

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

DEI S. PRAVIDE ET PRO

Revista

Enero 2020

45

Revista Penal

Penal

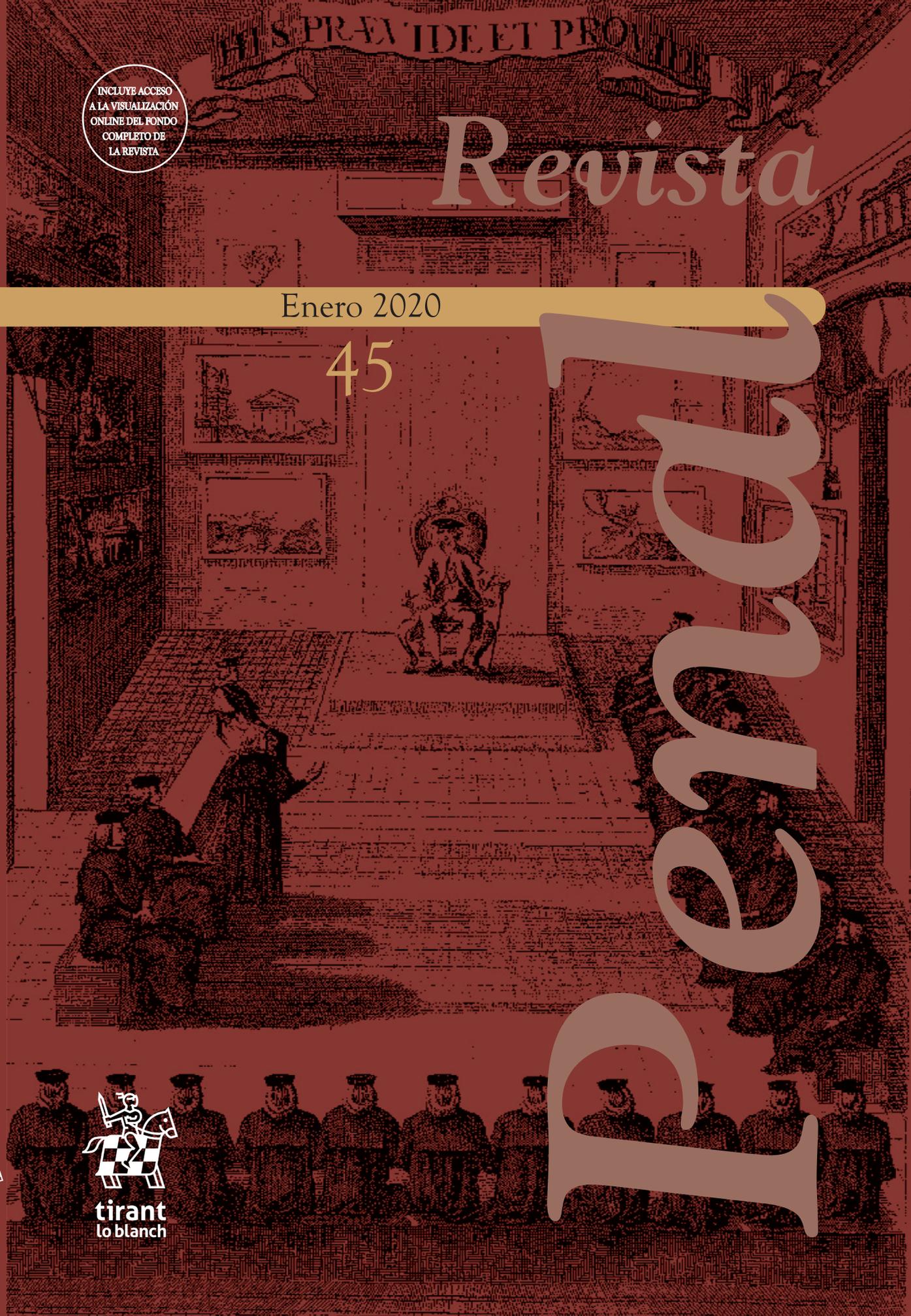
Enero 2020



tirant
lo blanch



tirant
lo blanch



Revista Penal

Número 45

Sumario

Doctrina:

– Culpabilidad jurídico-penal del sujeto ético versus justificación de la actuación en conciencia, por <i>Mercedes Alonso Álamo</i>	5
– Aspectos técnicos de la atenuante de reparación del daño en los delitos económicos o de cuello blanco, por <i>Sergio de la Herrán Ruiz-Mateos</i>	15
– Luces y sombras de la transposición al ordenamiento español de la directiva 2008/99/CE, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, por <i>María Ángeles Fuentes Loureiro</i>	33
– Reflexiones acerca de la relevancia penal del consentimiento: ámbito de aplicación, por <i>Cristina Guisasola Lerma</i>	56
– La reparación del daño causado por el delito en el Derecho brasileño. Evolución después del regreso a la democracia (1985) y situación actual, por <i>Silma Marlice Madlener</i>	75
– Derecho Penal y Filosofía. Una mirada para transitar hacia un aprendizaje crítico, por <i>Laura Pascual Matalán</i>	89
– La relación entre la Constitución y el Derecho penal: una mirada desde la orilla constitucional, por <i>Miguel Revenga Sánchez</i>	99
– La trilogía del Tribunal de Justicia de la UE sobre Euroorden y condiciones de detención contrarias a la dignidad: en busca de la confianza mutua perdida, por <i>Cristina Rodríguez Yagüe</i>	109
– El ‘defecto de organización’ en la estructura de imputación de responsabilidad a la persona jurídica por la comisión de delito, con especial referencia a los sistemas chileno, peruano y argentino, por <i>Anna Salvina Valenzano y Diva Serra Cruz</i>	141
– Trata de seres humanos y trabajos forzados, por <i>M^a Belén Sánchez Domingo</i>	172
– Prensa, redes sociales y formación de la opinión pública: una introducción para la comprensión del populismo penal mediático, por <i>Débora de Souza de Almeida</i>	194
– Integración de mecanismos de prevención del delito de cohecho en la vigente fórmula legal de compliance penal corporativo, por <i>Florin David Tugui</i>	214
Sistemas penales comparados: La prueba ilícitamente obtenida (<i>Illegally obtained evidence</i>)	234
Especial: Lectio doctoralis , por <i>Thomas Vormbaum</i>	274

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE



Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	John Vervaele. Univ. Utrecht
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Christina Schreiner (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Ana Cecilia Morún Solano (República Dominicana)
Angela Supervielle (Estados Unidos)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Pamela Cruz y Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>



La relación entre la Constitución y el Derecho penal: una mirada desde la orilla constitucional

Miguel Revenga Sánchez

Revista Penal, n.º 45. - Enero 2020

Ficha técnica

Autor: Miguel Revenga Sánchez

Title: The relationship between the Constitution and Criminal law: a look from the constitutional bank

Adscripción institucional: Universidad de Cádiz

Resumen: El trabajo consiste en una reflexión sobre las relaciones de identidad que se producen entre la proclamación de derechos y el constitucionalismo, por un lado, y los fundamentos y el establecimiento de las condiciones del poder de castigar, por otro. Partiendo de un rápido recorrido de carácter histórico, la reflexión se centra en el encaje del Derecho Penal dentro de la lógica de la Constitución normativa y el constitucionalismo de los derechos, indaga en el significado del tópico del Derecho Penal como “Constitución en negativo”, y analiza los desafíos y las tensiones que, con respecto a este, se producen como consecuencia de la obsesión penalizadora del legislador, la autocontención del juez constitucional, y los desencuentros entre las interpretaciones nacionales de ciertos tipos penales y las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Palabras clave: Constitución, Derecho Penal, constitucionalismo, garantismo, Derecho Penal del Enemigo, Tribunal Constitucional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Abstract: The essay is a reflection on the identity relations that run between the proclamation of rights and constitutionalism, on the one hand, and the foundations and the establishment of the conditions of the power to punish, on the other. Starting from a rapid historical overview, the reflection focuses on the fit of Criminal Law within the logic of the normative Constitution and the constitutionalism of rights, looks into the meaning of the topic of Criminal Law as “Constitution in negative”, and analyzes the challenges and tensions that, with regard to this, spring up as a result of the hyper-activity of the legislator, the self-restraint of the constitutional judge, and the disagreements between national interpretations of certain criminal types and those of the European Court of Human Rights.

Key words: Constitution, Criminal Law, constitutionalism, guarantee-constitutionalism, Criminal Law of the Enemy, Constitutional Judge, European Court of Human Rights

Observaciones: El presente texto es la versión escrita de la conferencia pronunciada el 3 de julio de 2019, en el marco del Curso de verano de la Universidad de Cádiz sobre “Constitución y ley penal: nuevos soplos de libertad desde Cádiz”, dirigido por la profesora María Acale, catedrática de Derecho Penal.

Rec: 07/07/19 **Fav:** 14/09/19

1. De las muchas definiciones de constitucionalismo, una particularmente simple y a la vez expresiva es la que se centra en su pretensión de poner freno al poder mediante el derecho. Aparecen ahí los dos polos de una relación conflictiva: el poder como un atributo de

ejercicio constante de dominio, de carácter desnudo, y el derecho como el instrumento concebido para atemperar el dominio, para hacerlo soportable y re-dirigirlo hacia objetivos de general aceptación. Frente al poder, un fenómeno complejo de situar en sus precisos con-

tornos, el derecho se nos aparece como algo moldeable y relativamente sencillo de instituir, al menos en su punto de partida. Por ello, el *material de trabajo* de los juristas, los códigos y las leyes y demás normas de cualquier carácter y origen, e incluso las sentencias y resoluciones judiciales —lo que los anglosajones denominan genéricamente *law in the books*— nos concede un punto de referencia inobjetable a partir del cual nos resulta posible conjeturar sobre los fosos que se abren en la práctica entre el *ser* de la realidad y el *deber ser* del mundo de lo jurídico.

2. Desde la perspectiva de las presuntas ventajas de las que, debido a ello, podemos disfrutar los juristas, con respecto a los politólogos y demás observadores de la realidad social, la Constitución se nos aparece como la norma más problemática; y ello no sólo por carecer de cualquier asidero intermedio que se interponga entre ella y la voluntad política o, por mejor decir, las voluntades políticas plurales y contradictorias que explican su proceso de gestación, sino porque ella misma está cuajada de conceptos que sólo se entienden a partir de las experiencias y de los conflictos políticos que los moldearon y les dieron su razón de ser. Si nos fijamos, por ejemplo, en el concepto de soberanía, y lo observamos como un *topoi* o lugar de encuentro entre la voluntad política primigenia y su traslación al plano de lo jurídico, entonces se nos vendrán a la cabeza los orígenes de la modernidad política y la absolutización del poder real; pero también pensaremos en aquello que se sitúa en las antípodas de dicho poder, es decir, en el proceso de afirmación del constitucionalismo y en la reformulación radical, si bien un tanto ambigua y contradictoria, de la idea de soberanía. En el fundamento de la legitimidad de la *maquinaria constitucional* asoma, pues, la cabeza de una construcción teórica concebida para resolver conflictos políticos, y cuya traslación al terreno de lo jurídico no es posible sin que la idea misma de soberanía no se vea sometida a tensiones y contradicciones que le son inherentes, y que sacan a la luz todas las servidumbres que el uso dogmático de ciertas palabras tiende a ocultar. Recordemos que en la construcción de Bodino había ocho “marcas de soberanía” irrenunciables (el derecho de legislar, el de decidir sobre la paz y sobre la guerra, el de nombrar a los altos dignatarios, el derecho supremo de justicia, el derecho a la fidelidad y a la obediencia, el derecho de gracia, el de acuñar moneda y el derecho a recabar impuestos), pero el verdadero atributo de la soberanía, nos dirá Bodino, es el primero de los relacionados, pues engloba a todos los demás: “Sous cette meme puissance de donner et casser la loi sont compris tous les autres marques et droits de souveraineté. De sorte que, à parler proprement, on peut dire qu’il n’y a que cette seule marque de souveraineté, attendu que tous les autres droits sont compris en celui-là”.

3. Si el verdadero atributo del poder soberano consiste en establecer las leyes y en anularlas cuando así le plazca a quien detenta la soberanía, el carácter esencial de la voluntad soberana cuajada en normas consiste en estatuir el elenco de conductas prohibidas y que pueden ser, por ello mismo, objeto de castigo. Desde cualquier costado que observemos la realidad jurídica de cualquier sociedad organizada, se nos aparece la capacidad de prohibir y el poder de castigar. Y tal atributo consustancial a la idea de poder es el presupuesto de la definición del Estado como la organización que ostenta el monopolio de la coacción legítima, como nos explicó muy atinadamente Max Weber en su obra *La política como vocación*. Pues bien, frente a la realidad del poder y su terca predisposición a separar lo que se ajusta a la ley y lo que no, para establecer los castigos y sanciones correspondientes, hay en el constitucionalismo de todos los tiempos un empeño sostenido por someter a limitaciones dicha prerrogativa consustancial al ejercicio de poder soberano; o dicho de otro modo, una creencia en la capacidad de la razón para domeñar la voluntad y atemperar su tendencia a la arbitrariedad y al exceso. Fijémonos, por ejemplo, en la *Magna Charta Libertatum* concedida en 1215 a sus súbditos, bajo la presión de los barones, por el monarca inglés Juan Sin Tierra, y que es para muchos el punto de partida de las Declaraciones de derechos y de la propia idea de constitucionalismo: “Ningún hombre libre será castigado por un delito menor mediante pena que no sea adecuada al delito; y por un delito grave, la pena también será proporcional a la gravedad, sin que sea posible privar al reo de sus medios de subsistencia (...)”, se lee en la Cláusula 20, un principio que se reitera en la 21 para condes y barones, y que tiene una proyección genérica, que hoy llamaríamos procedimental, en la famosa Cláusula 39: “Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni recurriremos a la fuerza contra él, ni enviaremos a otros para que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial pronunciada por sus pares con arreglo a la ley de la tierra”. A partir de ahí, podríamos ir encontrando disposiciones de ese tenor en las Declaraciones que acompañan la práctica del constitucionalismo en Gran Bretaña (por ejemplo en la Petición de derechos de 1628, en la Ley de modificación del *habeas corpus* de 1679 o en el *Bill* de derechos de 1689, pero también, del otro lado del Atlántico, en el otro gran filón de experiencia constitucional a partir, por ejemplo, de la Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia de 1776, en la que, a nuestros efectos, llaman la atención las estipulaciones VIII (“Que en todos los procesos criminales o de pena capital el acusado tiene derecho a conocer la causa y la naturaleza de su acusación, a ser confrontado con quienes lo

acusar y los testigos, a aducir testimonios en su favor y a un juicio rápido por un jurado imparcial de hombres de su vecindad, sin cuyo unánime consentimiento no podrá ser considerado culpable; y no se podrá obligar a nadie a declarar contra sí mismo; ni ningún hombre podrá ser privado de su libertad sino de acuerdo con el derecho del país y mediante el juicio de sus pares”) y IX (“Que no deberán exigirse fianzas excesivas, imponerse multas desproporcionadas, ni infligirse castigos crueles o desacostumbrados”).

4. En las disposiciones que acabamos de reproducir se amalgama lo sustantivo con lo procedimental, sin que resulte fácil discernir qué importa más, si lo uno o si lo otro, o qué fue antes de qué. Expresan el modo de ser de un constitucionalismo que algunos llamamos *antiguo*, por haberse practicado y reafirmado en una época anterior a la del surgimiento de las Constituciones escritas. Por la profundidad de lo que ellas significan y por la ambición que denota su voluntad de cancelar el pasado e instaurar un *novus ordo seculorum*, estas últimas representan la gran cesura del decurso constitucional. Por eso la historia del constitucionalismo no es otra, para muchos, que la historia de las Constituciones escritas. Aunque a veces no se resalta lo suficiente que, del mismo modo que en los Estados Unidos había una larga tradición de derechos proclamados antes de la Constitución de 1787, también en Europa, y concretamente en la Francia revolucionaria, la operación constituyente tuvo como presupuesto la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, un texto que nos sitúa ya en el horizonte de garantías de las que hoy disfrutamos, aunque en una estación que nos puede resultar remota si la comparamos con los añadidos y las adherencias que el constitucionalismo asumió a raíz de la gran tragedia que supusieron las dos grandes guerras del siglo XX. Lo que la Declaración de 1789 tiene de innovador no deja de ser un tanto paradójico si lo contemplamos desde el punto de vista de lo que hoy podemos considerar como un trazo característico del constitucionalismo. Me refiero a la pretensión normativista que hoy impregna la idea de lo constitucional, una pretensión que a veces está en la base de la tendencia a olvidar el origen de la Constitución y las peculiaridades que necesariamente la acompañan en tanto que norma. Pues para la Declaración de 1789 no era tanto esto lo que importaba, sino rescatar la soberanía de la usurpación a la que se había visto sometida durante el Antiguo Régimen, y configurarla como un resorte con capacidad de poner en marcha la capacidad de legislar para blindar después el producto como la expresión intangible de la voluntad general. La ley, no la Constitución, es lo que importa a la Declaración de 1789 y, por más que ello va a suponer un refuerzo de la mejor tradición racionalista, iluminista (y, por ende, humanista) del po-

der de castigar, no dejará de tener proyecciones y consecuencias indeseables también desde tal perspectiva.

5. No menos de once veces se recrea la Declaración en las virtudes de la ley, comenzando por ensalzarla como la única fuente apta para establecer limitaciones a la libertad (artículo 4). Con una dimensión específicamente penal, el artículo 5 indica el margo general de lo que puede y no puede prohibirse (sólo lo perjudicial para la sociedad); y los artículos 7, 8 y 9 enuncian los rasgos esenciales de los principios de legalidad (“Ninguna persona puede ser acusada, detenida ni encarcelada más que en los casos determinados por la ley y según las formas que ella prescribe”), de *lex previa* y de proporcionalidad de la pena (“La ley no debe establecer más que las penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada”), así como de presunción de inocencia (“Toda persona se presume inocente mientras no haya sido declarada culpable...”). A la altura de 1789, el constitucionalismo había incorporado en su código genético las exigencias de un poder de castigar compatible con los compromisos que se asumían simultáneamente de manera explícita; un punto de partida ciertamente prometedor, que también pudiera verse como el resultado de las esencias de un derecho penal civilizado, tal y como habían quedado expuestas tres décadas antes en el célebre pasaje de la obra de Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, que tantas veces se cita: “toda pena para que no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes”.

6. Las Constituciones asumieron con naturalidad tales o parecidos resabios garantistas, como si una cosa, redactar textos constitucionales, llevara aparejada la otra: proclamar derechos y establecer garantías. Un ejemplo paradigmático de ello lo hallamos en la Constitución de Cádiz de 1812, un texto contradictorio y fascinante por tantas razones que, pese a repudiar por afrancesado el método de la Declaración de derechos como un *corpus* cerrado y sistemático, no dejó de vincular la administración de la Justicia y el ejercicio de la persecución penal al respeto de unas *formalidades* equivalentes a los derechos que ya nos son conocidos. Desde la perspectiva histórica, cada sistema punitivo es, por supuesto, un caso de estudio con tendencias y perfiles diversos, aunque, hablando en términos generales, no creo que sea exagerado constatar la existencia de un foso entre el programa de la Constitución y la realidad de una práctica punitiva en la que los planteamientos novedosos aparecían lastrados por la falta de decisión política a la hora de desarrollarlos y por

las inercias y reminiscencias en los modos de administrar justicia propios del Antiguo Régimen. En España, desde luego, no parece que hasta las grandes reformas codificadoras de la Restauración, y en concreto hasta la Ley de Enjuiciamiento Criminal (aprobada precisamente cuando se cumplía el centenario de la Declaración de derechos francesa), sea posible hablar de un ejercicio del poder punitivo acorde con los requisitos y con las garantías que se mencionaban en la misma. Como tantas veces se resalta, más allá de los vaivenes políticos y cambios constitucionales, hay una tradición *guerracivilista* que hizo de nuestro siglo XIX un siglo turbulento y alejado de la normalidad política. Y con la crisis de la Restauración y la dictadura se exacerbaron las tendencias que habían empujado nuestro devenir colectivo hacia la suspensión de garantías, la criminalización de la disidencia política, y la intromisión del Ejército, y de la jurisdicción militar, en la salvaguarda de un “orden público” opaco a los derechos y utilizado como cláusula comodín para la defensa a ultranza del orden social y económico establecido.

7. A la entrada en vigor de la Constitución de 1978 (CE), el encaje del Derecho Penal (como, por lo demás, el de las diferentes ramas del derecho) en las nuevas concepciones jurídicas exigidas por ella era una tarea pendiente de realizar. Lo que había cambiado en las décadas transcurridas desde el final de la Segunda Guerra Mundial era la cualidad de la Constitución; y de manera especialmente decidida en aquellos sistemas que incorporaron una jurisdicción constitucional con funciones diversas, pero entre ellas, y como competencia nuclear, la del control del legislador, en un intento de terminar con el déficit de normatividad que había caracterizado desde siempre a los textos constitucionales, al menos en la experiencia europea. Las aspiraciones de la Constitución como norma paramétrica (*norma normarum*) y el afianzamiento del compromiso con la *fundamentalidad* de ciertos derechos, bajo el impulso de un Tribunal especializado, separado del Poder Judicial, y dotado de un estatuto constitucional del máximo relieve, transformaron todo el panorama. En lugar de garantías vaporosas y revocables al vaivén de las conveniencias políticas, valores superiores, principios normativos y derechos reconocidos como fundamentales. Se ha resaltado muchas veces cuánta importancia se le dio a desarrollar con celeridad las previsiones del Título IX para disponer del Tribunal que allí se preveía. Y en este contexto es oportuno recordar que la Ley Orgánica reguladora del Tribunal Constitucional (la 2/1979, de 3 de octubre) fue publicada tan sólo unos días después de la Ley Penitenciaria (LO 1/1979, de 26 de septiembre), una ley a la que le cupo el honor de ser, en términos absolutos, la primera de las leyes orgánicas de la etapa constitucional.

8. La lógica de la interpretación jurídica de la Constitución no muda la peculiar naturaleza de esta norma, pero cambia la perspectiva de las lecturas. La CE trajo un Derecho Penal Constitucional contemplado expresamente en el texto, pero también un Derecho Penal que había que constitucionalizar. Y si lo primero puede describirse mirando a la CE, lo segundo es, y será siempre, un proceso en marcha y necesitado de “voluntad de Constitución”, por parte de legisladores, jueces y profesores. A la “legislación penal y penitenciaria” no hay más referencia expresa que la del artículo 149.1. 6, para reservarla a la competencia exclusiva del Estado. Es uno de los rasgos decididamente “anti-federales” de nuestro sistema que se refuerza mediante la reserva estricta de ley orgánica realizada en este ámbito mediante una técnica de trazo grueso, que no deja de suscitar interrogantes si atendemos a la literalidad del artículo 81 CE: “son leyes orgánicas *las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas*”. Lo cierto es que, para el TC, la materia penal es materia de ley orgánica, lo que, en términos de lógica democrática, al menos tiene la ventaja de impedir intervenciones del legislador avaladas por mayorías que estén por debajo del umbral de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso. Más allá de esa referencia, el Derecho Penal de la Constitución se completa con preceptos que lo afectan directa y nuclearmente, como ocurre con el artículo 25 (legalidad penal y humanización de la pena) o de manera indirecta pero intensa; así, por ejemplo en el caso del derecho a la vida con prohibición de tratos inhumanos y degradantes (artículo 15), el derecho a la libertad y a la seguridad (artículo 17, con los condicionantes formales y materiales de la detención), el 24 (derecho a la tutela judicial efectiva y garantías durante la sustanciación de los procedimientos penales). Y también, sin realizar una enumeración exhaustiva, el 71 (inmunidad de diputados y senadores con imposibilidad de detención, salvo en flagrancia), y buena parte de los preceptos que integran el Título VI, dedicado al Poder Judicial, en lo que tiene de delimitación de las condiciones en las que debe desempeñarse la jurisdicción penal.

9. Pero siendo el derecho de la Constitución el “suelo” o la normatividad primaria con relación a las demás ramas del ordenamiento jurídico, lo decisivo es la impregnación del Derecho Penal de los valores y de los principios que estructuran nuestro sistema constitucional y le hacen ser como es. El nuestro es un Estado social y democrático de Derecho comprometido con la “centralidad” de la persona, con su dignidad y con sus derechos. Cada parte de esa concatenación de apelativos tiene concreciones en el propio texto de la CE. Pero con independencia de ello, es el punto de vista, la declaración de principio, que se pretende con alcance transformador o “performativo” lo que impone condi-

cionamientos que afectan de lleno al modo de ser del Derecho Penal y a las formas en las que este se aplica. En este sentido, uno de los tópicos recurrentes es el que consiste en calificar a este último como la “Constitución en negativo”. Es una expresión que aparece por ejemplo en la Exposición de Motivos de lo que suele llamarse el Código Penal de la democracia, el aprobado en 1995: “Si se ha llegado a definir el ordenamiento jurídico como conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza, puede entenderse fácilmente la importancia del Código Penal en cualquier sociedad civilizada. El Código Penal define los delitos y faltas que constituyen los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal. En consecuencia, ocupa un lugar preeminente en el conjunto del ordenamiento, *hasta el punto de que, no sin razón, se ha considerado como una especie de «Constitución negativa»*. El Código Penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores y principios cambian, debe también cambiar. En nuestro país, sin embargo, pese a las profundas modificaciones de orden social, económico y político, el texto vigente data, en lo que pudiera considerarse su núcleo básico, del pasado siglo. La necesidad de su reforma no puede, pues, discutirse”.

10. En una época de acusado frenesí legislativo, que desafortunadamente afecta también de lleno al Derecho Penal, sería muy interesante examinar, para extraer consecuencias, cuáles son los tópicos que aparecen de manera recurrente en las Exposiciones de Motivos. Con lo de la “Constitución en negativo” no se sabe muy bien lo que se pretende decir, si se trata de una manera de justificar la restricción de la libertad que conlleva la normativa penal, o bien si lo que se pretende es resaltar las cualidades, por así decir, intrínsecamente constitucionales, que dicha normativa posee en el contexto de un Estado social y democrático de derecho. Si es lo primero, parece como si el Derecho Penal se situara en las antípodas de las pretensiones que alumbraron la ilusión constitucional. En positivo, se limita el poder para garantizar derechos. Y en el constitucionalismo de los derechos fundamentales, estos vienen a expresar la materialización jurídica de un ámbito de libertad natural que empuja en la dirección no diré de saltar por encima del catálogo establecido en la Constitución, pero sí de aceptar *prima facie* como expresión de ellos formas de ejercicio del libre actuar de cada cual. Como es bien sabido, en Alemania, el compromiso con el “libre desarrollo de la personalidad” que aparece en el artículo 2 de la Constitución, ha sido decisivo para ensanchar los contenidos de los derechos fundamentales y conferir, de paso, al Tribunal Constitucional un protagonismo en la creación de “nuevos derechos” que la doctrina no acepta de manera pacífica. En España también tenemos la fórmula del libre desarrollo de la personalidad, pero

aparece un tanto desplazada por la idea de dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social con la que se abre, en el artículo 10.1, el Título dedicado a los derechos y deberes fundamentales. El acusado carácter jerárquico que tiene nuestra declaración de derechos, consecuencia de un escalonamiento de garantías (artículo 53 CE) que empuja a admitir como fundamentales unos derechos —los amparables por el Tribunal Constitucional— y a desterrar los otros al limbo de las categorías equívocas, ha hecho que la fórmula del libre desarrollo de la personalidad, a diferencia de la de la dignidad de la persona, apenas haya tenido esbozos interpretativos en la jurisprudencia del TC. El debate de ha desplazado más bien hacia los significados del derecho a la libertad y a la seguridad del artículo 17.1. Y en esto la jurisprudencia del TC no ha podido ser menos imaginativa: el derecho a la libertad, en el contexto de dicho artículo, no significa nada más (y nada menos) que el enunciado genérico de las garantías que el propio artículo desglosa a renglón seguido; esto, es la garantía de que la privación de libertad se realizará sólo en los casos previstos en la ley y respetando las exigentes condiciones restrictivas que aparecen en los Apartados 2 a 4 del artículo 17.

11. La doctrina se ha ocupado de indagar cuáles son las consecuencias de concebir la libertad y el libre desarrollo de la personalidad como auténticos derechos individuales o, cuando menos, como fórmulas con un profundo significado jurídico. No entrará ahora en el debate sobre el carácter cerrado o abierto de nuestra declaración de derechos y en los problemas que ello plantea desde el punto de vista de cómo surgen los derechos en el devenir constitucional y qué “espaldarazos” o confirmaciones necesitan para ser admitidos y calificados, con todos los honores, como derechos fundamentales. Es un debate que me parece que no puede deslindarse de lo que supone para el elenco de los derechos proclamados en sede interna la superposición de Tablas y Declaraciones, con sus correspondientes mecanismos e instancias jurisdiccionales de garantía, más allá del Estado. En lo que sí hay que entrar, porque ello afecta de lleno al alcance de la potestad punitiva, es en los requisitos que resultan consustanciales al constitucionalismo de los derechos cuando se trata de coartar, de la manera más extrema, la libre determinación de la conducta. En ese sentido se ha hablado de una especie de norma de clausura del sistema de los derechos que, con un enunciado de reminiscencias dieciochescas, podría expresarse así: “toda conducta individual está permitida a menos que venga prohibida por una norma que sea conforme con los cánones de constitucionalidad desde el punto de vista material y formal”. Ello es, por lo demás, expresión de la interdicción general de la arbitrariedad de los poderes públicos que aparece en el artículo 9.1 de la Constitución. Y a efectos prácticos

conlleva que la norma que tipifique como delito una conducta concreta, estableciendo una sanción, ha de tener justificación constitucional suficiente, de manera que no sólo tendrá que demostrar que la finalidad que persigue es la defensa de un bien constitucional digno de protección, sino también acreditar que la forma en la que se concreta la tipificación de dicha conducta, y la sanción correspondiente, no incurrir en sí mismas, ni producen, desproporción. Como es sabido el constitucionalismo contemporáneo ha acabado por hacer del test de proporcionalidad un canon hermenéutico de proyección universal a cuyo socaire ha ganado consistencia la defensa de los derechos en sede jurisdiccional. En España, tras unos inicios titubeantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dicho principio ha acabado por adquirir unos perfiles bastante nítidos, lo que no significa que los conflictos entre derechos fundamentales, o los que provienen de actuaciones de los poderes públicos que los limitan en la práctica, sean siempre conflictos de desenlace previsible. El canon de la proporcionalidad es sólo eso, pero nada menos que eso: una estructura para la argumentación jurídica que condiciona sin predeterminarlo el modo de resolver las controversias que se plantean en el ámbito de los derechos fundamentales. Y cuando es el legislador quien se encuentra en el núcleo del conflicto, porque lo que se haya en entredicho es el resultado mismo de su obra, entonces los tribunales que poseen la facultad de controlar la constitucionalidad de la ley, suelen combinar el expediente de la proporcionalidad con otros principios de la interpretación constitucional, como son los de presunción de constitucionalidad de la ley o el de la interpretación conforme, en un intento de atemperar la fortísima relevancia política de dicha facultad de control. En favor del *self-restraint* jurisdiccional hay un consistente argumento democrático y, desde luego, en España, si contemplamos retrospectivamente los 40 años de control de constitucionalidad de las normas penales, creo que no es exagerado afirmar que este ha funcionado de manera en extremo mesurada, y bajo la lógica de la deferencia hacia el legislador, sobre todo cuando el objeto del control, en vía directa o incidental, han sido normas aprobadas tras la entrada en vigor de la Constitución. Aplicando el canon de proporcionalidad para deducir la inconstitucionalidad de la ley, no viene a la memoria más decisión que la STC 136/1999, una sentencia que versaba sobre la tipificación del delito de colaboración con banda armada en el Código de 1973 y en el que la duda se refería a la imposibilidad de establecer una gradación de la pena en función del tipo de colaboración prestada. La norma penal —se lee en dicha sentencia— no debe producir “un patente derroche de coacción que convierte la norma en arbitraria y (...) socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho”

12. Pero decíamos antes que el tópico del Derecho Penal como Constitución en negativo, era también susceptible, si se me admite la paradoja, de una lectura en positivo. Leído así, la construcción del Derecho Penal refleja lo mejor de una tradición racionalista, iluminista y centrada ahora en la dignidad de la persona, como un atributo intangible de ella, de todas las personas y en garantía de todas las personas. Desde la reconstrucción del universo jurídico (y en cierto modo también político) posterior a la Segunda Guerra Mundial, la dignidad de la persona es el concepto clave, en torno al cual se elaboran una serie de construcciones dogmáticas sobre las esencias de ese derecho primario que es el Derecho Constitucional y, de reflejo, sobre los límites y los imperativos a los que tienen que atenerse las ramas secundarias del ordenamiento jurídico, comenzando, desde luego, por el Derecho Penal, como derecho de la coacción por antonomasia. Un derecho de la coacción legítima, no de la violencia infundada o injustificada y, por ende, un derecho que actúa, como se ha dicho, de muro de contención contra los excesos y entusiasmos punitivos; un derecho, en definitiva, de las garantías, de las formas y de la medida. Precisamente, el *garantismo* representa hoy todo un modelo normativo, no ya para hallar el lugar del Derecho Penal en el mapa de lo constitucional, sino para sentar las bases de una filosofía jurídica y política que se toma en serio la realización de los derechos fundamentales y aporta, por ello, al constitucionalismo nuevos sesgos relacionados con las tareas del gobierno, más allá de las limitaciones del poder, imponiendo a este cargas de justificación, y a las normas requisitos de validez que van más allá de su vigencia. Bajo el paradigma garantista, el Derecho Penal se nos aparece como un exigente derecho que minimiza la violencia y maximiza la libertad situando el poder de castigar en los contornos que le corresponden cuando el punto de vista, y el sustrato que da fundamento a todo, radica en los valores superiores positivizados en la Constitución: dignidad, pero también libertad, igualdad, justicia, pluralismo; y además, en una especie de cascada descendente mediante la cual se va concretando el Estado social y democrático de derecho, los principios estructurales (todos los del artículo 9, en cada uno de sus Apartados sobre normatividad de la Constitución, remoción de las desigualdades y “cultura” y realización del Estado de Derecho, el 10.2, sobre la apertura al derecho Internacional de los derechos, por citar algunos) y los derechos fundamentales, entendidos como derechos subjetivos y como orden objetivo de valores. Todo ello, junto a las disposiciones que disciplinan y limitan el poder de castigar, da sentido a las construcciones dogmáticas que reflejan la mejor tradición del Derecho Penal como derecho constitucionalizado: legalidad, intervención mínima y *ultima ratio*, culpabilidad, *non bis in idem*, proporcionalidad, huma-

nidad, personalidad de la pena y resocialización, por indicar sólo algunas de las señas que lo caracterizan.

13. En las antípodas de una construcción como la que acabamos de esbozar, el “Derecho Penal del enemigo”, se nos aparece como una *survivance schmittiana* que exacerba la necesidad de prevenir y el poder de castigar, operando una divisoria radical entre las personas dignas y los delincuentes indignos, estos últimos situados, por su conducta, o por su potencial peligrosidad, extramuros del pacto constitucional. Los atentados de 2001 en territorio estadounidense y el acoso sostenido desde entonces por el terrorismo de matriz integrista islámica, ha dado ínfulas a ponderaciones, digamos estructurales, entre los valores de la libertad y la seguridad, que realzan esta última al extremo de desvirtuar los fundamentos sobre los que se asienta el Estado Constitucional. La creación de nuevas figuras concebidas para eludir las restricciones del Derecho penal humanitario, los intentos de conferir apariencia de derecho a prácticas aberrantes, y la creación de espacios permanentes de excepción, en una especie de oxímoron jurídico, son algunas de las consecuencias que se han incorporado al legado de estas primeras décadas del siglo XXI. Pero junto a ello, el empeño por sostener el Estado de derecho en la lucha contra el terrorismo, en instancias globales (Naciones Unidas), supranacionales (Consejo de Europa) y de integración (Unión Europea), también han dejado, con sus luces y sus sombras, huellas que son un referente en contra del exceso y del deslizamiento hacia el “a como dé lugar” a la hora de plantar cara al terrorismo. En ese mismo empeño se inscriben también ciertas decisiones de relevantes órganos jurisdiccionales, internos y de carácter supranacional, que invitan a redoblar el reconocimiento hacia las virtudes del Estado de derecho.

14. La obsesión por la ley y el principio de legalidad, propia del constitucionalismo, al menos en la versión “europea” o “continental”, de la que nosotros procedemos, cuajó en el movimiento codificador, que inició su andadura en las primeras décadas del siglo XIX. La positivización del derecho mediante Códigos y la aplicación imparcial de las normas por jueces independientes fueron considerados como una especie de *summum* de las aspiraciones que puso en marcha la revolución constitucional. Obviamente entre el constitucionalismo y el positivismo codificador hay una tensión que tendió siempre a resolverse en detrimento de la efectividad de los derechos “proclamados” en sede constitucional pero dejados luego al albur de la libérrima voluntad política para dotarlos de contenido. Pero con independencia de ello, hay algo en la codificación que tiene mucho que ver con el principio de legalidad, entendida como *lex certa*. Previsión legal y certeza jurídica son principios que, convenientemente actualizados,

el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera inexcusables para que pueda producirse una injerencia legítima en los derechos reconocidos en el Convenio. Tales principios son, desde luego, especialmente importantes en materia penal, y eso explica que, tras la entrada en vigor de la Constitución, se hicieran patentes las falencias de un código punitivo que era anterior a ella. La jurisprudencia de los Tribunales situados en el vértice del organigrama —el Supremo y el Constitucional, desde luego, pero también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos— resultó decisiva, tanto en los aspectos sustantivos como en los procedimentales, para acomodar en lo posible la legislación a las exigencias constitucionales. La aprobación de la Ley Orgánica 10/1995 (el ya mencionado “Código Penal de la democracia”) fue considerado, por ello, como un gran logro tanto en lo político como en lo jurídico. La anomalía es que, en los 24 años que han transcurrido desde entonces, parece como si hubiéramos ingresado en una lógica punitiva que ha dejado de lado las aspiraciones de certeza y aquietamiento propias de la codificación, para deslizarse en un marasmo de reformas que, en la gráfica expresión de algún autor, ha asestado un golpe de muerte a la cultura garantista, conduciéndonos, de la mano de cierto populismo punitivo que parece gozar de excelente salud, a una especie de nueva Edad Media. Ciertamente más de 30 reformas del Código Penal en 24 años denotan un frenesí legislativo al servicio de la pura contingencia política que permite cuestionar qué es lo que queda de los principios estructurales del Derecho punitivo que se asentaron desde la Ilustración.

15. Por su propia naturaleza cada reforma penal es susceptible de producir una incidencia profunda y directa sobre el ejercicio de ciertos derechos fundamentales. En el Código Penal (artículo 20.7), el obrar en el ejercicio legítimo de un derecho es una de las causas de exención de responsabilidad. El legislador debería cuidarse mucho de fomentar, mediante tipificaciones defectuosas por excesivas o indeterminadas —es decir vulneradoras del principio de taxatividad— conflictos permanentes causados por conductas que puedan aparecer a la vez como delictivas y como ajustadas a los márgenes de lo que la titularidad del derecho permite. Una cosa y la otra son incompatibles; si hay ejercicio de un derecho no puede haber actuación delictiva y, a la inversa, un acto delictivo jamás podrá presentarse como perteneciente a la esfera de la conducta posibilitada por el reconocimiento del derecho. A propósito del conflicto entre derechos fundamentales, típicamente el derecho al honor frente a la libertad de expresión, cuando ello está en la base de un litigio penal, la jurisdicción se enfrenta cada día con ese dilema. Y el Tribunal Constitucional tiene sobre el particular una rica jurisprudencia, surgida a menudo en amparos del artículo 44 de la LOTC, en los que, contraviniendo la aparente prohibi-

ción de entrar en el fondo del asunto, revisa con lupa las ponderaciones realizadas por el juez ordinario en las sucesivas instancias. El contenido constitucionalmente garantizado de un derecho resulta, pues no sólo inmune frente al legislador (sobre el particular puede verse la STC 235/2007, *caso cuestión de inconstitucionalidad sobre el delito de negación del genocidio*) sino también frente a ponderaciones que caigan indebidamente del lado de la penalización. Obviamente la decisión al respecto corresponde a quien tiene la última palabra, esto es, al Tribunal Constitucional, y sería ingenuo pretender que la regla mediante la cual el ordenamiento intenta asegurar la supremacía interpretativa del mismo (artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) sirva para suprimir (o atenuar) el carácter esencialmente *difficil* de muchos de los casos.

16. Lo que resulta llamativo es que el contraste de pareceres se produzca entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Eso es lo que ha venido ocurriendo entre nosotros a propósito de la aplicación de un tipo penal que resulta en sí mismo problemático por confluir, directa y nuclearmente, con el ejercicio de la libertad de expresión, y a veces por parte de personas que ostentan cargos públicos representativos. Me refiero al delito de injurias al rey (artículo 490.3 del Código Penal), incluido desde 1995 en el Capítulo II (delitos contra la Corona) del Título XXI (delitos contra la Constitución). De entrada el TEDH ve con bastante cautela la protección penal, específica y reforzada (al estilo del delito de lesa majestad), de la figura del jefe del Estado; en este sentido puede verse, por ejemplo, la Sentencia de 14 de marzo de 2013, en el asunto *Eon contra Francia*, en el que Francia resultó condenada a propósito de la publicación de unos comentarios satíricos sobre Sarkozy, que fueron objeto de una condena penal. En España tenemos una trilogía de casos que inició en 1992 con la condena en el asunto *Castells contra España*, prosiguió en 2011 (caso *Otegui Mondragón contra España*) y ha culminado por el momento en 2018 con el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera contra España*. Declaraciones o actos expresivos que para los jueces españoles, incluido los de la mayoría del Tribunal Constitucional, revestían un carácter delictivo, fueron considerados en Estrasburgo como formas legítimas de crítica política que acarrearón una respuesta por parte de las autoridades españolas desproporcionada y desajustada a las necesidades de una sociedad democrática. En un escenario de tutela multinivel de los derechos, las discordancias y los desacuerdos entre los tribunales están en la “naturaleza de las cosas”. Y esa es la razón por la cual se postula el diálogo y la “fertilización jurisdiccional entrecruzada” como vías que propendan a evitar un contraste frontal e irreversible que cuestione los fundamentos en los que se apoya la lógica de la pluralidad de reconocimientos

de derechos y sedes de protección. El último de los casos citados nos parece en este sentido especialmente preocupante pues denota un desencuentro profundo entre el TC y el TEDH. La mayoría de los jueces del TC, en la Sentencia 177/2015, a propósito de la quema pública de un retrato de los reyes como culminación de una manifestación independentista, no apreció vulneración de las libertades de expresión o ideológica (y por tanto respaldó las condenas penales) con una *ratio decidendi* que equivale a una interpretación extensiva del tipo penal, por considerar que la quema había que encuadrarla dentro de una categoría de discurso, la del discurso del odio, que en modo alguno se corresponde con lo que se tiene por tal ni en el TEDH ni en otras instancias oficiales que se dedican a combatirlo, tanto en el seno del Consejo de Europa como en el de la Unión Europea. El larguísimo y sinuoso artículo 510 del Código Penal (en la versión resultante de la reforma de 2015), que es el que persigue la incitación al odio, es, por cierto, un ejemplo de libro de tipificación imprecisa, excesiva, de dudosísimo encaje en los esquemas de un sistema que garantiza la libertad de expresión e incompatible con las exigencias de un Derecho Penal garantista y eficiente.

17. La sociedad española se ha visto envuelta en debates que dividen profundamente a la sociedad y que revisten a la vez un carácter penal y constitucional. Así sucedió en su momento a propósito de la despenalización parcial del aborto en 1983, un debate que se zanjó con la STC 53/1985, en la que el Tribunal respaldó la despenalización y exigió al legislador que mejorar la factura técnica de la ley, como finalmente se hizo, para superar el canon de constitucionalidad. El cambio operado en esta materia mediante la LO 2/2010, desde un sistema estrictamente de indicaciones, a uno combinado, de plazos e indicaciones, fue objeto de un Recurso de Inconstitucionalidad que, 9 años más tarde, continúa pendiente de sentencia. Algo debería de hacerse para evitar que el Tribunal Constitucional, en rigor ningún Tribunal, pueda disponer libérrimamente de su agenda, hasta el extremo de congelar ciertos temas que pueden resultarle espinosos dilatando una respuesta que el transcurso del tiempo hace cada vez más inútil. La reforma del Código Penal de 2015 trajo entre otras muchas novedades la introducción de la pena de prisión permanente revisable. Este aspecto de la reforma ha sido objeto de un Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto por comisionados de 6 Grupos Parlamentarios. Cualquiera que esté interesado puede ver los argumentos —que en su mayor parte comparto— esgrimidos en el recurso, pues está disponible en la red, y hay que felicitarse de que ello sea así en aras de la calidad del debate público. Como hemos apuntado, el TC se ha mostrado siempre renuente a “enmendar la plana” al legislador cuando se trata de la decisión sobre aspectos

esenciales de la política criminal. Quizá el *leading case* al respecto sea el de la penalización de la negativa a someterse a la prueba de alcoholemia, resuelto en la STC 161/1997. Pero con independencia de ello, lo que puede decirse en términos puramente de interpretación constitucional es que cualquier Constitución combina prohibiciones cerradas de hacer con mandatos de actuar igualmente cerrados e imperativos. Y también reconoce derechos con márgenes más o menos amplios de indeterminación e instituye garantías. En la lengua del derecho, suele decirse que es un combinado de reglas y principios; y en la dogmática del constitucionalismo de aceptación más generalizada, que la Constitución debe ser tenida más como un marco para el libre despliegue de las distintas opciones políticas que como una especie de vivero concentrado en el que se halla el germen de todos los desarrollos futuros. Dicho lo cual, y con mirada desprejuiciada, conviene leer el artículo 25.2 CE en su punto de arranque: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”. Ese es el lenguaje de una regla, no el de un principio que se formule con textura abierta a las configuraciones imprevisibles del futuro y necesitado para cumplir su normatividad de modulaciones y ponderaciones *ad casum*. La regla constitucional consiste en vincular la pena al cumplimiento de unos objetivos: la reeducación y la reinserción. La prevención y la retribución son ciertamente objetivos del sistema de penas y medidas de seguridad que se establecen en la legislación penal, pero con respecto a los cuales la Constitución guarda silencio. Eso significa que han de ser buscados *en el marco* de la Constitución, sin contravenirla, pero respetando en todo caso el condicionamiento que impone el vínculo que dicha regla establece entre la pena y sus objetivos. Así planteado, el debate constitucional puede versar sobre cuáles son los medios más idóneos para lograr tales objetivos, teniendo en cuenta las disponibilidades, es decir, dentro de unos márgenes de acción que admiten fórmulas diversas a discreción de quien tiene la responsabilidad de decidir la política penitenciaria. Pero lo que la regla constitucional no admite, por amplia que sea la discrecionalidad del legislador, es bascular la finalidad de la pena desde la reeducación y la reinserción hacia la retribución y la prevención. Y eso es precisamente lo que hace la llamada prisión permanente revisable: un medio punitivo que contempla primero la retribución, mediante el establecimiento de unos durísimos e ineludibles mínimos de cumplimiento, y devalúa la reeducación y relega la reinserción sometiéndola a condiciones que resultan abiertamente contrarias, por retorcer su sentido, a la regla constitucional.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- Del llamado constitucionalismo *antiguo* y sobre su relevancia para el surgimiento de Cartas y Declaraciones de derechos que preludieron el significado actual de estos, me he ocupado *in extenso* en mi libro *Derechos fundamentales y Constitucionalismo*, México, Porrúa, 2014. Puede verse también la excelente Recopilación de textos a cargo de A. Mariani y U. Vincenti, *Le Carte Storiche dei Diritti*, Pisa, Pisa University Press, 2013.
- La cita de Bodino está tomada de la edición de *Lex Six Livres de la République*, a cargo de Gérard Mairet, que está disponible en la red en el marco de la colección “Les classiques des sciences sociales” (<http://classiques.uqac.ca>). Y la de Beccaria, de la edición de *De los delitos y de las penas*, publicada por Aguilar, en 1979, en la traducción de Francisco Tomás y Valiente.
- Sobre la Declaración de 1789 y el valor del principio de legalidad, Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Cívitas, 2009.
- Sobre la conexión del Derecho Penal con los principios de la Ilustración, la recepción en la Constitución de Cádiz y los grandes rasgos de la evolución del mismo durante el siglo XIX, Ignacio Berdugo, *Reflexiones penales desde Salamanca. “Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana”*, Madrid, Iustel, 2018. Y sigue siendo obligada también la referencia al libro de Manuel Ballbé, *Orden Público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Madrid, Alianza, 1984.
- Sobre la creación del Tribunal Constitucional y su contribución decisiva para el asentamiento del sistema constitucional en España, puede verse ahora el libro coordinado por Miguel Beltrán de Felipe y Daniel Sarmiento, *Un Tribunal para la Constitución*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2017.
- Derecho Penal Constitucional*, Valencia, Tirant, 2015, es el título del completísimo recorrido colectivo que, coordinado por Gonzalo Quintero y Jordi Jaria, trata bajo diferentes aspectos las conexiones explícitas e implícitas entre el Derecho Constitucional y el Derecho Penal. En líneas generales, resulta también muy útil el trabajo de Luis Roca de Agapito, “La legitimación de la sanción penal por la Constitución española de 1978”, en Ramón Punset y Leonardo Álvarez (coords.), *Cuatro décadas de una Constitución nor-*

- mativa (1978-2018)*, Madrid, Universidad de Oviedo/Cívitas/Thompson Reuters, 2018, pp. 257 a 278. Y he consultado también Gonzalo Rodríguez Mourullo, “La consagración constitucional del principio de culpabilidad”, en Benigno Pendás (dir.) *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, Madrid, CEPC, 2018, vol. II, pp. 1331 a 1342
- Amplias referencias a la idea de “Constitución en negativo” y sus implicaciones, pueden encontrarse en el trabajo de Eduardo Demetrio Crespo “Constitución y sanción penal”, *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 1 (2013), pp. 57 a 110.
- Sobre el frenesí legislativo, producto de un populismo punitivo que parece que no tiene fin, con referencia al retorno de la Edad Media, que cito en el texto, Fermín Morales Prats, “Represión penal y Estado de derecho cuatro décadas después”, en F. Morales, J.M. Tamarit y R. García Albero, *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Cizur Menor, Aranzadi/Thompson Reuters, 2018, pp. 189 a 205.
- La referencia a la norma de clausura de nuestro sistema de derechos fundamentales está tomada de Luis Prieto Sanchís, “La limitación de los derechos y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 8 (2000), pp. 429 a 468
- Sobre la proporcionalidad como canon interpretativo de alcance universal, puede verse Matthias Klatt y Moritz Meister, *La proporcionalidad como principio constitucional universal*, México, UNAM, 2017. Y también Aaron Barak, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Lima, Paesstra, 2017.
- Un extenso comentario de la sentencia 136/1999 (*caso Mesa Nacional de HB*), en J. M. Bilbao Ubillos, “La excarcelación tenía un precio: el Tribunal enmienda la plana al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 58 (2000), pp. 277 a 342.
- Sobre garantismo, la referencia es, naturalmente, Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1989. Una crítica del propio Ferrajoli al llamado “Derecho Penal del enemigo” puede encontrarse en el artículo de su autoría “El derecho penal del enemigo”, *Jueces para la democracia. Información y Debate*, 57 (2006), pp. 3 a 10. Tiene mucho interés el volumen colectivo, coordinado por Isabel Martínez y Carlos Daza, *Derecho penal del enemigo y derechos humanos*, México, Ubijus, 2015.
- El problema del choque entre la aplicación de la ley penal y el ejercicio de derechos fundamentales es el objeto de la monografía de Juan Ignacio Ugartemendía, *La eficacia justificante de los derechos*, Valencia, Tirant/IVAP, 2003
- En lo que se refiere a la tutela multinivel de derechos y el diálogo entre tribunales, remito a Rafael Bustos, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012. La expresión “fertilización judicial entrecruzada” está tomada del trabajo seminal de Anne-Marie Slaughter, “A Global Community of Courts”, *Harvard International Law Journal*, 44 (2003), pp. 191 a 219.
- Las condenas de España ante el TEDH en los casos *Castells* y *Otegui Mondragón* son objeto de sendos Capítulos a cargo de Joaquín Urías (“Castells c. España: la libertad de crítica política veraz”) y Teresa Montañés (“Otegui Mondragón c. España: el derecho a la libertad de expresión en el ámbito del discurso político extremo”), ambos en el libro coordinado por R. Alcácer, M. Beladiez Y J.M. Sánchez Tomás, *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Cívitas/Thompson Reuters, 2013, pp. 557 a 585 y 613 a 640, respectivamente. En general, sobre el discurso del odio, puede verse el libro colectivo que tuve el honor de coordinar, *Libertad de Expresión y Discursos del Odio*, Alcalá, Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo, 2015; y específicamente sobre los problemas constitucionales que plantea la actual regulación del artículo 510 del Código Penal, remito a mi trabajo “El discurso del odio: entre la trivialización y la hiperpenalización”, en Adela Cortina y Miguel Revenga, *Sobre el discurso del odio*, Madrid, Círculo Cívico de Opinión, 2018, pp. 25 a 40.
- Finalmente, la cuestión de la prisión permanente revisable, con una aproximación sumamente crítica, es el objeto de la monografía de María Acale, *La prisión permanente revisable: ¿pena o cadalso?*, Madrid, Iustel, 2016