</sup> Las pretensiones rigurosamente positivistas en las ciencias sociales no comprenden que los enunciados jurídicos son relativos al sistema político y moral de referencia que previamente los han determinado. Por consiguiente, esta pretensión objetivista de un positivismo cerrado sobre el texto de la norma fracasa en su pretensión de guiar el conocimiento jurídico en el sistema constitucional.

Las ciencias histórico-hermenéuticas obtienen su conocimiento, no sólo en el marco de la comparación sistemática de las leyes, sino mediante las reglas de la hermenéutica jurídica; únicas capaces de aportar el sentido requerido por el interés práctico precisado por enunciados vinculados a la ciencias del espíritu.<sup>32</sup> Además, el objeto sobre el que se aboca el positivismo fuerte de KELSEN va a sufrir una

severa transformación, la Constitución deja de ser en esencia una pura matriz provista de normas para la creación del Derecho y, por lo tanto, aquella cosmovisión jurídica se hace incompatible con las Constituciones materiales surgidas tras la segunda posguerra mundial.

El positivismo clásico se opone al núcleo duro de cualquier forma de *neoconstitucionalismo* porque toda norma jurídica formalmente válida, pero contraria a los derechos fundamentales o a los valores superiores del ordenamiento, carece de plena validez. Esto puede afirmarse porque la validez de las normas jurídicas en los ordenamientos constitucionales trasciende al mero juicio de formalidad procedimental como defienden, aun en la actualidad, los partidarios del positivismo metódico fuerte basado en la radical separación del Derecho y la política o la moral.

La precomprensión moral o ideológica sobre el Derecho, y la contenida a modo de fin en las normas constitucionales, deben determinar el objeto y el método a emplear para su estudio. Según considero, el Derecho se encuentra condicionado, e incluso abierto a una determinada concepción moral; lo que no es admisible, desde mi punto de vista, es que la pura apelación a la moral extrasistemática o crítica predetermine y manipule el sentido del Derecho, reduciéndolo a un mero paradigma ético discursivo donde la pretensión moral de cada parte pueda imponerse sin más fórmula que la ponderación al conjunto de instituciones constitucionales.<sup>33</sup>

Los objetos a analizar en la pretendida *ciencia jurídica* están más que en ningún otro saber determinados irremediamente por las creencias que se sostengan.<sup>34</sup> Si en lo ideológico el *neoconstitucionalismo* predispone al jurista sumiéndolo en la sinergia de la moral común que sustenta el ordenamiento constitucional, en lo teórico responde a una aspiración global de describir, comprender y extender al ordenamiento jurídico las consecuencias normativas de los principios y reglas que componen las Constituciones modernas. Los Estados Constitucionales no se basan en la autoconservación de la sociedad a través de normas que respeten el procedimiento legislativo, sino en el desarrollo emancipador y bienestar del individuo a través de la eficiencia del sistema político institucional actuado mediante un cuerpo firme de leyes.<sup>35</sup>

En este sentido el *neoconstitucionalismo* se singulariza, a

sión electrónica), núm. 6. 2005, pp. 153 y ss.

26- COMANDUCCI, P, "Formas de (neo) constitucionismo: un análisis metateórico", en *Neoconstitucionalismo(s)*, (Edición de Miguel Carbonell), Ed. Trotta, Madrid, p. 75.

27- Cfr. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, cit., pp. 98 y ss., quien extrae de tal modelo político los límites y, por lo tanto, también los fundamentos del poder punitivo del Estado.

28- En general, MIR PUIG, S., *Bases constitucionales del derecho penal*, Ed. Iustel, Madrid, 2011, pp. 58 y ss.

29- De hecho, los derechos y garantías fundamentales del *ius puniendi* se encuadraron inicialmente en un único artículo, el 24- del proyecto de constitución. Se trata de un argumento más, tanto para afirmar la idea de unidad punitiva, como para negar la vetusta escisión entre garantías materiales y procesales.

30- HABERMAS, J., *Ciencia y técnica como "ideología"*, 4ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, p.165.

31- *Ibid.* p. 168.

32- *Ibid.* pp. 170-71.

33- Por consiguiente me opongo a la visión del neoconstitucionalismo más extremo, donde el Derecho queda sometido o reducido hasta su desaparición por la tiranía de los argumentos morales. Según entiendo, en este punto se encuentra el planteamiento de autores como GARCÍA FIGUEROA, A., *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los Derechos*, Ed. Trotta, Madrid, pp. 253 y ss., o ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 9ª ed. Ed. Trotta, Madrid, pp. 147 y ss., a través de la recuperación del juicio de equidad que propone el autor italiano como consecuencias de la constitucionalización de los derechos y principios de justicia.

34- Porque no es el contenido infor-

mativo de las teorías, sino la formación de un hábito reflexivo e ilustrado en los teóricos mismos lo que produce, en definitiva, una cultura científica. Cfr. HABERMAS, J., *Ciencia y técnica como "ideología"*, cit., p.161. 35- LAPORTA, F., *El imperio de la ley. Una visión actual*, cit., ha sido el iusfilósofo español que recientemente mejor ha puesto de relieve la tensión entre Constitución y Ley y, a su vez, la necesidad de una coordinación entre ley y Constitución para lograr la autonomía personal del ciudadano. Reivindica el retorno al imperio de la ley frente al exceso de Constitución y critica el déficit de democracia que ello comporta (denunciando el patrocinio por cierto grupo de neoconstitucionalistas, seguramente ATIENZA), en la medida que sólo un cuerpo de buenas leyes, aplicadas eficientemente, garantizan la libertad y confianza del ciudadano en el sistema. Compartimos con LAPORTA el ideal del imperio de la ley, sin embargo, las deficiencias democráticas y del proceso legislativo, especialmente en lo referente al Derecho penal, distan mucho de responder al ordenamiento normativo reglado y claro que el desarrollo de la libertad del ciudadano en un Estado Constitucional merece. Mientras no irrumpa un nuevo Derecho penal constitucionalizado, el propio Estado Constitucional aporta el juego de reequilibrio que la situación requiere a partir de las necesidades de expandir con todas sus posibilidades sus propios mandatos jurídicos. 36- En buena medida el origen de este resurgimiento se debe a la necesidad constatada por DWORKIN de dotar de argumentos a la resolución de los "casos complejos" que se plantean a los jueces y frente a los cuales el razonamiento basado en reglas carece de soluciones y deja ésta al arbitrio del juez como singularmente sostiene HART. En esos caso, según DWORKIN, los hasta entonces ignora-

grandes rasgos, por su eclecticismo —con múltiples intensidades y con escaso consenso— aunque existe acuerdo en la aportación fundamental, tanto descriptiva como axiológica, que representan los mandatos y derechos constitucionales para la comprensión y elaboración de toda teoría sobre el Derecho y los derechos.

Una de las propiedades distintivas de esta visión jurídica consiste en comprender *el Derecho a través de un proceso de argumentación* —en la línea de autores como DWORKIN,<sup>36</sup> ALEXY<sup>37</sup> o ATIENZA—<sup>38</sup> debido a la amplitud de la dimensión de las normas constitucionalizadas que llaman a su integración a través de las razones políticas y morales, racionalmente fundamentadas, que se encuentran en la base del propio sistema jurídico-político.<sup>39</sup>

En la actualidad cabría identificar *grasso modo* tres corrientes teóricas. Una, anclada en el positivismo jurídico y que no altera los métodos de comprensión del Derecho. Las otras dos corrientes sí se encuentran impregnadas en su cosmovisión teórica por la incidencia del constitucionalismo y alteran, en mayor o menor medida, los mecanismos de interpretación y articulación del Derecho. La primera responde al *positivismo clásico*, que exige la relación excluyente entre el Derecho y la moral.<sup>40</sup> Por el contrario, el *neoconstitucionalismo fuerte*, defendido por DWORKIN, ALEXY o ATIENZA, entre sus más relevantes defensores, sostiene la tesis que el Derecho está necesariamente condicionado por la moral,<sup>41</sup> como vendría a demostrar las actuales constituciones principialistas, por lo que la mutación del objeto obliga también a un cambio en el método determinado por su impronta axiológica, de tal modo que se altera cualitativamente el proceso de interpretación y aplicación de la ley y la Constitución a través del peso de la argumentación y del mecanismo de la ponderación. Dentro de la amplitud de las corrientes englobadas bajo el *neoconstitucionalismo* cabría identificar una a la que suele denominarse como *débil*. Los iusfilósofos englobados bajo esta tendencia son conscientes de la incidencia que para los ordenamientos supone la irrupción de constituciones plenamente normativas con tendencia hacia una aplicación expansiva. Sin embargo, apuestan por una continuidad metódica con el **iuspositivismo** aunque sobre un objeto distinto al del constitucionalismo liberal de la preguerra. Siguen manteniendo la tesis sobre las fuentes sociales del

Derecho, así como la conexión no necesaria entre Derecho y moral, aunque admiten su presencia en el razonamiento jurídico a través del *consustancialismo axiológico* de las normas nucleares contenidas en las constituciones. Precisamente por ello en el plano de la interpretación jurídica admiten más matizaciones que el positivismo clásico y, por descontado que el formalista, lo que da muestra de ser una teoría que comprende mejor el Derecho desde el punto de vista de constituciones como la española o la andorrana. Esta visión procura un equilibrio entre las valoraciones y principios contradictorios que el ordenamiento permite e incluso estimula, con algunas reglas firmes que aportan seguridad jurídica al ciudadano y estabilidad al sistema político-jurídico. De este modo, como sostiene MORESO, escapan a la valoración principal, las reglas que confieren poder o procedimentalizan el desarrollo del poder del Estado, las decisiones jurisdiccionales y administrativas que establecen decisiones individuales, y en mi opinión la mayoría de derechos fundamentales que procuran dar certeza frente al ejercicio punitivo del Estado. Derechos que requieren de una intensidad reglada y no de una extensión principal, pues sólo puede satisfacerse a través de la concepción de normas actuables de manera concluyente, imponderable, que eviten la discreción del operador jurídico encargado de aplicarlas.<sup>42</sup>

Ya sea desde las tesis del *neoconstitucionalismo fuerte* o del *débil* lo cierto es que la tarea del jurista penalista debe venir informada por las exigencias del método de aproximación constitucional al nuevo objeto de referencia, la norma penal, que tiene un profundo sustrato constitucional, tanto desde el punto de vista de su legitimidad, como en su aplicación. No en vano se ha definido al Código penal como negativo de la Constitución.<sup>43</sup> Sin embargo, como se sostiene aquí, la Constitución no sólo opera como elemento de censura de la norma penal, sino también como fuente de determinación de la Política Criminal. La perspectiva *neoconstitucionalista* que propongo no renuncia a un positivismo constitucionalista o si se quiere a un positivismo incluyente o blando (*neoconstitucionalismo débil*), pues es la misma norma positiva la que llama a su integración operativa mediante la incorporación de las razones políticas y morales que están en la base del propio sistema.<sup>44</sup> No cabe negar como acertadamente ha señalado COMANDUCCI, que el

dos por el positivismo principios jurídicos aportarían las pautas de coherencia necesaria para la resolución de esos *hard cases*.

37- Sobre la necesidad de una teoría de la argumentación jurídica racional en, ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª ed., Ed. CEPC, Madrid, 2007, pp. 43 y ss, quien parte de la constatación de que en los sistemas constitucionales actuales—en su caso partir de la GG y de las consideraciones del BVerfG— la aplicación del Derecho va más allá del legalismo exigiéndose conocimientos valorativos immanentes al orden jurídico constitucional, en especial, para la resolución de los “casos difíciles”. Un discurso jurídico, así considerado, se integra en el discurso práctico general que tiene la pretensión de aportar corrección al sistema de toma de decisiones a partir de sus propias reglas. Sobre esta cuestión central en su discurso, *Ibid.* pp. 203-282.

38- Vid. Punto 3 de este trabajo. Un análisis sobre los factores que explican el renovado interés por la argumentación jurídica puede encontrarse en, ATIENZA RODRIGUEZ, M., *El Derecho como argumentación*, Ed. Ariel, Barcelona 2006, p. 15 y ss.

39- En las constituciones de la segunda posguerra, que sirvieron de modelo a la CE, se constata la preeminencia adquirida por los principios y los valores jurídicos que son incorporados en los textos como mandatos normativos respondiendo al consenso ideológico-político de una sociedad en un determinado momento histórico. En definitiva, manifiestan expresamente la conexión inescindible entre Derecho y poder y la radicación de éste en el poder social a modo de poder constituyente. Sobre esta cuestión en España, DÍAZ GARCÍA, E., *Estado de derecho y sociedad democrática*, Ed. Taurus, Madrid, 1966, pp. 43 y ss.

40- ATIENZA discute la tesis implícita

de que el positivismo metodológico, según ORTIZ DE URBINA, se caracteriza a partir de un único rasgo, la separación conceptual entre el Derecho y la moral. Esto le acerca a las tesis del positivismo fuerte de BULLYGIN. Vid. ATIENZA, M., "Prólogo", a la obra de ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., *La excusa del positivismo. La presunta superación del positivismo y el formalismo de la dogmática penal contemporánea*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 11 y ss., especialmente, p. 14.

41- Según las corrientes más moralizantes del Derecho, bajo el nuevo constitucionalismo subyacería una visión jurídica—calificada por DREIER, como *concepto no positivista del Derecho*, que pretendería vencer los obstáculos e inconvenientes a los que conducía la comprensión liberal del Derecho como aplicación cerrada de la ley. Esta nueva concepción favorecería un sistema jurídico enriquecido ética, política y socialmente. Sin embargo, como ha puesto en evidencia ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., *La excusa del positivismo. La presunta superación del positivismo y el formalismo de la dogmática penal y contemporánea*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 31 y ss. el propio concepto de *positivismo* es una cuestión enormemente polémica. En no pocas ocasiones se confunde el positivismo con el formalismo jurídico o con el positivismo formalista.

42- Vid., MORESO, J., *La Constitución: modelo para armar*, cit., 246 y ss.

43- Así lo asume la propia exposición de motivos de la LO 10/1995, que introduce el actual Código penal español.

44- Muchos autores, como señala SASTRE ARIZA, han ofrecido diferentes interpretaciones que pretenden demostrar que las herramientas teóricas empleadas por el positivismo jurídico siguen siendo útiles y apropiadas en el ámbito del Estado Cons-

neconstitucionalismo moderno representa, debido a las profundas transformaciones axiológicas sufridas por su objeto de estudio, una alternativa respecto a los elementos señeros del iuspositivismo decimonónico: el estatalismo, el legicéntrismo y el formalismo interpretativo.<sup>45</sup> Así lo vendrían a poner en evidencia la normativización de los principios constitucionales, que tras la ruptura con el kelsenianismo metodológico, hace aflorar al descubierto la relación consustancial entre poder (como legitimidad social) y Derecho. En definitiva, éste es un medio para lograr ciertos fines sociales y ello debe suponer inmediatos efectos prácticos en el estudio jurídico, como incrementar las investigaciones sociales sobre la implementación y desarrollo de las normas para comprobar la eficiencia empírica de cualquier derecho así como su reconocimiento social, lo que supone revisar las concepciones estrechamente formalistas y descriptivas sobre lo que sea el Derecho.<sup>46</sup>

### 2.3. Evaluación de la experiencia en la aproximación constitucional al derecho penal en el actual contexto político-criminal

En España, la aproximación constitucional al Derecho punitivo ha sido compartida por un buen número de juristas,<sup>47</sup> aunque en la actualidad resulta alarmante como una buena parte de la academia jurídico-penal española (tanto la que representa opciones político-criminales más conservadoras como progresistas) muestra una preocupante indolencia hacia la fundamentación constitucional, incluso en clave supranacional, del *ius puniendi*.<sup>48</sup>

La falta de arraigo de la *cultura jurídica constitucional* en importantes escuelas penalistas predispone el marco para que los operadores jurídicos formados en las facultades de Derecho, y entre ellos los legisladores actuales, a diferencia del legislador constituido en los años posteriores a la promulgación de la Carta Magna, se muestren desligados de la comprensión del Derecho y del programa punitivo que la Constitución.<sup>49</sup> Las tesis acogidas en España del funcionalismo radical importado desde Alemania, donde es corriente minoritaria, se muestran como un escenario propiciatorio para la inobservancia de los límites y, sobre todo, de los fundamentos constitucionales del *ius puniendi*.

El normativismo funcionalista conjugado por la subsistencia en

la judicatura de una amplia metodología positivista de corte formalista, ahonda en el déficit de garantismo en el ejercicio de creación y aplicación del *ius puniendi*. Precisamente, el sistema de justicia constitucional estaría diseñado como bastión de cola para garantizar los elementos medulares del Estado Constitucional; y, por ello, debiera permitir ejercer un control de constitucionalidad más intenso tanto de la legislación como del proceso legislativo y de las resoluciones judiciales que afecten al *ius puniendi* del Estado, sin que el margen de apreciación político del poder constituido justifique la inobservancia de los mandatos constitucionales que inspiran una Política Criminal constitucionalmente orientada. Sin embargo, el estudio de la jurisprudencia constitucional española pone de manifiesto que el Tribunal Constitucional español ha sido riguroso al reconocer, desde la interpretación constitucional, ciertos principios limitadores para el legislador penal, aunque, por otro lado, a diferencia de la Corte Constitucional de Italia,<sup>50</sup> el español se muestra muy deferente con el poder legislativo en el control de las normas penales de dudosa constitucionalidad, reduciendo así el ámbito operativo de los principios político-criminales.<sup>51</sup>

La falta de censura constitucional a la ley penal por el Tribunal Constitucional español es aún más grave en el actual contexto de propunitivo o de *expansión del Derecho penal* que invade Europa,<sup>52</sup> generando lo que algunos denominan el nuevo *Derecho penal posmoderno*.<sup>53</sup> Desentrañar la superposición de factores políticos, económicos y sociales que concurren en la *expansión* requeriría de un profundo trabajo de clasificación que no puede ser abordado aquí con rigurosidad, por ello me limito a señalar alguna de las consecuencias que la ansiedad por proteger punitivamente a la sociedad, frente a peligros más o menos abstractos o incluso presuntos, está generando. Entre otras una política legislativa penal irracional, la yuxtaposición de las funciones del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador en la prevención de los nuevos riesgos, difuminándose así los límites científicos que la Academia había venido construyendo desde hace dos siglos; la incorporación de técnicas normativas propias del ámbito administrativo —como las presunciones— en las normas penales; la aparición de delitos de autor; la reintroducción de preceptos moralizantes o simbólicos; y todo ello junto a un endurecimiento generalizado de las consecuencias penales o

titucional de Derecho, así se habla del positivismo corregido de PECES-BARBA (en su prólogo a la primera edición española de *El Derecho dúctil* de ZAGREBELSKY), o del positivismo inclusivo sostenido entre los iusfilósofos españoles por MORESO MORESO, J.J., *La Constitución: un modelo para armar*, cit., pp. 183 y ss.; Cfr. SASTRE ARIZA, S., “La ciencia jurídica ante el Neoconstitucionalismo”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Coord. CARBONELL, M., Ed. Trotta, Madrid, 2003, pp. 239-258. Sobre las discrepancias en torno a si las posturas moderadas del *neoconstitucionalismo* pueden ser consideradas positivistas, como por ejemplo entre otras las de FERRAJOLI. En contra, PRIETO SANCHÍS, L., “*Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional*”, en *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 325-354.

45- COMANDUCCI, P., “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateorético”, cit., pp. 83 y ss.

46- DÍAZ, E., “El poder de la legalidad, la razón de la legitimidad”, en *Sistema*, núm. 217, 2010, pp. 99-106.

47- Con una u otra intensidad esta aproximación se aprecia en un importante sector de la doctrina penal: ARROYO ZAPATERO, L., “Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, en *Revista jurídica de Castilla - La Mancha*, núm. 1, 1987, pp. 97 y ss. En la denominada escuela de Valencia a través de la obra de VIVES ANTÓN y CARBONELL MATEU. Entre los administrativistas esta línea se inicia con la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA y es seguida, con los matices oportunos por NIETO, SUAY RINCÓN, LOZANO CUTANDA o TRAYTER, entre otros.

48- Entre las opciones progresistas desvinculadas del constitucionalismo, DIEZ RIPOLLÉS, J.L., *La racionalidad de las leyes penales*, Ed. Trotta, Madrid, 2003, pp.180-183, sostiene que la CE no ofrece un modelo de

Derecho penal y carece de la necesaria predeterminación para fundamentarlo. Entre las posiciones conservadoras, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, pp. 176 y 273 y ss.

49- ARROYO ZAPATERO, L., "Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución", *cit.*, 97 y ss.

50- Cfr. BELFIORE, E., *Giudice delle Leggi e Diritto penale. Il diverso contributo delle corte costituzionali italiana e tedesca*, Ed. Giuffrè, Milano, 2005.

51- De las veinticinco normas penales seriamente impugnadas sólo seis han sido declaradas inconstitucionales, Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., "¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional", en *InDret*, 3/2012.

52- En Europa la preocupación por los efectos expansivos del Derecho penal se debe inicialmente a la obra de la Escuela de Frankfurt con HASSEMER y sus discípulos PRITZWITZ, KINDHAUSER, SEELEMANN. Sin embargo, el término "Expansión" y su descripción ha hecho fortuna entre los penalistas hispanos gracias a la obra de SILVA SÁNCHEZ que goza de un gran reconocimiento no sólo entre las academias de penalistas en lengua española sino internacionalmente. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 150 y ss. Sin embargo, el fenómeno no es estrictamente europeo sino que tiene un alcance mundial como el propio SILVA ha puesto de manifiesto en el epílogo publicado a la 3ª ed., Ed. Bdf, Buenos Aires-Montevideo, 2011, pp. 189 y ss., especialmente pp. 192.

53- Vid., entre los críticos el trabajo y las numerosas referencias al cambio de paradigma punitivo que supone la *posmodernidad*, en DEL ROSAL BLASCO, B., "¿Hacia el Derecho penal

la propia recuperación de penas alejadas del mandato resocializador, como la prisión perpetua.

En conclusión, según ha descrito DONINI, en el Derecho penal europeo, se observa junto al *idealizado* Derecho penal nuclear y el *tradicional* Derecho administrativo sancionador, un *expansivo* Derecho penal complementario, un Derecho penal administrativo y un Derecho administrativo penalizado a partir de su incorporación formal al Código penal.<sup>54</sup> En definitiva, las circunstancias globales, como la aparición y difusión del neoliberalismo conservador, han modificado la concepción de las funciones del Estado con graves consecuencias para la Política Criminal y el Derecho penal.<sup>55</sup>

### **3. Nuevas perspectivas en la aproximación constitucional al derecho penal: racionalidad legislativa y derechos humanos**

La Constitución, como aquí he planteado, responde por diversas razones políticas a un ambicioso modelo normativo, erigido sobre una determinada *teoría de la justicia* cuyo grado de realización depende, en última instancia, del control jurisdiccional y de la actitud con que la misma se ejerza. La necesidad de verificación constitucional de la ley punitiva, y de su aplicación, no debería ampliar el campo de actuación o de discrecionalidad ni del legislador, ni de los intérpretes, debido a que en el ámbito del escrupuloso respeto a las garantías constitucionales —y más que ninguno éste es el del Derecho punitivo y aún más el del Derecho penal— se produce un plus de sujeción que limita las opciones legítimas de los operadores jurídicos debido a las gravosas consecuencias jurídico-sociales del proceso y de la sanción penal.

Por consiguiente, frente a la situación descrita, la fundamentación constitucional del *ius puniendi* reclama una mayor presencia, reactualizada y compatible con el sistema de control constitucional europeo, que el legislador penal debe observar. A mi modo de ver dos vías, plenamente compatibles entre ellas, se abren en la dirección propuesta para reorientar el sistema punitivo hacia sus fundamentos constitucionales. Por un lado, la **exigencia de racionalidad legislativa** y, por otro, la **presencia argumentativa de los derechos humanos como límite y fundamento en la valoración de la legitimidad de las decisiones tanto del legislador como del juzgador**.

Por lo que respecta a lo primero, el sistema constitucional

obliga a facilitar las razones y justificaciones de las leyes punitivas y de las decisiones judiciales, cuyo control reside en última instancia en los Tribunales Constitucionales, quienes deben hacer frente a toda propuesta legislativa compulsiva que comprometa la vigencia de los derechos y las garantías fundamentales.<sup>56</sup>

Los Estados Constitucionales detestan la arbitrariedad debido al pleno sometimiento del poder al Derecho y, por lo tanto, abogan por la exteriorización y control de las razones jurídicas expuestas en la toma de las decisiones públicas. Por estas razones el neoconstitucionalismo llama a una *visión argumentativa del Derecho*,<sup>57</sup> que debe plantearse también en términos de racionalización del Derecho penal sobre la base del principio de proporcionalidad,<sup>58</sup> por cuanto las exigencias que derivan de esta estructura argumentativa también pueden auxiliar al legislador penal.<sup>59</sup> El Estado constitucional de Derecho pone en relación la legitimidad de las decisiones públicas y su justificación lo que también alcanza al legislador. Siguiendo a MARCILLA, esta proyección del principio de proporcionalidad a la teoría de la legislación puede gozar de particular aceptación en el ámbito del Derecho penal, por cuanto es en éste donde más intensamente se ha teorizado tanto sobre el proceso de constitucionalización, como sobre la reformulación de los contenidos del principio de proporcionalidad para articular los límites materiales al *ius puniendi* estatal.<sup>60</sup>

Como ya se impone en el orden europeo<sup>61</sup> y, “*asentado que en los Estados Constitucionales el legislador carece de poder ilimitado, tiene sentido exigirle alguna clase de justificación o racionalidad material en sus decisiones, más allá de las meramente procedimentales, pues la democracia constitucional supone un ejercicio de la libertad política dentro del marco de los principios y directrices constitucionales*”.<sup>62</sup> Por lo que, en consecuencia, la ciudadanía, la ciencia y la jurisprudencia tienen constitucionalmente derecho a exigir al legislador que haga públicas las razones por las que sus leyes encuentran justificación en el marco constitucional, con el fin de poder reconstruir el razonamiento de su decisión, a fin de que ésta sea más legítima, más coherente con el sistema y que además pueda ser mejor controlada por la jurisdicción constitucional. En tal orden de ideas, resulta imprescindible que la

de la postmodernidad?”, en *RECPC*, núm. 11-(08), 2009, especialmente, pp. 61 y ss.

54- En general, DONINI, M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La Democrazia penale tra difference e sussidiarietà*, Ed. Giuffrè, Milán, 2004, especialmente, pp. 97-139.

55- En general, MIR PUIG, S., *Bases constitucionales del derecho penal*, cit., pp. 20-29.

56- Vid., la obra *La racionalidad de las leyes penales*, del Profesor Díez Ripollés, sobre la necesidad de establecer criterios de racionalidad legislativa ante la manifiesta crisis de la ley pena penal. Díez RIPOLLÉS, J.L., *La racionalidad de las leyes penales*, cit., pp. 17 y ss.

57- Vid. Supra, p. 18. Sobre la necesidad de una teoría de la argumentación jurídica racional en, ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª ed., Ed. CEPC, Madrid, 2007, pp. 43 y ss., quien parte de la constatación de que en los sistemas constitucionales actuales —en su caso partir de la Constitución alemana y de las consideraciones del BVerfG— la aplicación del Derecho va más allá del legalismo exigiéndose conocimientos valorativos immanentes al orden jurídico constitucional, en especial, para la resolución de los “casos difíciles”. Un discurso jurídico, así considerado, se integra en el discurso práctico general que tiene la pretensión de aportar corrección al sistema de toma de decisiones a partir de sus propias reglas. Sobre esta cuestión central en su discurso, *Ibid.* pp. 203-282. Vid., también, ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *El Derecho como argumentación*, cit., p. 15 y ss., para quien no sólo son importantes las razones aportadas por los jueces y otros actores jurídicos en la toma de sus decisiones sino también por el legislador, en el compromiso con un objetivismo mínimo ético derivado de la conexión entre Derecho y moral como

integración de las esferas de la razón práctica propiciada por el sistema jurídico de los Estados Constitucionales (p. 55).

58- MIR PUIG, S., "El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal", en *Constitución y Derecho penal: Algunas bases constitucionales*, Dirs. Mir Puig / Queralt Jiménez, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 67 y ss.

59- MARCILLA CÓRDOBA, G., "Argumentación en el ámbito legislativo y prestigio de la ley penal", en *Constitución y Sistema penal*. Dirs. Mir Puig, S./Corcoy Bidasolo, M. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 67 y 108.

60- MARCILLA CÓRDOBA, G., "Argumentación en el ámbito legislativo y prestigio de la ley penal", *cit.*, p. 72.

61- Vid., en general, MUÑOZ DE MORALES, M., *El legislador penal europeo: Legitimidad y racionalidad*. Ed. Civitas, Madrid, pp. 631-831.

62- MARCILLA CÓRDOBA, G., *op.*, *cit.*, p. 80.

63- En general, SCHAUER, F., *Las reglas en juego*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 137 y ss; sobre el concepto de atrincheramiento, pp. 75 y ss., en concreto, pp. 95-112

64- VIGANÓ, F., "Derechos humanos y derecho penal. Un nuevo horizonte para la dogmática penal", próximamente en *Rivista Italiana di Diritto di Procedura Penale*.

65- VIGANÓ, F., "Derechos humanos y derecho penal. Un nuevo horizonte para la dogmática penal", *cit.*

66- CARPIO BRIZ, D. I., "Europeización y reconstitución del *non bis in idem* - Efectos en España de la STEDH *Serguei Zolotoukhine v. Rusia* de 10 febrero 2009", en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 14, 2010.

67- La STEDH, *Caso Grande Stevens y otros contra Italia*, de 4 de marzo de 2014, toma en consideración la lesión producida a la garantía en el contex-

promulgación de la ley penal vaya precedida de una evaluación de las circunstancias que la motivan, lo que exige su acompañamiento de estudios criminológicos y auditorías penales tanto sobre la nueva ley como sobre los resultados de la aplicación de la norma que se pretende derogar. Por otro lado, para evitar los efectos simbólicos de las leyes penales y garantizar su adecuada implementación, en orden a la defensa de todos los intereses concurrentes en el proceso penal, las leyes penales también deben agregar memorias económicas, con dotación presupuestaria suficiente para una adecuada implementación a través del sistema de justicia penal.

En conclusión, el legislador penal debiera encontrarse férreamente ligado al cumplimiento de la Constitución, por la evidente afectación que esta disciplina supone para los derechos fundamentales, más cuando los límites constitucionales se sustentan en la necesidad de protección de tales derechos como poder atrincherado e indisponible para cualquier poder público, incluido el legislador democrático.<sup>63</sup>

Las razones expuestas deben conducir al conocimiento o formación del penalista en teoría de la argumentación y, en concreto, en argumentación legislativa, como resultado del cambio del objeto y la transformación del método que los Estados constitucionales amparan en orden a la protección de las garantías y derechos fundamentales. Sin embargo, tradicionalmente, los penalistas han orientado su atención exclusivamente hacia la dogmática penal como mecanismo de garantía en la aplicación de los tipos penales y, en menor medida, a los principios genuinamente penales para limitar el *ius puniendi* del Estado frente al proceso de endurecimiento que éste viene padeciendo.

Por consiguiente, la segunda de las vías que aquí se propone, conectada con la anterior, se centra en la necesidad de que la ciencia penal halle en el recurso a los derechos humanos una fuente de limitación y aplicación del poder punitivo del Estado, debiéndose tener presente con ello la necesaria readaptación hacia la conformación de un *ius commune* penal europeo en atención al nuevo contexto de europeización del Derecho. De este modo se proyecta una doble finalidad: por un lado, tal ejercicio debe servir en la construcción de un acervo operativo entre penalistas de distinta tradiciones

jurídicas —sobre todo entre los del *comon law* y los del *civil law*—así como entre éstos y sus congéneres de otras disciplinas; y por otro, también resulta necesario que la doctrina penal proyecte su atención sobre los derechos humanos como medio de control tanto de las decisiones del juzgador como, sobre todo, de las del legislador penal. De este modo, se dispondría de un material actuable ante la red de tribunales destinados a garantizar el sistema constitucional europeo, más allá del mero recurso a los principios penales tradicionales, como los de *ultima ratio*, fragmentariedad, exclusiva protección de bienes jurídicos... Pues mientras que éstos son propios del acervo cultural de algunos juristas —especialmente de alemanes, italianos, portugueses, andorranos o españoles—no lo son de todos aquellos que conforman los Tribunales de garantías europeos.<sup>64</sup> Por el contrario, los derechos humanos son propios a todas las tradiciones jurídicas europeas y cuentan, a diferencia de los principios político-criminales, con previsiones normativas concretas. Por consiguiente, la finalidad que los etéreos principios pretende, en orden a defender la adecuación del *ius puniendi*, se puede lograr en no pocas ocasiones a través de la configuración normativa de determinados derechos humanos que sí gozan de una positiva normativización en los tratados internacionales.<sup>65</sup>

A modo de ejemplo, ni la Constitución española ni la italiana prevén expresamente la regla procesal de *non bis in idem*. De hecho, fue el propio Tribunal Constitucional español quien tuvo que consolidarlo por vía de interpretación. Sin embargo, como ya he puesto de manifiesto en otro artículo,<sup>66</sup> la jurisprudencia constitucional española es enormemente deferente con el aparato punitivo en orden a censurar la concurrencia de procesos penales y administrativos frente a un mismo sujeto, por unos mismos hechos, como también incluso con mayor gravedad aún ocurre en Italia. Por tal motivo, este último país, ha sido recientemente condenado en el denominado *Caso Grande Stevens*, en el que el TEDH aprecia la violación del *non bis in idem* prevista en el art. 4 del Protocolo 7 al CEDH y critica al Estado italiano por crear las condiciones para la violación sistemática de tal derecho individual.<sup>67</sup>

El tradicional principio de *non bis in idem*, gracias a su previsión en el art. 4 del Protocolo 7 al CEDH, adquiere una

to de una grave sanción administrativa—impuesta por la División del mercado y asesoramiento económico mediante expediente iniciado en 2006 y cuya resolución devino firme en junio 2009—en relación a la apertura de un proceso penal en 2008 contra los mismos sujetos por los mismos hechos, “en sentido histórico”, en este caso por un supuesto delito de manipulación del mercado, del que finalmente fueron absueltos por sentencia de la Corte de Casación Italiana fechada el 17 de diciembre de 2013. Vid., CARPIO BRIZ, D. I., “Non bis in idem”, en *Memento Penal Económico de la Empresa*, Dir. Ortiz de Urbina, Ed. Francis Lefebvre, 2ªed. Madrid, 2016; sobre la importancia de la sentencia en Italia, Vid., VIGANÓ, F., “Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani”, en *Diritto Penale Contemporaneo*, versión telemática, 2015, pp. 1-25.

68- Es de alabar, en el ámbito punitivo, el esfuerzo del Tribunal Constitucional de Andorra de acomodar su jurisprudencia a la del TEDH. Por ejemplo, entre otras, SSTC de Andorra, del 15 de juny del 2015; 7-9-2013 relativa al recurs d'empara 2013-4 i 8-RE; 7-9-2012 relativa al recurs d'empara 2012-10-RE; o 4-6-2012 relativa a l'acció incidental 2011-1-PI.

69-STEDH Caso *Engel y otros contra Países Bajos*, de 8 de junio de 1976, Párr. 82, criterios establecidos a raíz de las sanciones disciplinarias impuestas a militares en el ejercicio de su servicio- para determinar, más allá de su consideración formal, si éstas albergaban una esencia penal según el sentido autónomo del CEDH.

70- El segundo criterio — el escrutinio material de la naturaleza de la infracción— se considera el más importante para averiguar o reconocer la naturaleza penal de la norma. A los efectos del CEDH cabe determinar la condición jurídico-penal de una infracción y, por lo tanto del procedimiento debido, en atención a tres parámetros:

1) Según los sujetos activos de la conducta: Primará su consideración penal si el círculo de sujetos activos configurado por la conducta típica está integrado por el común de los ciudadanos y no por un conjunto específico caracterizado por poseer un estatus específico o especial —special status—.

2) Bienes jurídicos protegidos: Debe tomarse en consideración los intereses protegidos por la norma. Presume el Tribunal que algunos, donde las normas administrativas resguardaban la dignidad humana y el orden público, constituyen la esfera tradicional de protección del Derecho penal. En este nivel de análisis teleológicoepistemológico el carácter menor del peligro no excluye por sí mismo la calificación penal del interés protegido.

3) La finalidad de la sanción: Son prototípicas del Derecho penal las finalidades represivas y preventivas o, en terminología del Tribunal, “los objetivos de represión y disuasión de la infracción...”. Por lo tanto, deben excluirse de la esfera penal todas aquellas obligaciones que expresamente tengan una finalidad compensatoria o indemnizatoria.

nueva dimensión.<sup>68</sup> Deja de presentarse como un “principio” para constituirse en una “regla” jurídica contenedora de un derecho subjetivo de rango constitucional destinado a garantizar la seguridad del ciudadano frente al aparato punitivo del Estado.

El ejemplo propuesto sobre el *non bis in idem* nos conduce a los *Criterios Engel*, un concepto de injusto penal común para los países adheridos al Consejo de Europa. Según el TEDH la calificación como penal o administrativa de una norma efectuada por el legislador estatal que la dicta no es determinante para evaluar la aplicabilidad de las garantías penales del Convenio, pues sería tanto como delegar la finalidad del sistema de protección de los derechos humanos en materia penal a los propios Estados Parte, lo que pervertiría la finalidad y coherencia del sistema constitucional de protección Europeo. Por este motivo los términos “procedimiento penal” empleados en el texto del art. 4 han de interpretarse sistemáticamente, esto es, a la luz del conjunto del articulado, según los principios generales aplicables a las expresiones “acusación en materia penal” —criminal charge— y “pena” —penalty— que figuran en los arts. 6 y 7 del Convenio. La constante jurisprudencia del Tribunal sostiene la posible existencia de una “acusación en materia penal” o, en general, de “materia penal” en función de los *Criterios Engel*.<sup>69</sup> Éstos atienden a: A.) La calificación jurídica que la infracción recibe en la legislación interna; B.) El escrutinio material de la naturaleza de la infracción; C.) El grado de severidad de la sanción en la que incurre el interesado.<sup>70</sup>

La incipiente construcción de un concepto de Derecho penal en el contexto del constitucionalismo europeo, junto a las garantías limitativas que el mismo acompaña en forma de derechos subjetivos, no puede dejar impasible al penalista europeo, quien debe esforzarse por comprender que éstos no se sobrepone, sino que se complementan recíprocamente, con los principios político-criminales reconocidos en los sistemas constitucionales nacionales. En conclusión, los derechos humanos pueden desarrollarse como una poderosa herramienta de control del legislador nacional a tener en cuenta por la ciencia penal en los futuros envites que se producirán entre la exasperación punitiva (penal/administrativa) y el haz de libertades que adquieren rango de derecho subjetivo directamente oponible a la norma.

#### 4. Conclusiones

El actual *panpunitivismo neoconservador* que invade las legislaciones penales europeas ha propiciado, en muchos casos, el abandono de aquel optimismo generado en la ciencia penal de los años 70 y 80 por las posibilidades de proyección de los textos constitucionales sobre el Derecho penal, en orden a procurar su racionalidad y garantismo, sin que por ello se perdiera eficacia en la protección de los intereses esenciales del Estado Social y democrático de Derecho. Hoy en día parece que las ideas de *tolerancia cero*, de *expansión* del Derecho penal y de *retribucionismo* o *exasperación punitiva* hayan triunfado, eso sí democráticamente, sobre los fundamentos del Derecho penal del Estado Constitucional.

A mi modo de ver, frente a esta situación se requiere que la ciencia penal de corte constitucional proceda en el plano del método sobre el redescubrimiento de la Constitución o, si se quiere, sobre el descubrimiento integrado en ésta de las posibilidades del Sistema Constitucional Europeo como revivificación del modelo aspiracional de Derecho penal constitucionalmente orientado. Sólo bajo la formación constitucional del jurista-penalista cabe la redirección hacia un sistema jurídico-punitivo eficiente y garantista que emerja de la normativa, contexto y proceso circunscritos en la Constituciones y que, por lo tanto, sea a su vez compatible con el sistema de garantías del cada vez más desarrollado orden público europeo. En cuya médula se encuentran los principios jurídico-penales inspiradores del sistema constitucional sobre los que el penalista de este siglo debe actuar. Entre los cuales destacan, por un lado, la necesaria formación en teoría de la argumentación, en concreto, en teoría de la argumentación legislativa y, por otro, la dirección de los derechos humanos. Ambos son herramientas poderosas y poco exploradas para la sujeción de un sistema penal que actualmente tiende hacia el desbordamiento y, por consiguiente, a la injusticia.