

# Derecho penal y Derecho internacional de los derechos humanos: propuesta para una (mayor) aproximación metodológica

JON-MIRENA LANDA GOROSTIZA

Catedrático de Derecho Penal

Director de la Cátedra Unesco de Derechos Humanos y Poderes Públicos  
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea UPV/EHU(1)

## RESUMEN

*Esta contribución pretende explorar una aproximación sistemática entre la dogmática del Derecho penal y la doctrina del Derecho internacional de los derechos humanos hasta el punto que pueda colegirse una suerte de propuesta para una (mayor) aproximación metodológica entre ambas disciplinas. Dicha propuesta está cada vez más visible en la interpretación de los tipos penales de la Parte especial, pero aquí se busca una fundamentación desde el mismo concepto del Derecho asentada sobre la base de una concepción postpositivista del mismo. La aproximación se sugiere al nivel de los propios fines del Derecho penal, de los principios limitadores del ius puniendi (con especial atención al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos), de la teoría del delito, de la teoría de los fines de la pena y de la propia Parte especial.*

*Palabras clave: Derecho penal, Derecho internacional de los derechos humanos, concepto, método, bien jurídico.*

---

(1) La presente contribución se inscribe como resultado del (y está financiada por el) Proyecto I+d+I PGC Tipo B, PID2020-115320GB-I00 del Ministerio de Ciencia e Innovación (MICIN/FEDER UE), «Delitos de odio en España: retos pendientes», Investigador Principal Jon-Mirena Landa Gorostiza, Catedrático de Derecho penal y Director de la Cátedra de Derechos Humanos y Poderes Públicos, Universidad del País Vasco (UPV/EHU) <http://www.katedraddhh.eus> <http://www.jmlanda.com>.

## ABSTRACT

*This contribution aims to explore a systematic approach between the dogmatics of criminal law and the doctrine of international human rights law to the point that a sort of proposal for a (greater) methodological approximation between the two disciplines can be deduced. This proposal is increasingly visible in the interpretation of the criminal types of the Special Part, but here a foundation is sought from the very concept of Law based on a postpositivist conception of it. The approach is suggested at the level of the purposes of criminal law itself, of the limiting principles of *ius puniendi* (with special attention to the principle of exclusive protection of legal interests), of the theory of crime, of the theory of the purposes of punishment and of the Special Part itself.*

Key words: *Criminal law, international human rights law, concept, method, legal interests.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Concepto e idea del Derecho.–III. Postpositivismo.–IV. Derecho y Moral.–V. Derecho internacional de los derechos humanos: la propuesta de Allen Buchanan.–VI. Sistema interno abierto y multinivel.–VII. Algunos niveles de confluencia. 1. Función del Derecho penal y derechos humanos. 2. Principios del *ius puniendi* y derechos humanos: (solo) el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. 3. Otras consecuencias sistemáticas e interpretativas. 3.1. Teoría del delito y de la pena y derechos humanos. 3.2. Parte especial y derechos humanos.–VIII Reflexión final.–IX. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

Señala Vigano que los derechos humanos han jugado hasta el momento un rol más bien limitado en el discurso jurídicopenal lo cual debería parecer un tanto extraño si se tiene en cuenta que es precisamente el Derecho penal el sector del ordenamiento jurídico que permite los ataques más intensos a los derechos humanos y, al mismo tiempo, es el instrumento de tutela más importante, e imprescindible, para la protección del núcleo de dichos derechos: esto es, la vida, la integridad física, la libertad deambulatoria, la libertad de autodeterminación sexual, la integridad moral y un largo etcétera. El autor italiano al referirse tanto a Alemania como a Italia, pero bien podría extenderse dicha constatación a la realidad española, afirma que, si se echa

una ojeada a cualquier manual de Derecho penal de dichos países, apenas se encuentra presente, expresado y desarrollado el concepto de los derechos humanos(2).

Bien es cierto, no obstante, que la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es cada vez más palpable y visible no solo en términos sociales, sino también en el trabajo de la doctrina jurídico penal y de la interpretación llevada a cabo por los altos tribunales (Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo) y de ahí al resto de la jurisprudencia. Pero más allá de ese punto de conexión, quizá es necesario un intento de trazar una mirada metodológica que imbrique de forma más estrecha a ambas disciplinas –la penal y la del Derecho internacional de los derechos humanos(3)–. Para ello, en lo que sigue, deben ir concretándose, antes de nada, algunas tomas de postura: comencemos por el concepto de Derecho.

## II. CONCEPTO E IDEA DE DERECHO

Mir Puig en su *Introducción a las bases del Derecho penal* indica lo obvio como punto de partida: «El Derecho penal es una rama del Derecho por lo que plantear su concepto presupone inevitablemente aludir al concepto mismo del Derecho en general»(4). Ahora bien, es sabido que el Derecho, particularmente su concepción iusfilosófica, dista mucho de ser unívoca(5). No obstante, podría resultar fructífero tomar postura desde el principio en algunas cuestiones fundamentales al respecto si con ello se pudiera ganar en transparencia y coherencia

---

(2) VIGANO, F., «Menschenrechte und Strafrecht. Ein Plädoyer für eine Neuorientierung», en Fahl, C.; Müller, E.; Satzger, H., y Swoboda, S. (Hg.), *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, 2015, p. 55. Aunque es cierto que la situación en los países del *common law*, al menos en Gran Bretaña, parece diferente si nos atenemos, por ejemplo, al manual de referencia de ASHWORTH, A. y HORDER, J., *Principles of Criminal Law*, 7<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 48 ss. y *passim*, en el que las referencias a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son más intensas y sistemáticas.

(3) Sin perjuicio de que no cabe, por supuesto, una consideración «aislada» de tal doctrina que, en nuestro caso, deberá filtrarse y engarzarse de forma sistemática por los canales de interpretación constitucional y de concretización de los derechos fundamentales. Volveremos sobre ello más adelante (*infra* apartado VI).

(4) MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, B de f, Montevideo/Buenos Aires, 2018, p. 3.

(5) E incluso podría afirmarse que quizá incluso no tenga siquiera sentido o utilidad un intento de definición canónica de una realidad tan compleja ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2012, p. 65.

lógica, sistemática y metodológica(6), a la hora de ahormar con mayor solidez las líneas maestras del concepto material(7) de Derecho penal que deben constituir los vectores del mismo. De cómo se entienda el Derecho, el Derecho penal y su ciencia(8) se derivarán posteriormente consecuencias en los diversos niveles (a los que después se aludirá) y por ello conviene ahora clarificar esos presupuestos de partida.

Antes de optar por una definición o, mejor dicho, por una orientación prevalente en la concepción filosóficojurídica del Derecho también puede resultar conveniente inscribir esa opción en el marco más general de las corrientes filosóficas que pueden servir de elemento adicional de transparencia respecto de las opciones valorativas subyacentes.

La hermenéutica, sin duda, bien podría caracterizarse como una corriente filosófica general que, como es conocido, desplegó de forma más intensa su influencia en el ámbito del Derecho penal a partir de la irrupción del neokantismo en la ciencia jurídicopenal alemana a lo largo del siglo xx en el contexto de los esfuerzos por dotar a las ciencias espirituales de un estatus metodológico científico propio y al

---

(6) La metodología de la ciencia del derecho conduce «queriéndolo o no queriéndolo» a la Filosofía y no hay más que remitirse a la evolución histórica de dicha ciencia para constatar la estrecha conexión entre metodología jurídica y filosofía del Derecho. «Para cada Metodología se podría, aun cuando esta no sea consciente de ello, presentar una Filosofía del Derecho adecuada a ella». LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 237.

(7) No se tratará de un ejercicio de pura especulación iusfilosófica pero sí de una reflexión con vistas a la concepción metodológica de la ciencia del derecho y del Derecho penal para así poner algunas bases y clarificar desde un principio las opciones que permiten asentar la necesaria conexión del Derecho penal positivo y de la dogmática que se ocupe de él con una «idea del Derecho», un principio de sentido (llámesele «justicia» como indica LARENZ, K., *Metodología, op. cit.*, p. 179) que pueda ayudar desde su propio campo externo (propiamente la Ética según LARENZ, K., *Metodología, op. cit.*, p. 179) a precisar y fundamentar de forma más sólida una concepción «material» del Derecho penal y su ciencia (así en relación en particular a cuestiones como la esencia de la norma penal y la propia función del Derecho penal) a la que el penalista tampoco puede renunciar. MIR PUIG, S., *Introducción, op. cit.*, p. 4.

(8) Como ya señalaba GIMBERNAT ORDEIG, E., *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 13 ss., en realidad tanto el concepto como el método deben referirse a la dogmática del Derecho penal, a la actividad que tiene como objeto el conocimiento de las normas jurídicopenales, y es que la tradicional consideración del Derecho penal objetivo nos remite a un conjunto de normas (y principios y valores) sobre los que hay que clarificar qué enfoque científico va a articularse y sobre qué base metodológica. La concepción filosófica que a continuación va a indicarse en realidad son prolegómenos de aproximación a la fundamentación del Derecho penal como ciencia normativa que acabarán incardinándose en una propuesta metodológica de la dogmática jurídicopenal del derecho positivo que rige en un determinado tiempo y lugar.

mismo nivel que el de las ciencias naturales(9). La hermenéutica, como indica Hassemer, no es propiamente una disciplina con un ámbito específico de ocupación científica, sino un «método de aproximación científica a los objetos»(10); de ahí su universalidad, su aplicabilidad a cualquier ámbito científico. En su proyección sobre la ciencia del derecho contribuyó decisivamente a un cierto apartamiento del positivismo, a un giro hacia el pensamiento teleológico y a la asunción consecuente del Derecho como ciencia «comprensiva»(11). La interpretación, en palabras de Gadamer, se convierte así en una operación circular –«círculo hermenéutico», «espiral»(12)– de ir y venir hasta fijar el sentido racional del texto. El «prejuicio» y la «pre-comprensión» (*Vorverständnis*) como juicio de valor previo sobre lo que se quiere comprender se instala en la operación hermenéutica. Prejuicio entendido no como juicio falso que obstaculiza la comprensión, sino como punto de partida y condición hermenéutica de todo comprender(13).

Pero la apelación a la hermenéutica como ciencia del comprender no debe suponer el salto de pretender que esa misma permita, per se, sustituir luego la decisión práctica de decidir: el jurista interpreta para decidir. Como acertadamente señala García Amado, la filosofía hermenéutica, en particular en referencia a su versión gadameriana, indaga en la dimensión ontológica del comprender, pero no va más allá en el sentido de que queda abierta la decisión valorativa: se afana por explicar las condiciones del comprender, pero no especifica ni precipita la decisión valorativa correspondiente(14). y ahí es precisamente cuando se puede hacer entrar en juego el recurso a los fines,

(9) En realidad, no se trata solo del neokantismo, sino que de forma conjunta se acoplan distintas corrientes de pensamiento que acaban por imprimir un cierto viraje «teleológico» en el empeño metodológico de la ciencia del derecho (empezando por Stamler, continuando por el neokantismo, el idealismo objetivo y la dialéctica, o la teoría fenomenológica del Derecho), LARENZ, K., *Metodología*, op. cit., p. 104 ss. También ATIENZA, M., *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 26 ss.

(10) HASSEMER, W., «Juristische Hermeneutik», en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1986, 195.

(11) LARENZ, K., *Metodología*, op. cit., p. 104 ss. y 192 ss. También, por todos, GIMBERNAT, E., *Concepto y método*, op. cit., p. 41 ss.

(12) LARENZ, K., *Metodología*, op. cit., p. 195.

(13) LARENZ, K., *Metodología*, op. cit., p. 197.

(14) GARCÍA AMADO, J. A., «Filosofía hermenéutica y Derecho», en *Azafea*, núm. 5, 2003, p. 203. En el mismo sentido SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed. Ampliada y actualizada, B de F, Buenos Aires, 2012, p. 256, incidiendo en esa transformación de giro neokantiano hacia la consideración del mismo como un presupuesto ontológico de los procesos de conocimiento comprensivo.

valores y principios con los que nutrir las decisiones(15) y ejercer el control de racionalidad de las mismas(16). Fines, valores y principios que, más allá de las normas en sentido estricto(17), orientan la construcción del sistema jurídico y también del Derecho penal a partir, como ahora se va a señalar, de una concepción postpositivista del Derecho(18).

### III. POSTPOSITIVISMO

Desde un punto de vista histórico ya desde finales del siglo XVIII y principios del XIX se produce una evolución o cesura crucial al abandonarse de forma progresiva una visión del Derecho como orden de validez universal para pasar a considerarse como un fenómeno histórico ligado a cada sociedad. El Derecho es un producto histórico y

---

(15) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación, op. cit.*, p. 173 ss., con toma de postura por buscar esos referentes o premisas valorativas en el sistema de valores y principios contenidos en la Constitución (p. 177 ss.) pero que indefectiblemente desembocan en una discusión propia de la filosofía jurídica (p. 180). Más adelante habremos de volver sobre esta línea argumental que compartimos en lo sustancial.

(16) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación, op. cit.*, p. 259 y p. 254 ss., apela a ese control de racionalidad al hilo de la caracterización de la científicidad de la dogmática jurídicopenal.

(17) DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1995, p. 72 ss.

(18) Un punto de partida no muy distinto sigue ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2014, p. 47 ss., quien para la identificación y fundamentación del concepto de bien jurídico parte de la perspectiva del neoconstitucionalismo o constitucionalismo de los derechos dentro del marco referencial de los derechos humanos. Véase también PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2017, p. 23 ss., quien al describir el panorama y nuevo paradigma que se abre con el neoconstitucionalismo –o mejor dicho los neoconstitucionalismos– caracteriza el mismo a partir del reconocimiento de la incuestionable fuerza normativa de la constitución como norma suprema (p. 25) y, por lo que a nosotros ahora nos interesa, una «rematerialización constitucional» que incorpora al texto constitucional no solo normas formales o procedimentales de reparto competencial del poder, sino también normas sustantivas destinadas a trazar límites positivos y negativos a los poderes vía, en el caso de la Constitución española, valores superiores, principios y especialmente los derechos fundamentales. Ello al parecer tiene por efecto que «[...] con ello se incorporan a la constitución contenidos que proceden directamente de la moralidad». (p. 26) y, como veremos más adelante, supone en cierto modo una superación de la dialéctica entre iusnaturalismo y positivismo (p. 57 ss.). En lo que sigue iremos trazando una hoja de ruta similar desde el paradigma constitucional hacia los referentes de valoración articulando la propuesta de delimitación de derecho-moral en términos fluidos, como presupuestos de fundamentación de ulteriores propuestas en sede jurídicopenal.

humano: esto es, un fenómeno concebido como una creación del ser humano que es quien lo puede transformar y adaptar, superando así una visión iusnaturalista de un orden eterno y universal. La secularización inherente a la modernidad centra como objeto de estudio de la ciencia el derecho positivo de cada sociedad y no ya el derecho natural(19). Esa corriente de evolución, dando un salto a las postrimerías de la segunda guerra mundial, se consolida y concretiza, tanto en el derecho interno como en el plano del Derecho internacional, con la confluencia de la constitucionalización de los derechos fundamentales y del Derecho internacional de los derechos humanos(20). y es que se incorporan al derecho positivo, a través de los derechos fundamentales (plano interno) y de los derechos humanos (plano internacional), buena parte de las exigencias propias del pensamiento iusnatural racionalista. Como sintetiza Atienza, las Constituciones en las democracias occidentales más avanzadas cierran la jerarquía de fuentes como normas jurídicas plenamente vinculantes –y no ya meramente programáticas– que exigen la conformidad del conjunto del sistema legal con los derechos fundamentales (paradigma constitucionalista frente a un paradigma positivista-legalista) (21).

Los derechos fundamentales «positivizan» así los antiguos derechos naturales en el plano interno del Estado constitucional pero, de la misma manera, la evolución del Derecho internacional de los derechos humanos confluye en el mismo sentido desde un plano externo. El derecho de gentes como rama del derecho universal ha ido decantando estándares cada más consolidados de derechos humanos que representan una Carta de vocación universal y vinculación estricta como *ius cogens*(22).

Los derechos humanos y los derechos fundamentales, en síntesis, incorporan al propio Derecho positivo de cada país buena parte de la pretensión de universalidad, vinculación, control de racionalidad y estándar mínimo de justicia que desempeñaba la aspiración iusnaturalista. Desde esta óptica el debate entre positivismo y iusnaturalismo pierde en cierto modo su pujanza(23) en favor de una identificación

(19) ATIENZA, M., *El sentido, op. cit.*, p. 118.

(20) ATIENZA, M., *El sentido, op. cit.*, p. 119.

(21) ATIENZA, M., *El sentido, op. cit.*, p. 119.

(22) ATIENZA, M., *El sentido, op. cit.*, p. 119. También CARRILLO SALCEDO, J. A., *El Derecho internacional en perspectiva histórica*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 173 ss.

(23) En el mismo sentido con matices PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos, op. cit.*, p. 57 ss., caracterizando el neoconstitucionalismo como una tercera vía, una filosofía del Derecho totalizante, con tal pluralidad de posiciones que más que cancelar la dialéctica positivismo *versus* iusnaturalismo simplemente la resignifica y está abierta a ambas (p. 58 ss.).

más matizada de la concepción del Derecho que, en nuestro caso, será por tanto «postpositivista»(24).

En tal sentido se manifiesta la interesante propuesta de MacCormick, a la que nos adheriremos en lo fundamental por su posición de equilibrio(25), quien define el Derecho, en su seminal obra de referencia(26), como «orden normativo institucional»(27). Efectivamente, se sitúa conscientemente dicho autor en una posición intermedia entre teorías positivistas y de derecho natural; una versión personal «post-positivista» en su propia autoclasificación(28). Una tal concepción recurre de forma estructural a los derechos fundamentales como vectores de limitación del poder («Constraints on Power») a partir del presupuesto de que la transferencia del monopolio de la violencia al Estado no está exenta del potencial de que se abuse del ejercicio del mismo y no solo de la mano de ejemplos autoritarios o totalitarios como el régimen Nazi, sino también en democracias consolidadas como la del Reino Unido o EE. UU.(29).

Insiste en que la idea del Estado de Derecho (*Rule of Law*, *Rechtsstaat*) representa sin duda un límite indispensable pero que, en realidad, solo opone un límite de tipo más bien formal al ejercicio del

---

(24) Véase la síntesis de AGUILO REGLA, J., «Positivism and postpositivism. Two legal paradigms in few words», en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007, p. 669 ss., quien resume en diez tesis el cambio de paradigma positivista (legalista) al postpositivista (constitucionalista): del modelo de reglas al modelo de principios y reglas; del modelo de relaciones lógicas entre normas al modelo de relaciones lógicas y de justificación; de la correlatividad entre derechos y deberes a la *prioridad* justificativa de los derechos; del modelo de subsunción al modelo de ponderación; del modelo de oposición fuerte entre «crear» y «aplicar» normas al modelo de la continuidad práctica de las diferentes operaciones normativas; de los juicios formales de validez de las normas a la distinción entre validez formal y validez material de las normas; de la distinción de «casos regulados/casos no regulados» a la distinción «casos fáciles/casos difíciles»; de la separación tajante entre lenguaje del Derecho y el lenguaje sobre el Derecho a un discurso reconstructivo del mismo; de la distinción tajante entre estática y dinámica jurídicas a la concepción del derecho como práctica; y, finalmente, de «enseñar Derecho es transmitir normas (contenidos)» a «enseñar Derecho es desarrollar ciertas habilidades».

(25) Y a la vez como representante particular de toda una corriente que puede incluirse en el neoconstitucionalismo o paradigma constitucionalista con autores, además del propio MacCormick como R. Dworkin, J. Raz, R. Alexy, C. S. Nino, L. Ferrajoli o Zagrebelsky..., como señala, PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos*, *op. cit.*, p. 31.

(26) MACCORMICK, N., *Institutions of Law. An Essay on legal Theory*, Oxford, 2007.

(27) MACCORMICK, N., *Institutions of Law*, *op. cit.*, p. 1.

(28) MACCORMICK, N., *Institutions of Law*, *op. cit.*, p. 5 y p. 278 y 279.

(29) MACCORMICK, N., *Institutions of Law*, *op. cit.*, p. 187 ss.



poder mientras que los derechos fundamentales van a representar, en su institucionalización, los límites materiales o substanciales(30).

Rastrea retrospectivamente el pensador escocés las raíces de los derechos fundamentales a través de la época feudal y del poder soberano como inspirado divinamente que, sin embargo, acaban por evolucionar hacia una demanda de legitimidad que encuentra diversas respuestas en Hobbes, Locke o, en la misma línea del contrato social, en autores como Rousseau y posteriormente Kant, Rawls, Scanlon o Habermas(31). Pero Maccormick considera que la discusión contractualista y de derecho natural cesa en torno a la mitad del siglo xx sufriendo el embate de una aproximación utilitarista con una feroz crítica conducida por autores como Hume o Bentham y también John Austin(32).

Sitúa, en todo caso, su posición y la discusión actual en la idea de que el control del poder se realiza a partir del escrutinio que sobre el poder legislativo ejecutan los jueces basados en una Declaración de Derechos Fundamentales (*Bill of Rights*). Idea que fue resistida antes de la segunda guerra mundial, pero que acaba por imponerse definitivamente ante los acontecimientos dramáticos de dicha conflagración bélica(33).

Por tanto, entiende Maccormick, que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (con sus desarrollos institucionales vía Convenciones internacionales, monitorización por los Comités de control, etcétera) y su paralelo desarrollo regional (en particular en Europa: Convención Europea de Derechos Humanos, Unión Europea, constitucionalización doméstica de los derechos fundamentales...) ha transformado definitivamente el debate sobre los derechos naturales ante la evidencia de que su positivización permite su defensa al margen de que la posición esté fundada en consideraciones más de índole contractualista (derecho natural, racional) o utilitarista. Los derechos humanos en su actual versión institucional representan, por tanto, un límite formal y substantivo al poder. El hecho de que tales derechos humanos no puedan evitar *de facto* tales abusos en todos –ni en muchos de– los casos: esto es, la evidencia empírica de abusos de los derechos por el Estado, no evita que estos se hayan incorporado definitivamente como límites substantivos a acumular al límite formal del

---

(30) MACCORMICK, N., *Institutions of Law, op. cit.*, p. 190.

(31) Estos últimos con una idea menos historicista del contrato social y más asentada en modelos ideales discursivos a partir de las expectativas y aspiraciones racionales del ciudadano. MACCORMICK, N., *Institutions of Law, op. cit.*, p. 191 ss.

(32) MACCORMICK, N., *Institutions of Law, op. cit.*, p. 194.

(33) MACCORMICK, N., *Institutions of Law, op. cit.*, p. 195.

principio de legalidad (*rule of law*) eso sí siempre a expensas de una interpretación en el detalle conforme a las distintas instancias de control de su violación(34).

#### IV. DERECHO Y MORAL

Una tal opción postpositivista en la línea de lo planteado por MacCormick diluye en cierto sentido una separación radical entre la moral y el derecho en la medida en que incorpora a aquella dentro de este(35). Parece así un corolario adherirnos a un cierto objetivismo moral cuando se trata de adoptar postura respecto de los diversos planos confluyentes en la razón práctica. Atienza sintetiza adecuadamente y defiende esta posición en la que engloba a autores como MacCormick pero también Dworkin, Alexy o Nino, destacando que, así concebido, el Derecho maximiza su potencial como instrumento de transformación social(36). El Derecho, como práctica social, no puede entenderse separada de objetivos y de valores morales y, por tanto, no cabe una distinción estanca entre moral y derecho. Tampoco ello puede significar que la una y la otra se confundan o que el Derecho deba ser considerado una rama de la moral. Sin duda el Derecho mantiene una cierta autonomía respecto de la moral, pero con puntos de contacto que aseguran que aquella ejerce una función tanto externa como interna en relación con el Derecho(37). Ese objetivismo moral «mínimo» (38) , más allá de consideraciones puramente terminológicas sobre si representa una cierta aproximación al derecho natural, finge como condición necesaria para un funcionamiento adecuado del instrumento jurídico en un Estado de Derecho en el que la moralidad ha emigrado al interior del propio Derecho a través del constitucionalismo de suerte que valores como la dignidad, autonomía, no discriminación, etc., más allá de su carácter moral y jurídico definen, en todo caso, los límites de la juricidad(39). El Derecho se articula así como un ámbito no puramente instrumental de la razón práctica que se relaciona con la moral y la política, de manera que estas últimas penetran en el derecho del Estado constitucionales garantizándose una

(34) MACCORMICK, N., *Institutions of Law, op. cit.*, p. 197 y 198.

(35) Manteniendo la distinción, pero con ciertos puntos de contacto MACCORMICK, N., *Institutions of Law, op. cit.*, p. 263 ss.

(36) ATIENZA, M., *Filosofía del Derecho, op. cit.*, p. 347.

(37) ATIENZA, M., *Filosofía del Derecho, op. cit.*, p. 217, 218 y 193 ss.

(38) ATIENZA, M., *Filosofía del Derecho, op. cit.*, p. 199 ss.

(39) ATIENZA, M., *Filosofía del Derecho, op. cit.*, p. 354.

relación armónica entre ellas, pero sin que desaparezca su autonomía. La razón práctica es unitaria, pero sin fusión de ámbitos, aunque con una conexión a modo de puente: «el Derecho como un puente entre la moral y la política; pero habría que matizar que se trata de un puente que tanto une como separa» (40).

Explica convincentemente Maccormick cómo esa migración de – cierta moralidad– hacia el interior de las Constituciones en el Estado de Derecho se ha precipitado a través de la institucionalización de los derechos humanos vía el Derecho internacional. Fijándose en la evolución regional europea va trazando la cristalización de estándares desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en el ámbito universal de Naciones Unidas, hasta los avances en el Consejo de Europa o la Unión Europea en cuyo seno es innegable el papel central desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. La institucionalización de los derechos humanos ha transformado definitivamente el viejo debate sobre el derecho natural de suerte que se erige en un elemento constitutivo del «orden normativo institucional», del Derecho, estableciendo límites formales (procedimentales) y substantivos al ejercicio estatal del poder(41).

## V. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: LA PROPUESTA DE ALLEN BUCHANAN

Los «derechos humanos» son hoy en día una realidad normativa, un dato jurídico positivo pero también un fenómeno susceptible de análisis histórico, cultural, social, político, antropológico, filosófico y, en definitiva, un paradigma que puede ser abordado desde disciplinas y perspectivas científicas bien diferentes. y entre ellas, sin duda, desde un punto de vista filosófico y político, los derechos humanos pueden ser reconducidos al nuevo lenguaje de la justicia en la (post)modernidad. Una (post) modernidad que «no tiene límites» en su apuesta por la voluntad del ser humano como nuevo punto de partida frente a paradigmas más teocráticos y que encuentra en los derechos humanos –quizá– límites a esa –según expresión de resonancias nietzscheanas– «voluntad de poder»(42).

---

(40) ATIENZA, M., *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 356.

(41) MACCORMICK, N., *Institutions of Law*, op. cit., p. 195 ss.

(42) SERRANO, V., *La herida de Spinoza. Felicidad y política en la vida posmoderna*, Anagrama, Barcelona, 2011, p. 117.

Esa idea de «límite» también presente en la concepción jurídica, como ya hemos ejemplificado anteriormente de la mano de Maccormick es, sin embargo, un referente o conexión general de sentido que debe destacarse y desarrollarse, y para ello puede resultar muy fructífera la propuesta de Buchanan en su libro *El corazón de los Derechos Humanos*(43).

En efecto, siguiendo a Buchanan puede ensayarse un intento de fundamentación y legitimación (moral) de los derechos humanos que parta no ya de la idea general de los mismos, sino de un anclaje o punto de referencia más concreto: el Derecho internacional de los derechos humanos como núcleo esencial de la práctica de los derechos humanos. Se parte de que existe una práctica, real, de los derechos humanos. Dicha práctica se integra de tratados internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por los Estados, de la actividad de los comités de control convencional de los mismos; pero también de la jurisprudencia regional de tribunales de garantías en el plano regional e internacional; de la actuación substantiva de las ONG en la materia; y de la incorporación de los estándares internacionales en la jurisdicción doméstica y el impacto de aquellos en la política doméstica e internacional(44).

Frente a esa práctica –cuyo centro es el Derecho internacional de los derechos humanos– se busca desarrollar una fundamentación funcionalista a partir de teorías pragmáticas que intentan legitimarlos con base en que los derechos humanos son instrumentos valiosos que nos ayudan a lograr ciertos fines morales. Fines entre los que están la paz, la prohibición del genocidio, el derecho individual a la existencia y a la seguridad. En todo caso, Buchanan se adhiere a una fundamentación pragmática o funcionalista que no «moralista» y muestra de ello es su tajante rechazo de la denominada «perspectiva espejo» (*mirroring view*) según la cual a un derecho humano –a todo derecho humano– debe corresponder un derecho moral prelegal(45). La justificación del sistema del Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) no es monista y dependiente de una fundamentación moral ligada a un sujeto moral individual. Debe ser una justificación pluralista: pluralista porque apela a diferentes consideraciones morales (no solo a derechos morales individuales, también bienes públicos o intereses colectivos) y porque se acomoda a diferentes concepciones morales como las «colectivistas» que evalúan los derechos humanos

---

(43) BUCHANAN, A., *The Heart of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

(44) BUCHANAN, A., *The Heart*, *op. cit.*, p. 5 ss.

(45) BUCHANAN, A., *The Heart*, *op. cit.*, p. 14 ss. y 50 ss.

por su aportación a las relaciones sociales (no solo, por tanto, a los derechos de las personas individuales) facilitando superar una visión crítica de los derechos humanos como expresión del «imperialismo occidental»(46).

A partir de los presupuestos expuestos, Buchanan caracteriza preliminarmente el sistema del Derecho internacional de los derechos humanos según notas definitorias del mismo. O si se prefiere, cartografía las funciones y elementos constitutivos que contribuyen, además, a su pretensión justificadora y legitimadora. Ahora nos interesan, sin embargo, en su aspecto descriptivo, algunas de las funciones que se atribuyen a ese sector del Derecho internacional(47). y en concreto destacan dos: la función igualitaria y la función de aseguramiento.

La función igualitaria o de estatus igualitario se cifra en la firme determinación del sistema para afirmar y proteger el estatus moral de igualdad de todos y cada uno de los individuos. Afirmación que se condiciona en la operatividad real del sistema según cinco aspectos clave: adscripción universal o inclusiva de los derechos (no solo para hombres, o para blancos, o para las denominadas gentes civilizadas, o creyentes, o aquellos que resulten de utilidad para la sociedad...); igualdad de derechos para todos en un sentido fuerte (mismos contenidos, mismas obligaciones, mismas condiciones de derogación...); obligación de los Estados de hacer efectivos tales derechos sin distinciones arbitrarias; igualdad ante la ley (incluidos los aspectos procesales de defensa de los derechos frente a violaciones sin discriminación); y, finalmente, derecho a la no discriminación por razones de raza o género (tanto frente a la discriminación legal como frente a prácticas de particulares) que no se restringe a casos de cierta gravedad que puedan afectar a las necesidades básicas de cada persona con un daño relevante, sino a todo tipo de discriminación en un sentido más amplio. Estas cinco dimensiones apuntan no ya a asentar un estatus de igualdad meramente distributiva (en la distribución de recursos y oportunidades) sino a algo más profundo: la noción de una igualdad esencial(48). El sistema del Derecho internacional de los derechos humanos, su *praxis*, apunta tendencialmente a algo más que a proveer un listado de derechos para posibilitar que las personas puedan condu-

---

(46) BUCHANAN, A., *The Heart, op. cit.*, p. 50 ss., 249 ss. y *passim*.

(47) BUCHANAN, A., *The Heart, op. cit.*, p. 23 ss. Las notas características serían la de limitar la soberanía (de los Estados); la adscripción de obligaciones; su pretensión de supremacía; la idea básica del sistema y, finalmente, la función de estatus igualitario, por un lado, y la función de bienestar, por el otro. A estas dos últimas funciones se va a dedicar la atención en lo que sigue.

(48) BUCHANAN, A., *The Heart, op. cit.*, pp. 28 ss.

cir su vida con un mínimo de dignidad y decencia. Más allá de procurar la igualdad nominal, formal, debe también articular prohibiciones de conducta que puedan relegar a determinados grupos a un estatus de inferioridad por más que posean en teoría determinados derechos. No se trata simplemente de garantizar una vida digna de mínimos, sino de asegurar su efectividad velando por un estatus fuerte de igualdad real, que no permita una suerte de asimetría esencial en el estatus según grupos(49).

En realidad, se está aludiendo a la función de promoción real y efectiva del principio de igualdad con el despliegue correlativo de la tutela antidiscriminatoria que debe reparar no solo en estándares formales o nominales de derechos ante la ley. Se debe compensar la asimetría de estatus neutralizando también los obstáculos reales (históricos y actuales) que impiden *de facto* que los grupos menos favorecidos puedan elevar sus estándares de bienestar sin techo en una tal aspiración (no solo un «mínimo» de dignidad para algunos sino lo «máximo» posible para todos). Todo ello, más adelante, debería influir en una actitud básica –también en Derecho penal– que endose la necesidad de reforzar una perspectiva garantista, pero que incluya también una actitud proactiva y porosa a las obligaciones positivas –y no meramente prohibitivas– a la hora de concebir la política criminal. Todo ello enlaza también, con la segunda función de aseguramiento o bienestar (*well-being function*).

La segunda función, como su mismo nombre indica, parece apuntar también a la filosofía inherente al Estado Social o Estado del bienestar. Buchanan, en efecto, hace una relectura desde el nacimiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 hasta el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales de 1966, como algo más que una mera prohibición de daños que pudieran ser infligidos por los Estados a sus ciudadanos y destaca la obligación de proveer condiciones positivas de desarrollo (derechos económicos sociales tales como la seguridad social, derechos laborales al descanso, derecho a la vivienda, alimentación, educación, salud...)(50). De una actitud de derechos-defensa frente al abuso estatal: esto es, frente a la no interferencia del Estado en ámbitos de libertad, parece querer destacarse la función de intervención para remover obstáculos en el disfrute y aseguramiento de los derechos.

Las funciones señaladas del sistema del Derecho internacional de derechos humanos, de su *praxis*, no dejan de ser una abstracción de ideas directivas que apuntan a las dos primeras generaciones de los

---

(49) BUCHANAN, A., *The Heart, op. cit.*, pp. 31.

(50) BUCHANAN, A., *The Heart, op. cit.*, pp. 31 y 32.

derechos humanos: los derechos (defensa) civiles y políticos y, por otro lado, los derechos económicos, sociales y culturales como suelo existencial para poder desarrollar las libertades. No debe por tanto extrañar que el propio Buchanan en la caracterización del sistema aluda particular y expresamente a la importancia de su desenvolvimiento mediante la imposición no solo de prohibiciones de interferencia en las esferas de libertad sino también a través de obligaciones positivas de actuar tanto a los Estados como, en su caso, a otros agentes (organizaciones internacionales) y finalmente incluso a corporaciones (privadas) globales(51).

La contribución de Buchanan, desde nuestro punto de vista, resulta especialmente adecuada dado su afán por legitimar (justificar) moralmente la teoría de los derechos humanos proponiendo, para ello, un acercamiento que trata el objeto de reflexión –los derechos humanos– como una práctica social y jurídica y no como elementos morales desconectados del Derecho positivo. Su referencia al Derecho internacional de los derechos humanos como realidad jurídica, vinculante en términos legales e institucionalizada, permite incorporar un análisis de las funciones que debe cumplir tal sistema. Aunque tal análisis funcional es parte de una pretensión legitimadora fundada moralmente y, por tanto, que va más allá de la propia del Derecho, su análisis descriptivo permite iluminar algunos vectores substanciales que orientan (*de facto*) y que deberían orientar (idealmente) el desenvolvimiento del Derecho internacional de los derechos humanos y su práctica y que permiten caracterizarlo. Esa caracterización puede filtrarse e incorporarse, «migrarse», al seno de una reflexión conceptual del derecho y, también, del Derecho penal y su método en la que, como veremos más adelante, el Derecho internacional de los derechos humanos debería jugar un papel central de orientación axiológica(52). El esquema de Buchanan, protegido de con-

---

(51) BUCHANAN, A., *The Heart*, *op. cit.*, p. 24 ss.

(52) En el mismo sentido de acogerse a los derechos humanos como marco referencial partiendo de la reflexión en torno al bien jurídico pero con consecuencias para la concepción toda del Derecho penal véase la profunda y fructífera reflexión de ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 40 ss., 74 ss., y 88 ss. (y *passim*, en la medida en que la propia monografía se endereza precisamente a una construcción y fundamentación del Derecho penal a partir del marco referencial axiológico de los derechos humanos). La autora, no obstante, opta por una fundamentación (p. 103 ss.) y concepción de los derechos humanos (p. 99 ss.) que sirviéndose de la caracterización de Alexy como punto de partida enriquece y matiza la nota de universalidad de tales derechos de forma que facilita su posterior «recogida» en su correlación con los bienes jurídicos individuales y colectivos y las generaciones (primera, segunda...) de los derechos humanos. Al tiempo que también incorpora el necesario principio de realidad siguiendo a Reyes Mate (y W. Benjamin) como universalidad negativa de los dere-

fundir la moral y el derecho, sirve y habilita una inserción minimalista de la justificación moral del sistema (internacional de los derechos humanos): de su contenido mínimo garantizado –y justificable en términos morales– que asegura el adecuado «punto de contacto» entre el Derecho (penal e internacional de los derechos humanos) y su vocación de justicia incorporada según esquemas postpositivistas. Buchanan con su propuesta, por ejemplo, de evitar el paradigma justificador en «espejo» o con la identificación de las funciones de bienestar y estatus igualitario, está proveyendo vectores para racionalizar la discusión de contenidos *ad intra* del Derecho a la vez que permite una justificación última *ad extra* (desde la moral y la política) de cierta apertura pluralista. y ello como debe corresponder a un Estado constitucional cuyo suelo último en la Justicia no puede ser disuelto en un puro positivismo. Las propuestas de Buchanan podrían ser tomadas, a un cierto nivel de abstracción, como «principios éticojurídicos»(53) que orientan los contenidos axiológicos que volcar en el sistema penal en nombre del Derecho internacional de los derechos humanos y su *praxis*.

## VI. SISTEMA INTERNO ABIERTO Y MULTINIVEL

Siguiendo a Larenz los principios éticojurídicos o teleológicoobjetivos de interpretación son ideas jurídicas materiales que en virtud de su propia fuerza de convicción pueden justificar resoluciones jurídicas y que representan «acuñaciones especiales de la idea del Derecho tal y como esta se presenta en su grado de evolución histórica» (54). Tales principios pueden estar formulados expresamente en la Constitución u otras leyes o pueden ser deducidos o descubiertos por la doctrina o la jurisprudencia. Como es conocido, a la identificación de tales principios debe seguir su concretización que puede dar lugar a la elaboración de otros subprincipios que acaban por integrar un «sistema interno» en el que las diferentes ideas directivas conforman un todo

---

chos humanos que llevaría a asumir la causa de los desempoderados, los desiguales, desde dentro del sistema: muy en la línea, así lo entendemos nosotros, de colocar en el centro de las funciones del Derecho internacional de los derechos humanos el principio de igualdad real del Estado social tal y como el propio Buchanan indicaba. Asumir la asimetría real, de los «perdedores de la historia» como punto de partida y transformarla en términos de justicia es un punto clave al que luego habremos de volver lo mismo que a las cuestiones de fundamentación (explicativo-existencial, discursiva) apuntadas por la autora.

(53) LARENZ, K., *Metodología, op. cit.*, p. 465 ss.

(54) LARENZ, K., *Metodología, op. cit.*, p. 465 ss. y 331 ss. y 418 ss.



armónico con cierto orden(55). En todo caso dicho sistema interno es abierto: tanto en el tipo de armonía –o relación– que se puede dar entre los principios, como en la incorporación de otros nuevos a impulso de los avances de la doctrina y la jurisprudencia, reflejando en su evolución el estado de la idea del derecho conforme al momento histórico. La irrupción de principios o ideas directivas totalmente novedosas es más bien la excepción frente a una evolución de las concretizaciones o valoraciones a un nivel inferior o más atenuado. La misión del sistema científico –insiste Larenz– es precisamente «hacer visible y mostrar la conexión de sentido inherente al orden jurídico como un todo con sentido. A ello sirve el descubrimiento de los principios directivos y su concretización en los contenidos regulativos» (56). Por supuesto ello no exime de contradicciones de valoración al sistema que puede estar sometido en diversos sectores de regulación a momentos de evolución diferentes. Las contradicciones valorativas o, añadimos nosotros, su falta plena de ensamblaje, están lógicamente sometidas a un proceso de acompasamiento que puede tardar en precipitarse. Una valoración distinta en un sector parcial del orden jurídico no tiene por qué «tener éxito» (57) inmediato en otro sector de suerte que los «efectos a distancia» (58) desde un sector a otro se pueden ir produciendo con más o menos intensidad y con mayor o menor velocidad en el tiempo. El sistema interno está así abierto a una expectativa de renovación, concretización y ajuste permanente, inacabado e inacabable(59).

La fuente de incorporación de nuevos principios y de contenidos valorativos renovados deberá buscarse a partir del marco constitucional, pero este no deja de suponer también una referencia lo suficientemente abierta como para que sean finalmente los razonamientos de filosofía jurídica los que puedan articular estándares intersubjetivos de renovación axiológica (60). Como habremos de comprobar en lo que sigue, el cruce y la interrelación entre la dogmática jurídicopenal y la doctrina del Derecho internacional de los derechos humanos; de sus principios y valores subyacentes, deberán contribuir a generar los estándares de renovación. Esa renovación no se producirá, no obstante, «de arriba abajo» sino en sentido opuesto. Como indicara en su momento Gimbernat ante la disyuntiva entre la tópica (aproximación

---

(55) LARENZ, K., *Metodología, op. cit.*, p. 465 ss.

(56) LARENZ, K., *Metodología, op. cit.*, 1994, p. 479.

(57) LARENZ, K., *Metodología, op. cit.*, p. 480.

(58) LARENZ, K., *Metodología, op. cit.*, p. 480.

(59) LARENZ, K., *Metodología, op. cit.*, p. 481.

(60) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación, op. cit.*, p. 177 ss.

al problema) y el sistema se impone una solución de compromiso que parta de los problemas(61), del estudio de los casos y de la jurisprudencia (sobre todo, a nuestros efectos, de la de los derechos humanos) para poder ir «experimentando» la «resistencia de la cosa» y renovar dialógicamente, discursivamente, el edificio sistemático(62).

Ese proceso de concretización aludido en un sistema abierto y fragmentario podría reformularse en nuestro caso como la necesaria intensificación del diálogo entre la dogmática jurídico penal y el Derecho internacional de los derechos humanos. Un diálogo que puede tener como puntos de referencia esenciales una reformulación o ajuste de los principios del *ius puniendi* fruto de considerar también los principios subyacentes al Derecho internacional de los derechos humanos a la búsqueda de una mutua fertilización en los diversos niveles; pero no solo. Ese diálogo puede y debe darse también entre los fines del Derecho penal y sus instrumentos (teoría de los fines de la pena) y los fines del Derecho internacional (incluido el penal internacional) de los derechos humanos. Todo ello debería repercutir, lógicamente, en la propia teoría del delito y, finalmente, en la Parte Especial del Derecho penal, en los modos de reconocer y disponer sistemáticamente los grupos de delitos y la plasmación interpretativa de los ámbitos de prohibición de la norma.

Pero en este momento debe precisarse que, para ese diálogo, el referente del Derecho internacional de los derechos humanos debe explicitarse, en realidad, a una acogida del mismo a través de su con-

---

(61) GIMBERNAT, E., *Concepto y método*, op. cit., p. 106, cuando insiste después de presentar la obra seminal de VIEHWEG (p. 103 ss.), que no se trata solo de pensar sistemáticamente y problemáticamente, sino que «el punto crucial es [...] por dónde se empieza».

(62) La integración y el diálogo entre la jurisdicción penal y su jurisprudencia y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otros pronunciamientos de organismos de monitoreo de los derechos humanos –a nivel regional y universal– sientan la base sobre la que la doctrina puede contrastar sus propuestas de resolución de los diferentes problemas interpretativos que, en su caso, en una visión global, van haciendo girar los engranajes de modificación y renovación de los valores y principios que vertebrarán el edificio sistemático. En ese ocuparse de la jurisprudencia y dialogar consiste el «experimento» al que hacía ya referencia GIMBERNAT, E., *Concepto y método*, op. cit., p. 123. Experimento que va obligando a probar las teorías y las construcciones doctrinales y que va así venciendo la «resistencia de la cosa» mediante la progresiva consideración crítica de los distintos puntos de vista en aras a superar la pura subjetividad. Esa «suprasubjetividad», fruto al fin y a la postre de un proceso discursivo dialógico, es la que permite alcanzar un marchamo de cientificidad que no es «exactitud» ni «objetividad» ni «verdad» en los mismos términos que en las ciencias naturales, sino soluciones fundamentadas –defendibles– como garantía de exclusión de la arbitrariedad (p. 115 ss. y pp. 117 y 118, y pp. 118 ss.).

cretización en el denominado *multinivel*(63). Como es conocido el artículo 10.2 de la Constitución española (CE) es un punto clave de enlace del ordenamiento jurídico interno con el Derecho internacional de los derechos humanos cuando indica que «[l]as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Se trata esta de una regla capital de interpretación sobre las disposiciones de derechos fundamentales que enriquece formidablemente su proceso hermenéutico(64) y que remite a una armonización de las diferentes variantes de interpretación *conforme* (a los tratados internacionales de los derechos humanos pero también al Derecho de la Unión Europea) y también necesariamente a un diálogo judicial (principalmente, en nuestro caso, entre el Tribunal Constitucional, Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y Tribunal de Justicia de la UE(65)) en la concretización de los derechos fundamentales.

Como indica Arzo una correcta intelección del artículo 10.2 de la Constitución implica considerar a esta última no como norma de máximos sino de mínimos en materia de derechos fundamentales. En simetría material con el artículo 53 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), el artículo 10.2 CE debe entenderse también que revela una autocomprensión como norma de mínimos. Pero no solo eso. Más allá del recordatorio «latente» en la propia Carta Magna de que la protección de los derechos humanos o fundamentales no es excluyente respecto de otros sistemas de protección, el artículo 10.2 CE alberga un «contenido expreso o activo, relativo a la obligación de interpretación conforme» (66). y ello se cifra en un supuesto de hecho y su correspondiente consecuencia jurídica. El supuesto de hecho se refiere a una operación de interpretación *con-*

---

(63) En la misma línea aboga también por una reorientación de la dogmática jurídica penal hacia los derechos humanos entendidos a partir de ese multinivel VIGANO, F., «Menschenrechte und Strafrecht, *op. cit.*, pp. 57-58. Sobre el concepto de multinivel véase, por todas, solo, FREIXES, T., «El diálogo entre tribunales en el marco europeo», en *Cuadernos Constitucionales*, núm. 1, 2020, p. 67 ss.

(64) ARZO SANTISTEBAN, X., *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2014, p. 159 ss.

(65) MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J., «El TJUE como actor de la constitucionalidad en el espacio jurídico europeo: la importancia del diálogo judicial leal con los tribunales constitucionales y con el TEDH», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, p. 235 ss.

(66) ARZO SANTISTEBAN, X., *La concretización*, *op. cit.*, pp. 260 y 261.

*forme* en la que se constate que la tutela internacional de un derecho humano (teniendo en cuenta los tratados internacionales ratificados, pero también el derecho institucional y la jurisprudencia de interpretación: esto es, el conjunto del Derecho internacional de los derechos humanos con sus fuentes de interpretación(67)) es superior a la dispensada por la Constitución en el derecho fundamental correspondiente. En la comparación de estándares se produce esa protección mayor deducible del bloque de interpretación conforme. y así establecido el supuesto de hecho lo más característico o singular, según Arzoz, es la consecuencia jurídica que no se limitaría al mero reconocimiento del principio de mayor protección, sino a que debe entenderse que «[...] en virtud del artículo 10.2 CE, verificado el supuesto de hecho, el estándar superior se vierte inmediatamente en el contenido constitucionalmente declarado del derecho fundamental correspondiente»(68). La interpretación propuesta señala al Tribunal Constitucional como el actor clave quien, a través de su jurisprudencia, deberá canalizar la incorporación de estándares superiores. y ello será un deber no una posibilidad a disposición: detectado en operación interpretativa el mayor estándar este debe volcarse, debe incorporarse. De esta manera la función de interpretación conforme es doble: de actualización permanente del contenido de los derechos fundamentales de la Constitución, por una parte, y, por la otra, de coordinación interna de la interpretación de dichos derechos con el estándar internacional de tutela de los derechos humanos. El artículo 10.2 CE garantiza así que el Estado constitucional de Derecho tienda a coincidir con el «[...] Estado internacionalmente limitado por el Derecho internacional de los derechos humanos».(69)

Retengamos una idea fundamental: la referencia al estado de interpretación del Derecho internacional de los derechos humanos es un punto de comparación estructural que debería estar presente también en la reflexión doctrinal(70). En la fijación de los fines del

---

(67) Véase *supra*, apartado V, la concepción de que partimos adhiriéndonos a la propuesta de BUCHANAN cuando identifica –y define– en el mismo sentido el núcleo de la *praxis* de los derechos humanos. BUCHANAN, A., *The Heart*, *op. cit.*, p. 5 ss.

(68) ARZOS SANTISTEBAN, X., *La concretización*, *op. cit.*, p. 261.

(69) ARZOS SANTISTEBAN, X., *La concretización*, *op. cit.*, p. 261.

(70) MALBY, S., *Criminal Theory and International Human Rights Law*, Routledge, London/New York, 2020, p. 3, reclama esa aproximación sistemática sobre todo con la vista puesta en la teoría de la criminalización y dedica su estudio precisamente a explorar hasta qué punto cabe obtener réditos de una intersección – en su opinión no acometida de forma extensa ni sistemática hasta la fecha– de la ciencia del Derecho penal y de la doctrina del Derecho internacional de los dere-

Derecho penal y de la pena; en la fijación de los principios del *ius puniendi* como límite a su ejercicio; en la teoría del delito y de los fines de la pena; en la actividad interpretativa de delimitación de las esferas de libertad y de los contenidos legítimos de prohibición; en la labor de establecimiento de los límites y reglas de conflicto entre derechos fundamentales en juego. En todos esos campos también el penalista debería ayudar a facilitar que las cadenas argumentales sean luego susceptibles del filtro de constitucionalidad en una interpretación conforme. O si se prefiere: una mayor integración del discurso del Derecho internacional de los derechos humanos a los distintos niveles de la actividad científica de la doctrina penal será un facilitador de la integración del estado de interpretación de los límites del *ius puniendi* fundado tanto constitucional como jurídicointernacionalmente en la medida en que este último nivel deberá acabar por ser volcado en su jurisprudencia de control por el Tribunal Constitucional.

Evidentemente, debe añadirse que el habernos focalizado en el Tribunal Constitucional como elemento clave de engarce a partir del cual ordenar la confluencia del multinivel, no debe en ningún caso generar el efecto de que las ramas no dejen ver el bosque. Será la propia jurisdicción ordinaria, en nuestro caso particularmente la penal, la que deberá, en primer lugar, y fundamentalmente, activar la aplicación directa de los derechos. Como es conocido en el nuevo paradigma del neoconstitucionalismo la re-materialización de la Constitución a través de los derechos fundamentales –y de estos a la luz de los estándares internacionales– son un material de directa aplicación por el juez ordinario y otros operadores jurídicos. La pesada maquinaria jurídicopenal y su inercia histórica debe dejarse penetrar a todos los niveles por una jurisdicción no solo concentrada sino difusa que encontrará en esa interpretación conforme una técnica imprescindible para que el multinivel empiece por la base y por la solución de los problemas en instancia y acabe, en su caso, cerrándose en la cúspide en aquellos casos más controvertidos(71).

---

chos humanos. También, entre nosotros, por todos, la magna obra de VIVES ANTON, T., *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, *passim* y p. 688 cuando aboga expresamente por la reconstrucción del sistema a modo de «refugio» de la individualidad y la dignidad frente a los riesgos globales a través de los derechos fundamentales de la Constitución «[...] en la medida en que cabe universalizarlos y entenderlos como derechos humanos».

(71) PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos*, *op. cit.*, pp. 28 y 29.

## VII. ALGUNOS NIVELES DE CONFLUENCIA

En este punto vamos únicamente a sugerir cómo se debería desenvolver la propuesta acabada de realizar de integrar más sistemáticamente la reflexión jurídicopenal con la doctrina del Derecho internacional de los derechos humanos con vistas a facilitar su volcado en sede jurisdiccional. Para ello vamos a partir de una concepción dogmática del Derecho penal teleológicofuncional moderada que acentúa la tradición metodológica neokantiana, pero se afana por racionalizar y concretar la dimensión axiológica en la construcción del sistema. Voluntad de racionalizar un sistema abierto que buscará las referencias de valor a partir de un funcionalismo garantista (dirección moderada)(72) que pretende cruzar la perspectiva políticocriminal con la atención a los principios y valores ínsitos en la doctrina del Derecho internacional de los derechos humanos.

### 1. Fines del Derecho penal y derechos humanos

Es conocida y de general aceptación doctrinal la imposibilidad de establecer la función del Derecho penal sin tener en cuenta el modelo jurídicopolítico subyacente. La vinculación axiológica entre dicha función (y la de sus instrumentos como la pena o la medida de seguridad) y la función del Estado —obviamente dependiente del modelo jurídicopolítico en que este se articula—, es un punto de partida indispensable para asegurar la razonabilidad y racionalidad del debate y para hacer transparentes los puntos de partida(73). Esa vinculación axiológica que va a ir proyectándose no solo sobre la función del conjunto del edificio del Derecho penal sino, también luego, en cascada, sobre los fines de la pena o sobre la teoría del delito, está también latente en la propia concepción de los fines del Derecho penal como algo que, acogiéndonos a los planteamientos de Callies(74), debe seguir reivindicándose de forma autónoma respecto de la discusión

(72) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, *op. cit.*, p. 107 ss.

(73) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016, pp. 79 ss., 100 ss. y 113 ss.; MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, p. 15 ss.

(74) CALLIES, R. P., «Die Strafzwecke und ihre Funktion», en Britz, G.; Jung, H.; Koriath, H., y Müller, E. (hg.), *Grundfragen staatlichen Strafans. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, Beck, München, 2001, p. 102 y 99 ss.

concreta sobre los fines de sus instrumentos principales (pena y medidas de seguridad)(75).

Assumiendo ese punto de partida igualmente parece oportuno subrayar la necesidad de plantear la discusión sobre la función del Derecho penal a partir del derecho positivo (y no de ciertos presupuestos metafísicos) conectando todo ello con la realidad de los procesos sociales. La teoría del Derecho penal positivo debe anclarse en la teoría de la estructura de los sistemas sociales y, en concreto, la propia estructura de la norma penal deberá estudiarse a la luz de su integración en el sistema social. Sigue pareciendo válido, por tanto, establecer los argumentos en torno a la función del Derecho penal positivo en el marco de las mutuas expectativas que se crean entre el sujeto activo, el sujeto pasivo y el Estado (ego, alter y tercero). El Derecho penal se concibe, así, como una acción comunicativa más que se desenvuelve en la estructura social y que participa por ello de esa misma lógica (76).

Las expectativas sociales que tenga cada sujeto concernido deben poder articularse, no obstante, con una mayor atención a los contenidos normativos provenientes también del derecho (positivo) internacional de los derechos humanos y, no solo, del derecho (positivo) penal y, todo ello, mediado por la concretización constitucional en los distintos niveles. La estructura comunicativa de la norma penal, por tanto, recrea un espacio en el que reconstruir de forma dinámica y permanente (función de «regulación» y no de mera «conducción» de procesos sociales(77)) no solo la función de prevención sino sobre todo la idea de «límite»(78). La norma penal(79) aspira así también a configurar y controlar el proceso de fijación de límites en las distintas direcciones:

---

(75) MIR PUIG, S., *Introducción, op. cit.*, p. 48 ss. y 69 ss.

(76) MIR PUIG, S., *Introducción, op. cit.*, p. 70.

(77) La «conducción» implica una dirección ciega que no atiende ni se basa en los resultados obtenidos; la regulación, en cambio, implica en nuestro caso un proceso normativo en el que los resultados se pueden integrar dinámicamente de tal manera que cabe la reconfiguración de todo el proceso normativo según se vayan ajustando los comportamientos de los intervinientes posibilitando, de esa forma, un reajuste (*Rückkopplung*) de las expectativas. MIR PUIG, S., *Introducción, op. cit.*, p. 71.

(78) MIR PUIG, S., *Derecho penal, op. cit.*, p. 102 destaca la función de «prevención limitada».

(79) Assumimos una concepción imperativa de la norma (tanto de la primaria dirigida al ciudadano y a su proceso de motivación para hacer efectiva la prohibición, como de la secundaria que, a través de la amenaza de la pena refuerza aquella) que facilita y enlaza fluidamente con la función de prevención de delitos (antes que retributiva) asignada al Derecho penal y a la pena. y ello en el entendido de que la norma, también, presupone valoraciones que –más allá de las normas en sentido estricto– acaban por ejercer una función de límite en la propia vocación preventiva. MIR PUIG, S., *Derecho penal, op. cit.*, p. 75 ss.

así respecto del mensaje normativo dirigido al conjunto de la ciudadanía y de la reacción contra el sujeto activo por defraudar la expectativa de respeto a las prohibiciones –o mandatos– jurídicos penales; o respecto al sujeto pasivo para proteger –y promover– su existencia y espacios de libertad y autodeterminación (protección –limitada– de bienes jurídicos); y hacia el Estado como garante –reactivo o proactivo– de todo ello. Un Estado, por cierto, que debe ser considerado no ya el punto de cierre del triángulo en términos de articulación de expectativas únicamente en el ámbito de la jurisdicción doméstica, sino de un Estado que se ve concernido a ejercer el *ius puniendi* también como miembro de la Comunidad internacional en la que, cada vez más, la tutela de bienes jurídicos nacionales, regionales o internacionales no admite fronteras<sup>(80)</sup>. El mensaje preventivo que la norma canaliza y que el Estado tutela institucionalmente, establece las expectativas de forma abierta también a bienes jurídicos colectivos (supraestatales, universales) en los que el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho penal internacional refuerzan su

(80) FERRAJOLI, L., *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, trad. Perfecto Andrés Ibañez, Trotta, Madrid, 2022, p. 47, aboga por hacer frente a la macrocriminalidad y a los crímenes de sistema con una respuesta institucional a la altura: a saber, un «[...] sistema de límites y vínculos normativos a los poderes globales que únicamente puede provenir de la ampliación del paradigma del constitucionalismo rígido a las relaciones de mercado y a las relaciones internacionales». Este desiderátum cuenta, por el momento, con la inserción de los Estados en la Comunidad internacional organizada a través de la ONU y la fuerza centrípeta que esta pueda ejercer al establecer estándares de protección vía el Derecho internacional de los derechos humanos. Este proceso dinámico adscribe un rol a cada Estado que, abierto al multinivel, debe articular las expectativas y sus garantías teniendo en cuenta la dimensión planetaria. Todo ello en favor de una imagen de ciudadanía más amplia que la estatal a la hora de concebir las expectativas mutuas entre los destinatarios de la norma. Véase, al respecto, también, la reflexión de ZAMBRANO, P., «Del ciudadano pasivo-defensivo al ciudadano activo-colaborador y sospechoso. Apuntes para un debate racional acerca de la legitimidad jurídica del modelo penal de ciudadano», en Sánchez-Ostiz, P. (dir.), *Medio siglo de Derecho penal en España. Del modelo autoritario al del ciudadano constitucional*, Comares, Granada, 2021, p. 197 ss. y pp. 205-206, cuando en su estudio a la búsqueda del modelo de ciudadano subyacente al sistema penal identifica y defiende la opción metodológica de despliegue del análisis multinivel «[...] que integra el discurso penal español con niveles discursivos más amplios, a saber, el discurso constitucional español, los discursos regional e internacional de los derechos humanos [...]». Nos interesa antes que la reflexión concreta respecto de la obra en que se inserta, ese angular de fondo que va más allá de una concepción del «ciudadano universal» (PEREIRA GARMENDIA, M., «El ciudadano «universal»», en Sánchez-Ostiz, P. (dir.), *Medio siglo de Derecho penal en España. Del modelo autoritario al del ciudadano constitucional*, Comares, Granada, 2021, *passim*) como ligado a aspectos concretos del Derecho penal internacional y que atraviesa, más allá, la reflexión del conjunto (*op. cit.*, p. 211 ss.).



presencia. La prevención y sus límites, en todo caso, afectan estructuralmente a los sujetos concernidos, y al propio espacio de comunicación y de articulación del mecanismo jurídicopenal.

El Derecho internacional de los derechos humanos, siguiendo a Buchanan, como núcleo de su práctica(81) es un dato positivo, positivado en este momento histórico, pero no «positivista». A ese respecto compartimos, en parte, el planteamiento de Alonso Álamo cuando reivindica en sus trabajos que los «[D]erechos humanos afirmados, o que pueden ser afirmados, en la historia –de primera, segunda o tercera generación– proporcionan la primera base –o marco referencial– [...]»(82). No obstante, la citada autora afirma a continuación que un tal marco referencial se identifica no tanto con un reconocimiento legislativo sea de índole constitucional o plasmado en declaraciones internacionales de derechos «[...] sino [con] la realidad conquistada dinámicamente en la historia» (83). A nuestro juicio, sin embargo, no hay tal contradicción entre la referencia jurídicopositiva al Derecho internacional y la consideración más historicista de los derechos humanos como una suerte de acumulado en la historia, dinámico, en movimiento, cuyos contenidos deberían irse identificando también de manera discursiva(84). y es que el Derecho internacional de los derechos humanos, en tanto que Derecho internacional, participa de sus fuentes entre las que más allá de las Convenciones o Tratados, la costumbre internacional juega un papel esencial. Costumbre que se caracteriza, como es conocido, por un proceso de cristalización que es evolutivo y permite la generación de nuevo derecho de manera dinámica(85). La referencia «positiva» al Derecho internacional de los

---

(81) BUCHANAN, A., *The Heart*, *op. cit.*, p. 5 ss.

(82) ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 43, en este punto en el desarrollo argumental para tomar posición sobre una concepción material de bien jurídico y a la vez procedimental que los restrinja discursivamente dentro del marco referencial de los derechos humanos.

(83) ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 43 y también p. 96 cuando señala que tal referencia a los derechos humanos no implica «[...] situar en la base del concepto de bien jurídico los derechos humanos *en tanto* [sic] reconocidos por las Convenciones internacionales de derechos».

(84) ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 44 y 107.

(85) Función que además resulta más crucial si cabe en el sector más cercano al *ius puniendi* doméstico como es el Derecho penal internacional en el que las definiciones de los crímenes internacionales en sentido estricto dependen incluso en mayor medida de que los comportamientos lesivos de bienes jurídicos que afectan al conjunto de la comunidad internacional representen antes que nada la infracción de normas de Derecho internacional consuetudinarias además de las normas contenidas en

derechos humanos como núcleo de su *praxis*, por tanto, nos remite a un «descubrimiento del derecho»(86) abierto a la actualización de los estándares históricamente asentados o afirmados y, al mismo tiempo, abierto a su renovación por el advenimiento de nuevas generaciones de derechos o de contenidos de los respectivos estándares(87). Un manejo adecuado de las fuentes en la fijación dinámica de los estándares de derechos humanos garantiza una discusión discursiva, dialógica, en la que el diálogo de tradiciones y discusión de argumentos va generando las bases que cristalizarán en nuevos estándares, más adecuados a los nuevos problemas, actualizando las pretensiones de justicia. De esa masa jurídica por tanto se irán estableciendo los criterios de ordenación y, en última instancia, los principios y directrices valorativos esenciales a contrastar con los propios y tradicionales del Derecho penal.

Sobre esa base, como más adelante se insistirá, la doctrina del Derecho internacional de los derechos humanos está en disposición, además, de volcar en sede penal directrices valorativas en línea con su doble función de «escudo» y «espada» (88). Lenguaje tradicional, y

---

Tratados (que normalmente –pero no necesariamente– codificarán a su vez normas consuetudinarias). CASSESE, A., *Cassese's International Criminal law*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 20.

(86) Esa «invención» (*inventio*) del derecho de la que habla la tópica cuando el jurista se enfrenta con los problemas y los casos. VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 2016, pp. 48 y 52.

(87) Sin dejar de tener en consideración, además, el carácter de cierre de las fuentes que tienen los principios generales del Derecho (como categoría común al ámbito interno e internacional) y su potencial fundamentador de la propia disciplina del Derecho internacional. PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 20<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 2016, p. 67 ss. y p. 38 ss., quien, en su aproximación metafísica a la concepción de la disciplina, opta por una fundamentación «[...] iusnaturalista en su dimensión antivoluntarista» (p. 38) que remite a su vez a una concepción humanista que se cifra en los «fines humanos» y en la centralidad de la persona como elemento esencial para justificar la obligatoriedad de un orden internacional que en definitiva debe servir a la personas y sus derechos fundamentales (p. 39). Iusnaturalismo que más bien reformula siguiendo a García de Enterría y la conocida obra de *Theodor Viehweg* (*Tópica y Jurisprudencia*) de suerte que se rechaza una suerte de concepción del Derecho internacional como «orden abstracto», como un sistema de axiomas del que derivar las soluciones y se reconduce al reconocimiento de los principios generales como nodos valorativos que pueden ayudar a resolver constelaciones de casos (p. 39). En la línea, en definitiva, a nuestro juicio, de la concepción de LARENZ de los principios éticojurídicos o teleológicoobjetivos de interpretación como «acuñaciones especiales de la idea del Derecho tal y como esta se presenta en su grado de evolución histórica». LARENZ, K., *Metodología*, *op. cit.*, p. 465 ss. y 331 ss. y 418 ss. y *supra*, punto 8.

(88) Véase el trabajo seminal de TULKENS, F., «The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights», en *Journal of International Criminal*

quizá con excesivo tono belicista, que apunta a las demandas tanto de protección de espacios de libertad frente a una eventual interferencia estatal vía *ius puniendi* como, desde la otra cara de la moneda, a las obligaciones o demandas positivas de incriminación como tutela de derechos y espacios de libertad para la ciudadanía. Esa doble función articula así el marco referencial de los derechos humanos(89) como un conjunto normativo que puede asimismo orientar la necesaria selección de objetos de tutela y conformación de límites en simbiosis –y como complemento– al acervo tradicional de la doctrina penal. Desde el punto de vista de los fines del Derecho penal, la prevención limitada combina la prevención general positiva (idónea para embriagar adecuadamente la función «espada» de los derechos humanos) con la prevención general negativa (correlato de la «función escudo» de los derechos humanos) a la hora de ir equilibrando las expectativas recíprocas de protección de acuerdo con el punto de partida de que la igual dignidad humana, como piedra angular del sistema, demanda un tratamiento del destinatario de la prohibición jurídicopenal como persona –y no como objeto ni enemigo–(90); de la misma manera que las

---

*Justice*, núm. 9, 2011, p. 577 ss., en el que se expone la doble función que los derechos humanos despliegan respecto del Derecho penal del que demandan tanto protección como contención o neutralización de sus efectos. Se trata de la función ofensiva y defensiva que, al mismo tiempo, precipitan los estándares del Derecho internacional de los derechos humanos cuando, en sus efectos, deslegitiman actuaciones punitivas (de excesiva criminalización o de aplicación arbitraria, desproporcionada...) defendiendo los derechos de los destinatarios de las consecuencias penales mientras que, en otras ocasiones, precisamente se reclama protección de los derechos humanos en forma de una política criminal y una aplicación del Derecho penal efectiva.

(89) ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, op. cit., p. 44, en su defensa de una concepción material y procedimental (discursiva) del bien jurídico alude al marco referencial de los derechos humanos como «[...] vinculante para el legislador y apto tanto para establecer límites negativos como para orientar positivamente la intervención».

(90) El destinatario de la norma primaria, el acusado, el condenado, el interno en prisión que cumple pena privativa de libertad son sujetos de derecho(s humanos). Las fases legislativa, judicial y de ejecución de la pena, de acuerdo en lo esencial con la teoría dialéctica de la unión de Roxin (ROXIN, C. y GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5. Auflage, Beck, München, 2020, p. 151 ss.; con los matices de MIR PUIG, S., *Derecho penal*, op. cit., p. 96 ss. y 105 ss.) posibilitan un juego diferenciado de los fines de la pena con contención y equilibrios internos según el rol del sujeto destinatario. Ello debería, por cierto, reformular –y reforzar– la primacía del fin de resocialización en la fase de ejecución de las penas –en particular de la pena de prisión– como instrumento de construcción de ciudadanía: la persona presa como ciudadano y sujeto de derechos humanos (ASÍ VAN ZYL SMIT, D. y SNACKEN, S., *Principles of European Prison Law and Policy. Penology and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 69 ss.; y LANDA GOROSTIZA, J. M., «Fines de la pena en fase de ejecución peniten-

expectativas de la víctima deben marcar también, pero limitadamente, los criterios políticocriminales de intervención con vocación victimocéntrica sin que sea aceptable su desaparición ni olvido. En el nivel de la teoría de los fines de la pena, el conjunto de estándares internacionales de protección de los derechos humanos del acusado, del condenado, del interno en prisión; pero también el conjunto de estándares de derechos humanos de la víctima y su estatuto jurídico, deben acompañar el diseño y los modos de materialización del instrumento penal en el despliegue de su función. El Estado en el ejercicio del *ius puniendi* debe también generar expectativas y construirlas desde la «contención», desde el «límite»: incorporando los principios del *ius puniendi* y moderando su actividad a todos los niveles según los límites del Estado social y democrático de Derecho actualizado según los estándares (positivos) del Derecho internacional de los derechos humanos volcados en la concretización de los derechos fundamentales concernidos.

Una concepción, en definitiva, del Derecho penal mínimo que se cifra, según la conocida y lúcida propuesta de Ferrajoli (91), en la minimización de las violencias (del delito y de la respuesta informal o arbitraria, desproporcionada contra el reo) y maximización de los derechos (del sujeto activo y pasivo) (92), entronca fluidamente con esa idea de «límite», como frontera terminológica de acoplamiento de

---

ciaria: reflexiones a la luz de la prisión permanente revisable», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 18, 2017, p. 94 ss. Todo ello, no obstante, no hasta el punto de negar radicalmente que en fase de ejecución quepan también otros fines de la pena (preventivos o retributivos) como llega a afirmar CALLIES, R. P., «Die Strafzwecke», *op. cit.*, p. 118.

(91) FERRAJOLI, L., «El Derecho penal Mínimo», en *Poder y Control*, núm. 0, Barcelona, P. P.U. Disponible en: [https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/el\\_derecho\\_penal\\_m%C3%ADnimo\\_-\\_ferrajoli\\_luigi.pdf](https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/el_derecho_penal_m%C3%ADnimo_-_ferrajoli_luigi.pdf) (última consulta: 13 de octubre de 2022—: se cita la paginación según esta versión pp. 1-25), *passim*.

(92) FERRAJOLI, L., «El Derecho penal Mínimo», *op. cit.*, p. 16: «[...] orientando el Derecho penal hacia el único fin de la prevención general negativa —de las penas (informales) además que de los delitos—, se excluye la confusión del Derecho penal con la moral [...] se responde así tanto a la pregunta «¿por qué prohibir?» como a la de «¿por qué castigar?», imponiendo a las prohibiciones y a las penas dos finalidades distintas y concurrentes que son, respectivamente, el máximo bienestar posible de los que no se desvían y el mínimo malestar necesario de los desviados, dentro del fin general de la limitación de los arbitrios y de la minimización de la violencia en la sociedad. Asignando al Derecho penal el fin prioritario de minimizar las lesiones (o maximizar la tutela) a los derechos de los desviados, además del fin secundario de minimizar las lesiones (o maximizar la tutela) a los derechos de los no desviados, se evitan así las autojustificaciones apriorísticas de modelos de Derecho penal máximo y se aceptan únicamente las justificaciones *a posteriori* de modelos de Derecho penal mínimo [...].»

las expectativas según los derechos humanos del sujeto pasivo y del sujeto activo que encuentran en el Estado una estructura institucionalizada de primer orden(93) que debe articular, moderar y garantizar dichas expectativas y autolimitarse (neutralización de arbitrariedad, desproporción y exceso) en el despliegue de su función. El instrumento penal, por tanto, cumple una «función» *de facto* de prevención, pero el «fin» (94), ideal, del Derecho penal deberá incorporar una dimensión crítica que, a su vez, nos remite a los presupuestos de legitimación en el ejercicio del *ius puniendi*: minimización de violencia y maximización de derechos(95) o, en otros términos, cumplimiento de los estándares del Derecho internacional de los derechos humanos, de sus garantías, de sus obligaciones en los distintos niveles(96).

La función preventiva, con límites, del Derecho penal y de su instrumento principal –la pena– visualiza en esta concepción una adhesión no ya tácita, sino expresa y explícita a estándares del Derecho

---

(93) El Estado, como decíamos *supra*, en su «doble rol» de sujeto titular de la jurisdicción doméstica pero también como interlocutor en el ámbito internacional en que interactúa con sus pares y otros agentes internacionales. La concepción del *ius puniendi* debe ir abriendo su matriz estado-céntrica a una universalización de su actuación. Estado *ad intra* de su territorio; Estado como copartícipe en la estandarización de «límites» en el multinivel. Estado protector de bienes jurídicos personales y colectivos de su territorio, pero avocado a tutelar –junto con otros Estados y agentes– los bienes colectivos mundiales. Estado permanente y estructuralmente a la búsqueda del mayor estándar internacional de derechos y libertades para su volcado directo en la interpretación conforme.

(94) FERRAJOLI, L., «El Derecho penal Mínimo», *op. cit.*, p. 2, cuando asegura que «[U]n vicio metodológico que puede observarse en muchas de las respuestas a la pregunta «¿por qué castigar?», consiste en la confusión en la que caen aquellas entre función y fin, o bien entre el ser y el deber ser de la pena, y en la consecuente asunción de las explicaciones como justificaciones o viceversa».

(95) En la línea de una suerte de actitud políticocriminal básica que partiendo de una función de protección de la sociedad a través de la prevención general subraya asimismo las exigencias garantistas y humanizadoras. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, *op. cit.*, p. 47.

(96) Adecuadamente señala FERRAJOLI, L., «El Derecho penal Mínimo», *op. cit.*, p. 23, que su concepción genera un esquema justificativo que, en primer lugar, no admite una justificación en abstracto del sistema, del Derecho penal, sino de cada sistema en concreto (según se adhiera más o menos al Derecho penal mínimo; nosotros añadimos: según se adhiera al mayor o menor respeto a los estándares internacionales debidamente concretizados); que, en segundo lugar, toda justificación habrá de ser histórica y espacialmente relativa (que propicie, según nuestra opinión, los juicios de ponderación según el momento histórico y en consonancia ajuste la expectativas); y, en tercer y último lugar, que la justificación no sea un todo o nada sino que se practique como un ejercicio de chequeo parcial de las instituciones del sistema penal para concluir juicios de deslegitimación –o legitimación– parcial. El chequeo del Derecho penal, de su «legitimidad» remite al cumplimiento de las garantías, de los estándares internacionales.

internacional de los derechos humanos como una parte esencial del Estado social y democrático de Derecho que debe impregnar los contenidos y los términos. La vinculación axiológica que identificábamos, siguiendo a Mir Puig, como punto de partida esencial a la hora de determinar la función del Derecho penal, se ha plasmado aquí, a modo de mero esbozo, con algunos matices añadidos cuando no solo se contrasta con el modelo constitucional sino que, además, se hace expreso el impacto concretizador que debería tener el Derecho internacional de los derechos humanos al respecto. Con este punto de partida es el momento oportuno para una consideración de la función de tutela de bienes jurídicos como principio esencial del *ius puniendi* bajo esta nueva óptica(97).

## 2. Principios del *ius puniendi* y derechos humanos: (solo)(98) el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

La actualización de la obra de Roxin por parte de su discípulo el profesor Greco, sigue siendo una representante cualificada de la doctrina dominante en Alemania –en España y en buena parte de nuestro círculo de cultura jurídica(99)– que confiere un lugar central en la concepción del Derecho penal, y en la identificación de su función, a

(97) Resulta indispensable al respecto, como en lo que sigue se verá, la obra de ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, op. cit., p. 19 ss. (*Bien jurídico material y bien jurídico procedimental...y discursivo*), p. 47 ss. (*Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos*) y p. 77 ss. (*Fundamentación prepositiva de los bienes jurídicos penales y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*). Son tres capítulos que la autora agrupa en su monografía para sentar las bases del concepto de bien jurídico optando por una concepción mixta material (como realidad empírica, relación social...) y a la vez procedimental que los restringe discursivamente «dentro del marco referencial de los derechos humanos» (p. 16).

(98) El *aggiornamento* que planteamos respecto del conjunto de principios limitadores del *ius puniendi* no atañe exclusivamente al principio de protección de bienes jurídicos y bien puede extenderse también a otros principios esenciales del *ius puniendi* como el de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, humanidad de las penas, reinserción... Limitaciones de esta contribución obligan, sin embargo, por el momento a diferir ese reto a futuras investigaciones más allá de menciones esporádicas.

(99) ROXIN, C. y GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, op. cit., p. V, remarca GRECO el carácter internacional de esta obra alemana como estandarte representativo de la ciencia jurídicopenal alemana y como un libro, que, citando a su maestro, «se lee en el extranjero» y constituye una aportación «al desarrollo de una cultura mundial de Derecho penal» que busca alejarse de cualquier tipo de «provincialismo nacionalista».

la tutela de bienes jurídicos(100). Arrancan dichos autores la definición del concepto material de delito con una mención al orden constitucional (artículo 74.1 de la Ley Fundamental) como primer referente que presupone la existencia del *ius puniendi* formulado como derecho del legislador a amenazar con pena. Ahora bien, a la hora de identificar cuál debe ser el presupuesto o criterio central, sustantivo, por el cual se puede seleccionar determinada conducta para hacerla objeto de castigo, se remiten a la función del Derecho penal como elemento esencial del que derivar una definición material –no puramente formal– del delito. y esa función se define, precisamente, como protección subsidiaria de bienes jurídicos («*subsidiärer Rechtsgüterschutz*») o, en formulación más detallada, como «el aseguramiento a todos los ciudadanos de una convivencia pacífica y en libertad con la garantía del disfrute de todos los derechos fundamentales recogidos en la Constitución»(101).

También Mir Puig, en su manual de referencia, otorga un lugar central al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como límite esencial al *ius puniendi* pero, más allá, como corolario de su apuesta por la prevención limitada como función del Derecho penal. Revela la especial relevancia de este principio, probablemente, el hecho de que entronca con las tres notas características del modelo de Estado: que en cuanto social se justifica como sistema de protección de la sociedad; en cuanto democrático entiende esos bienes jurídicos como posibilidades de participación y como el resultado de una selec-

---

(100) Por más que como acertada y gráficamente señala SCHÜNEMANN, B., «El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación», en Hefendehl, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007, p. 197, se trate de dar por muerta a esta doctrina de legitimación del Derecho penal.

(101) ROXIN, C. y GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, op. cit.*, pp. 20 s. y 26: «[...] Aufgabe des Strafrechts [...] liegt darin, den Bürgern ein freies und friedliches Zusammenleben unter Gewährleistung aller verfassungsrechtlich garantierten Grundrechte zu sichern». [resaltado en negrita en el texto original]. Formulación que el propio ROXIN y GRECO identifica con la protección de bienes jurídicos cuya definición consiste, a su vez, en «realidades (*Gegebenheiten*) o finalidades (*Zwecksetzungen*) necesarias para el libre desarrollo de cada individuo, la materialización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal constituido para dichos fines». También ROXIN, C., «¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal», en Hefendehl, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007, p. 447, afirmando que en un Estado democrático de Derecho «[...] las normas penales solo pueden perseguir la finalidad de asegurar a los ciudadanos una coexistencia libre y pacífica garantizando al tiempo el respeto de todos los derechos humanos».

ción decidida por el pueblo; y, en cuanto Estado de Derecho, conecta la selección de los bienes jurídicos a proteger con su delimitación, garantista por diferenciada y específica, en consonancia con el principio de legalidad material. El principio de exclusiva protección subsidiaria y fragmentaria de bienes jurídicopenales se ancla así en el corazón del modelo constitucional(102).

Roxin, Greco y Mir Puig representan un sector dominante en la doctrina respecto de la centralidad e importancia que debe concederse al concepto de bien jurídico tanto en su función dogmática como políticocriminal(103). Ahora bien, una de las críticas más aceradas a la invocación de este principio proviene, precisamente, de que se trataría de un criterio que va en contra de tomar en serio los derechos humanos en sede penal y ello depararía una serie de consecuencias negativas que han sido sintetizadas adecuadamente por Vígano. En efecto, el autor italiano inicia su filípica en favor de una reorientación hacia los derechos humanos como contrapunto a la invocación en la doctrina penal como objeto de protección del omnipresente «bien jurídico» también en aquellos supuestos de bienes jurídicos personalísimos por más que estos tengan una traducción inmediata en determinados derechos humanos(104). Esa necesaria reorientación de la dogmática jurídicopenal hacia los derechos humanos ayudaría a reforzar la función crítica para con el legislador(105) según un diagnóstico por el que afirma haberse demostrado la poca efectividad de muchos de los principios jurídicopenales a la hora de su implementación judicial. y ello por no estar debidamente anclados en la Constitución o en un texto normativo. Con la excep-

(102) MIR PUIG, S., *Derecho penal*, *op. cit.*, p. 129 ss.

(103) Para un panorama completo de la discusión y de las posiciones alternativas que rechazan la virtualidad de una tal función político criminal del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, véase, por todos, ROXIN, C. y GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, *op. cit.*, pp. 26 ss., y 91 ss. (con ulteriores y exhaustivas referencias bibliográficas no solo del ámbito germánico); también la obra monográfica de Hefendehl, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007; también, entre nosotros, en particular desde la pretensión de asentar una concepción del bien jurídico en el marco de referencia de los derechos humanos, véase el completo estudio de ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 19 ss., con un completo estudio de las objeciones a dicha posición (p. 20 ss.) y una buena síntesis y análisis de las posiciones más significativas (p. 25 ss.).

(104) VÍGANO, F., «Menschenrechte und Strafrecht», *op. cit.*, p. 55.

(105) Del que afirma VÍGANO, F., «Menschenrechte und Strafrecht», *op. cit.*, p. 57, que está legitimado democráticamente pero que no necesariamente actúa racionalmente. Una doctrina penal orientada a los derechos humanos debería poder poner límites claros al respecto.



ción del principio de legalidad, por ejemplo, en la Constitución alemana, máximas como la del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos no tienen tal anclaje a pesar de su renovado predicamento en una doctrina que ha discutido vívidamente su vigencia y que mayoritariamente sigue adhiriéndose al mismo y defendiendo su función crítica(106).

Esta falta de efectividad del principio de protección de bienes jurídicos parece haber tenido una cierta confirmación por medio de la decisión del tribunal federal constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*) relativo al conocido como caso de incesto(107). y es que el propio TC alemán de forma contundente ha negado, al parecer, que el principio o la doctrina del bien jurídico pueda representar una suerte de límite externo que se pueda imponer al legislador democráticamente legitimado, más allá de lo que la propia Constitución determine. Es prerrogativa del legislador (penal) ordinario determinar qué bienes deben ser objeto de protección (lo mismo, por cierto, que determinar según el alto tribunal qué fines debe cumplir la pena) y adaptar las normas penales a los cambios sociales. No cabe invocar una suerte de instancia externa en forma de «bienes jurídicos reconocidos» que vaya más allá del –y se le imponga al– propio legislador. Los únicos límites externos al legislador se residencian en la Constitución cuando –y en la medida– en que esta excluya de forma categórica la consecución de un determinado fin. No es competencia del Tribunal Constitucional alemán determinar la función y el rendimiento que la doctrina del bien jurídico puede llegar a desplegar en términos políticocriminales o dogmáticos. Pero, en todo caso: «no hay disponibles criterios materiales [que se puedan derivar de esa doctrina del bien jurídico] que necesariamente (*zwangsläufig*) deban ser aceptadas en sede jurídicoconstitucional y que tuvieran como fin el establecimiento de límites externos a la capacidad regulativa del legislador»(108).

---

(106) VIGANO, F., «Menschenrechte und Strafrecht, *op. cit.*, p. 58.

(107) Sentencia del TC alemán, 26 febrero 2008 (Beschluss des Zweiten Senats –2 BvR 392/07–), que declara la constitucionalidad del parágrafo 173.2.2 del Código Penal alemán (StGB) que incrimina las relaciones sexuales entre hermanos.

(108) STC alemán, 26 febrero 2008, párrafo 39 *in fine*: «[...] Welchen Beitrag das Konzept des Rechtsgüterschutzes für die Rechtspolitik und für die Dogmatik des Strafrechts leisten können mag, ist hier nicht zu beurteilen [...]; jedenfalls stellt es keine inhaltlichen Maßstäbe bereit, die zwangsläufig in das Verfassungsrecht zu übernehmen wären, dessen Aufgabe es ist, dem Gesetzgeber äußerste Grenzen seiner Regelungsgewalt zu setzen».

La decisión del alto tribunal germano fue como un jarro de agua fría para la doctrina penal(109) y ha generado una notable discusión(110) que evidentemente no se puede dar por cerrada. Ahora bien, sí que resulta interesante la consideración de Vigano cuando asegura que los tiempos en que la academia tenía una influencia clara, notable, reconocible y real en el legislador pertenecen al pasado. Los tribunales cada vez son más influenciados por las dinámicas electorales y de equilibrio político y, por eso, antes que empeñarse en sostener determinados principios racionales, pero sin un anclaje positivo claro, debe intentarse proponer criterios normativos que tengan un suelo en el derecho positivo para que los jueces, sobre todo aquellos que tienen que cumplir labores de control del legislador, tengan instrumentos con los que establecer límites(111).

Según alcanzo a ver, una propuesta de tomar los derechos humanos más en serio en la doctrina jurídicopenal no resulta, sin embargo, incompatible con la defensa del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos(112). A mi juicio, se trataría de que los argumentos jurídicopenales llamémosles «clásicos» se vayan «contaminando», enriqueciendo, con cadenas argumentales propias del Derecho internacional de los derechos humanos. Si en un determinado caso se argumenta la existencia o inexistencia de un bien jurídico y hasta qué punto debe ser protegido frente a qué ataques (entonces relevantes jurídicopenalmente), sería de gran utilidad defender la importancia del bien en cuestión de conformidad con la propia jerarquía y protección internacional a la búsqueda del estándar espejo en que inscribirse y de los argumentos que pueden hacer aconsejable la ponderación de límites según las propias demandas y obligaciones del estándar conforme. Con otras palabras, sin tener que esperar a que los tribunales de control lo hagan, la doctrina penal y la propia jurisdicción penal deberían acostumbrarse a buscar e identificar, de forma sistemática, en cada campo de discusión, el estándar de interpretación conforme que arroja el estado de la cuestión jurídicopenal correspondiente en el ámbito paralelo y complementario del Derecho internacional de los

---

(109) VIGANO, F., «Menschenrechte und Strafrecht, *op. cit.*, p. 59, quien metafóricamente habla de decepción por el maltrato infligido por el *Budesverfassungsgericht* al «hijo predilecto» de la doctrina penal.

(110) ROXIN, C. y GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, op. cit.*, p. 98, en donde se da cuenta del impacto de fallo del constitucional en la discusión y del estado de las posiciones al respecto tanto en Alemania como incluso en un plano más internacional.

(111) VIGANO, F., «Menschenrechte und Strafrecht, *op. cit.*, p. 59.

(112) En tal sentido, paradigmáticamente, ALONSO ALAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos, op. cit., passim.*

derechos humanos. No se trata de elegir entre principio de bienes jurídicos o una alternativa incompatible con aquel representada por la opción por los derechos humanos, sino más bien, quizá, optar por una mayor imbricación terminológica y material de ambas disciplinas científicas a la hora de construir las cadenas argumentales, y ello no solo cuando se trata de discusiones de la parte especial; también el edificio de la teoría del delito, de la pena o la construcción del sistema debería enriquecerse y contrastarse sistemáticamente con la doctrina paralela de los derechos humanos.

En tal sentido podría acogerse la mención que hacen Roxin y Greco en su propuesta de Derecho penal para la protección de bienes jurídicos cuando aluden precisamente a los derechos fundamentales. Mención que representa a mi juicio un acercamiento al planteamiento hecho y que posibilitaría volcar a su través los estándares internacionales. De la misma forma que la propuesta de Mir Puig, como representativa de una corriente de opinión muy extendida, tiene también una orientación sistemática al modelo constitucional en el que se inspira la identidad y límites del *ius puniendi*. A nuestro juicio, sobre esas bases cabe dar un paso más en la medida en que se exija, expresamente, que el Derecho internacional de los derechos humanos sea un corolario –no meramente tácito– de argumentación e incluso con consecuencias de reformulación terminológica que estaría sirviendo una base de reconocimiento para que cuando la discusión sea, por ejemplo, elevada a los tribunales de control de garantías, quepa un diálogo directo sin riesgo de aislamiento. Serviría también como venimos insistiendo para que las implicaciones supranacionales y globales del Derecho penal doméstico se vayan encauzando en una doctrina más universal propia del multinivel. Y, en todo caso, debería servir desde la base para que el enfrentamiento del caso en la propia jurisdicción penal ordinaria vaya integrando una doctrina fertilizada también por las categorías y referencias axiológicas de los derechos humanos.

Insiste Schünemann en que la averiguación del bien jurídico protegido es parte del proceso hermenéutico que no se produce como «etiqueta final» de la operación interpretativa, sino que modeliza la materia prohibida de forma inmanente y crítica(113). Qué se protege (función dogmática) y qué debería protegerse (función políticocriminal) no son planos enteramente separados, sino que confluyen en las operaciones interpretativas siempre que se respete el límite de lo posible conforme al tenor literal de la ley. A partir por tanto de la identificación del bien jurídico y antes de su transformación en bien

---

(113) SCHÜNEMANN, B., «El principio de protección, *op. cit.*, p. 199.

jurídico penal(114) se va precipitando la operación interpretativa que convierte así a dicho bien jurídico en un auténtico «punto de fuga» en el que integrar la dimensión constitucional(115) y también su corolario de contraste con el estándar internacional conforme (de los derechos humanos).

Un tal planteamiento, por último, en absoluto contradice el fundamento democrático y la necesaria deferencia al legislador penal. Nos referimos a las críticas que se alzan contra una pretendida aristocracia(116) de la academia que buscaría imponer la doctrina de los bienes jurídicos por encima de la conformación de la voluntad popular articulada a través del Parlamento(117). Como si la discusión sobre la existencia de bienes jurídicos y su imbricación en el quehacer interpretativo fuera un tipo de argumento incompatible con los procesos democráticos subyacentes a la política criminal(118). Una vez más no

---

(114) MIR PUIG, S., «Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del *Ius puniendi*», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XIV, 1991, p. 205 ss., y p. 210 ss., destaca la relevancia del reconocimiento constitucional de un bien para discernir si se trata de un interés fundamental para la vida social que reclama protección penal. Pero ello no es una «varita mágica» (p. 210). En efecto: coincidimos e insistimos que el ir y venir de la mirada a la masa interpretativa debe conducirse por criterios de valoración jurídico penales pero que deben fijar sistemáticamente los puntos de referencia constitucionales y de estándar de protección de los derechos humanos para ayudar a mejor identificar intereses sociales que representan oportunidades de participación del individuo de suficiencia importancia y necesitados de tutela.

(115) SCHÜNEMANN, B., «El principio de protección, *op. cit.*, p. 199.

(116) GÄRDITZ, K., «Strafbegründung und Demokratieprinzip», *Der Staat*, núm. 49, 2010, p. 337, habla de una suerte de «expertocracia de la Justicia» (*Gerechtigkeitsexpertokratie*).

(117) ROXIN, C. y GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, op. cit.*, p. 80 ss., en donde se expone el agitado estado de la discusión espoleado precisamente por la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán en el caso «Incesto».

(118) También entre nosotros Díez RIPOLLÉS, J. L., «La política criminal en las ciencias penales: un análisis crítico de la contribución de Roxin», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 23-02, 2021, *passim*, desde una perspectiva más amplia encarna en parte dicha actitud crítica cuando reprocha a la posición de Roxin que sus planteamientos (representativos como es sabido de un amplísimo sector de la doctrina) acaban por generar un cierto desentendimiento de la labor legislativa penal en favor del trabajo dogmático (véase también Díez RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y Teoría*, 2.ª ed., Trotta, Madrid, 2013) de suerte que, al fin y a la postre, «la política criminal pasa a ser tarea de un cierto colectivo de expertos, los dogmáticos penalistas, quienes se arrogan la función de sustituir al legislador en la creación del Derecho penal legítimo en un contexto elitista, contramayoritario si es preciso» (p. 30). Sería el interprete, el experto, el dogmático, el que acaba por concretar el Derecho penal relegando tanto a la política-criminal como a la criminología a un papel de ciencia auxiliar. En este contexto, sin embargo, reconoce Díez RIPOLLÉS que la teoría del bien jurídico roxiniana (sea en su plano externo de incidencia políticocriminal o interno de índole material-dogmática) en realidad no

cabe establecer una alternativa incompatible entre la democracia o la preferencia de una interpretación jurídicoconstitucional de los límites de lo punible frente a la discusión de la aceptabilidad de determinadas incriminaciones o su interpretación en sede penal con base en la doctrina del bien jurídico. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos no excluye, a mi juicio todo lo contrario, la necesaria imbricación, en la que venimos insistiendo, entre la doctrina de los derechos fundamentales (en interpretación conforme con el estándar internacional) y la doctrina jurídico penal(119).

Y ello es lo que de forma magistral ha desarrollado la profesora Alonso Álamo en sus diversos trabajos en los que parte, como basamento de su construcción de una propuesta de concepción del bien jurídico tanto material como procedimental (discursiva), del marco axiológico de los derechos humanos(120). Dicho marco remite a las diversas generaciones de los derechos humanos como suelo sobre el que edificar un concepto material que, de esa manera, consigue orientar qué no hay que proteger con el *ius puniendi* (criterio negativo), pero también qué debe ser protegido. El estado de la concreción histórica de los derechos humanos según la autora(121), o, según nuestra formulación, la concretización del estándar conforme con la interpretación del Derecho internacional de los derechos humanos en cada momento, guían la selectividad penal sin que esta se restrinja solo a bienes perso-

---

hace tabla rasa de las propuestas legislativas de partida para identificar el bien jurídico por su sujeción metodológica al derecho positivo (*op. cit.*, p. 16): ello no le redime de la crítica señalada al relegar a la política-criminal frente a la dogmática, pero, a nuestro juicio, sí que representa la aceptación tácita de que la postura del profesor alemán aún a una deferencia suficiente, un respeto democrático al legislador y a su marco literal de la ley sin perjuicio obviamente de que después la operación hermenéutica tenga un amplio margen de concreción.

(119) STUCKENBERG, C. F., «Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre. Bemerkung zum Verhältnis von Strafe und Staat», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2011, p. 661, habla acertadamente de una «dogmática de los derechos fundamentales específica del Derecho penal» (*strafrechtsspezifischen Grundrechtsdogmatik*). También HASSEMER, W., «¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?», en Hefendehl, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007, p. 96 ss.; y LAGODNY, O., «El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional», en Hefendehl, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007, p. 129 ss.

(120) ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 16, 19 ss., y 40 ss.

(121) «Los derechos humanos afirmados, o que puedan ser afirmados, en la historia –de primera, segunda o tercera generación–...», ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 44.

nalísimos como la vida o la libertad. También la igualdad o la dignidad pueden acabar integrándose en una suerte de «zona central» (122) del Derecho penal. A medida que nos alejamos de esa zona central, las ampliaciones de qué proteger, de qué otros bienes jurídicos pueden acabar convertidos en bienes jurídicopenales, estarán más necesitadas del correspondiente debate –y legitimación– discursiva.

La autora asienta así una concepción de bien jurídico que le permite integrar bienes jurídicos individuales o colectivos de suerte que la centralidad de la persona (concepción monista) permite re-significar estos últimos(123). Es un gran logro de la construcción teórica de Alonso Álamo esa apertura a todo tipo de bienes jurídicos pero estableciendo puntos de partida claros –el Derecho internacional de los derechos humanos nuclear podría decirse– y un cierre flexible que remite al debate de argumentos –discursivo– atento a las injusticias estructurales que afectan a grupos desempoderados –principio de realidad– y que dará sus frutos también en el marco constitucional en el que, no obstante, no hay por qué acoger una concepción constitucionalista del bien jurídico(124). Una tal concepción reivindica con sólidos argumentos que los derechos humanos son una barrera antepuesta a los derechos fundamentales con puntos de contacto con estos pero que, en definitiva, suponen el soporte último de un Derecho penal mínimo que descansa sobre una concepción del bien jurídico de la que, lejos de poder certificarse su muerte, más bien cabe afirmar que goza de salud envidiable para ejercer su función de límite políticocriminal(125).

### 3. Otras consecuencias sistemáticas e interpretativas

Una visión desde los derechos humanos como la expuesta debe condicionar la manera de concebir el propio fin del Derecho penal. Pero no solo. Debe, a partir de ello, de ir desplegando sus consecuen-

---

(122) ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, op. cit., p. 45.

(123) ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, op. cit., p. 90 ss., y 301 ss.

(124) ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, op. cit., p. 75 y ampliamente, p. 48 ss.

(125) ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, op. cit., pp. 106 y 107, en las que resume en forma de cortas tesis una síntesis de los tres primeros capítulos de su monografía que correspondían a trabajos previos pero coherentes con una línea de investigación en dónde se van integrando y engarzando los focos del estudio del bien jurídico con la perspectiva neoconstitucionalista para finalizar con una concepción global del Derecho penal mínimo de los derechos humanos.

cias también a otros niveles. En tal sentido, en un ámbito íntimamente ligado al concepto y función del Derecho penal, hemos señalado algunos matices que deben ser considerados respecto del principio central de exclusiva protección de bienes jurídico(-penale)s. Ahora bien, más allá, ello debe ser conectado también con la propia teoría del delito y de la pena. A ello vamos a dedicar a continuación algunas reflexiones muy embrionarias para terminar, por último, con indicaciones, también a modo de bosquejo, que pueden ser más propias de la Parte Especial.

### 3.1. TEORÍA DEL DELITO Y DE LA PENA Y DERECHOS HUMANOS

Fue, una vez más, mérito de Roxin abrir el camino a que las decisiones valorativas políticocriminales se infiltraran, de forma sistemática, en el Derecho penal. Buscaba el profesor alemán una suerte de síntesis entre la vinculación al Derecho y la utilidad políticocriminal que parecían oponerse a una visión histórica del legado de Von Liszt como apegado a un sistema positivista formal. Roxin aboga, como es conocido, por la unidad sistemática entre Política Criminal y Derecho penal que debe además penetrar en la propia estructura de la teoría del delito como un empeño totalizador<sup>(126)</sup>. Ello le lleva a identificar al menos tres propuestas o principios orientadores de las principales categorías del delito de forma que, estas queden referenciadas de forma estructural a su función políticocriminal. La primera sería el principio de legalidad que compromete el tipo penal; la segunda se remite a la solución social a los conflictos de intereses y se proyecta especialmente en la antijuridicidad; la tercera, y última, afecta a la

---

(126) ROXIN, C., *Política Criminal y sistema del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1972, pp. 33 y 34. Véase, sin embargo, la reciente crítica de Díez RIPOLLÉS, J. L., «La política criminal, *op. cit.*, p. 1 ss., quien reprocha a este autor, al que califica del más influyente penalista de las últimas décadas, que ha propiciado que el significado «políticocriminal» se identifique con cualquier contenido valorativo usado en el Derecho penal lo que sumado a la metodología propuesta por el profesor alemán habría llevado a que la política criminal se haya convertido en una suerte de ciencia meramente auxiliar de la dogmática penal con la consiguiente desnaturalización de su estatus científico y empobrecimiento de sus contenidos. En todo caso (*op. cit.*, p. 14 ss.) reconoce sus méritos y se identifica con partes esenciales de la propuesta roxiniana como el acierto de configurar la ciencia penal sobre firmes bases axiológicas, su abandono de una excesiva vinculación a realidades naturales o antropológicas, las positivas consecuencias de su metodología en términos de estrechar la relación entre política criminal y teoría del delito (sistema de responsabilidad penal; más allá del sistema de penas y su ejecución), y la «(.) potenciación de la interpretación teleológica, de la conforme con la constitución y las normas internacionales y, en general, de todos los cánones de interpretación más allá del propiamente gramatical» (p. 15).

categoría de la culpabilidad que debería normativizarse según las propias exigencias de la teoría de los fines de la pena(127). Parece obvio que las categorías de la teoría del delito también encuentran en principios como el de exclusiva protección de bienes jurídicos o de ultima ratio, referentes políticocriminales de primer orden(128).

Precisamente Alonso Álamo otorga una importancia esencial, a la hora de imbricar la argumentación constitucional, no solo ya en la decisión atinente a qué proteger mediante el Derecho penal (identificación de bienes jurídicos con impacto en el nivel de la antijuridicidad material) sino en el cómo proteger (con impacto en la tipicidad), al principio de proporcionalidad(129). Principio que, a su vez, nos remite al de exclusiva protección de bienes jurídicos como primer presupuesto del de proporcionalidad. Las bases constitucionales son un referente que queda abierto a la ponderación para establecer el qué y el cómo de la tutela jurídico-penal, bases de constitucionalidad que, a nuestro juicio, no siempre se «cargan» adecuadamente con los estándares internacionales de los derechos humanos para que la ponderación indicada se concrete adecuadamente. Pero en todo caso el principio de proporcionalidad exige como *prius* lógico que el Derecho penal se dirija a la protección de bienes jurídicos (con relevancia constitucional) y solo, en segundo lugar, según exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la intervención(130). Las diferentes vertientes, por tanto, del principio de pro-

(127) ROXIN, C., *Política Criminal*, *op. cit.*, pp. 40 y 41.

(128) Sintéticamente MIR PUIG, S., *Fundamentos de Derecho penal y teoría del delito*, Reppertor, Barcelona, 2019, pp. 58 y 59.

(129) ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 51 ss. Desglosa la autora el análisis de las consecuencias del nuevo paradigma neoconstitucionalista en el plano de su proyección sobre la interpretación y aplicación del Derecho, del plano de su proyección en la creación del Derecho. y en este último distingue la doble cuestión de *qué* proteger: cómo identificar los bienes jurídicos a partir de la Constitución (y ante ello la eventualidad de una prohibición de defecto constitucional) del *cómo* proteger una vez que los bienes jurídicos han sido identificados –y ello al margen de que sea la Constitución la que los determine–.

(130) ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 64 y 65: idoneidad fáctica en el sentido de que la norma pueda cumplir el fin a la luz de la realidad social en que debe ser aplicada pero, también, idoneidad normativa que implica adecuación entre lo que la norma pretende la protección de bienes jurídicos y la propia intensidad de la previsión legislativa. Ello implica un mínimo de potencial lesivo *ex ante* de la conducta a incorporar al tipo penal (principio de lesividad) y, como corolario, que la reacción penal sea también adecuada al fin de protección. A este nivel de idoneidad deberá sumarse, posteriormente, la comprobación de la absoluta necesidad de la intervención penal y no de otra naturaleza (última ratio, subsidiariedad, intervención mínima) por insuficiencia de



porcionalidad nos remiten a una ponderación que debe beber, a nuestro juicio, de una plétora de referencias axiológicas en la que dejar penetrar no solo las propias de la dogmática jurídicopenal o las inherentes a la doctrina constitucional sino también las del Derecho internacional de los derechos humanos.

Recapitulemos: la idea central de que las categorías de definición del delito deben ser interpretadas teleológicamente a partir de líneas de orientación político criminal debe ser enriquecida por una visión de esa política criminal a la luz de los estándares del Derecho internacional de los derechos humanos. La política criminal no es ya solo la de un Estado, sino que tiene que ser visualizada según las corrientes internacionales que han cristalizado en estándares constatables. La política criminal no se referencia –ya solo– con el modelo del Estado social y democrático de Derecho sino (además a su través) con el círculo regional de referencia (en nuestro caso el europeo con la Convención Europea de Derechos Humanos y la propia Carta de Derechos Fundamentales de la UE como núcleos duros de referencia) y con los estándares universales (convencionales y extra-convencionales de los derechos humanos). y esas referencias deben infiltrarse en la re-significación de las categorías de la teoría del delito y en los principios que las vertebran sin que podamos ir aquí más allá que recordar que el concepto de bien jurídico, transido del estándar conforme al Derecho internacional de los derechos humanos, será un vector particularmente fructífero para la identificación dinámica de qué proteger y del cómo. Pero es momento de abandonar este plano para hacer una breve referencia a otras consecuencias del planteamiento que venimos defendiendo en su proyección sobre la interpretación y aplicación del Derecho con dos ejemplos o líneas de concreción que lo ilustren(131).

---

esas otras alternativas para deparar la protección de los bienes jurídicos. Finalmente proporcionalidad estricta entre el grado de afectación material de la conducta y jerarquía de los bienes afectados y el grado de severidad de la pena; pero también proporcionalidad de los beneficios y costos de la intervención.

(131) Véase para una exposición de mayor angular y diversidad de planos respecto de las consecuencias de reorientar la dogmática jurídicopenal hacia los derechos humanos véase, por todos, VIGANO, F., «Menschenrechte und Strafrecht», *op. cit.*, p. 62 ss., quien ilustra una tal propuesta con diferentes ejemplos clasificados en dos bloques: el relativo a derechos de defensa (consecuencias respecto del principio de legalidad, de los intereses a proteger por el Derecho penal que puedan habilitar una intervención legítima del *ius puniendi* sea a través del análisis del tipo de prohibición en sí o de las consecuencias punitivas –penas, ejecución...–) y el relativo a la perspectiva que abre la doctrina de las obligaciones positivas (de criminalización, investigación o castigo...). También ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 17, 143 ss., y 301 ss., quien sentadas las bases de su concepción del bien jurídico, se concentra en proyectar sus tesis tanto

3.1.1. La primera línea de concreción apunta a la necesaria integración de una perspectiva ampliada según el estándar internacional conforme a la hora de desplegar la función dogmática del bien jurídico protegido como punto de fuga de la operación hermenéutica (132). Habiendo hecho ya referencia a la perspectiva políticocriminal, externa, del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, debe insistirse ahora en su dimensión interna o material-dogmática. La identificación de la categoría del tipo de injusto y su referencialidad al bien jurídico protegido debe buscar una integración del estándar de interpretación conforme como material crítico para la argumentación de afirmación tanto del interés protegido como de sus límites. La antijuricidad penal, el tipo de injusto penal, debe establecer sus contornos también a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos en el campo correspondiente. Ello debería, por cierto, establecer un diálogo de equivalencia entre bienes protegidos por el Derecho penal y derechos humanos protegidos según el Derecho internacional con reflejo, evidentemente, en los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Ello no quiere decir que cada bien jurídicopenal deba tener un equivalente estricto en espejo con un derecho fundamental o un derecho humano internacionalmente protegido ni, menos aún, que solo aquellos sean necesariamente un punto de partida estricto y estrecho para determinar un posible suelo de criminalización (133). Se trata más bien de incluir las referencias de estándar conforme a la materia de regulación y visualizar en el proceso hermenéutico los intereses a proteger también, en su caso, en el contexto más próximo posible en el que dicho interés tiene un reconocimiento de tutela internacional de los derechos humanos. Ilustremos esta propuesta solo con un caso paradigmático: la tutela frente a los delitos de odio y sus límites.

Los delitos de odio en realidad no son, estrictamente, una referencia legal jurídica positiva que pueda ser encontrada en el Código Penal. Los principales preceptos que responden materialmente a tal denominación –la agravante genérica del artículo 22.4.º CP y el precepto del

---

sobre problemas más particulares que tienen que ver respectivamente con bienes jurídicos individuales llamémosles al límite o problemáticos (multiculturalidad, dignidad humana, igualdad, sentimientos...) y, en otro bloque, sobre bienes jurídicos colectivos (Derecho penal mínimo máximo: medio ambiente, función pública y jurisdiccional, riesgos no permitidos y principio de precaución, riesgo y miedo, violencia...), con una reflexión final también al hilo de la pena de muerte (p. 449 ss.).

(132) SCHÜNEMANN, B., «El principio de protección, *op. cit.*, p. 199.

(133) En el mismo sentido en especial respecto de los bienes jurídicos colectivos ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 301 ss.

artículo 510 CP– no son «delitos de odio» por denominación legal sino por conclusión interpretativa de qué tipo de prohibición representan(134). La identificación del bien jurídico protegido en estos preceptos, en particular en el artículo 510, nos remite en primer lugar a la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 como principal punto de referencia del estándar internacional conforme(135). No cabe desconocer en este caso concreto que la citada Convención internacional contiene una obligación de criminalización en su artículo 4 según la cual los estados ratificantes «[...] declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico [...]»(136).

Se trata por tanto de un supuesto que encaja en un campo emergente y especialmente agitado cual es el de las obligaciones positivas

(134) LANDA GOROSTIZA, J. M., *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4.º CP 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 13 ss. y 21 ss.

(135) LANDA GOROSTIZA, J. M., *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código Penal*, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao, 2000, p. 79 ss. y 57 ss.

(136) El texto del artículo 4 señala, íntegramente, lo siguiente: «Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;

b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;

c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella». Para un análisis de sus implicaciones como estándar de criminalización y, en especial, la necesidad de considerar la obligación de incriminar del artículo 4 como un punto de partida de ponderación a la luz de la tradición constitucional correspondiente, véase LANDA GOROSTIZA, J. M., *La intervención penal*, op. cit., p. 96 ss.

para movilizar el Derecho penal o, si se prefiere, la dimensión coercitiva de los derechos humanos(137) en su función «espada» de (obligación positiva de) tutela antes que de «escudo» (prohibición negativa de interferencia). Las distintas obligaciones sea que consistan en deberes de criminalización, de investigación, de celebración del proceso, o de sanción suficiente y ejecución de la pena(138), pueden ser contempladas como parámetros de eventual concreción del sentido y límites de la prohibición penal.

En el caso del artículo 4 de la Convención Internacional contra el racismo la obligación positiva de incriminación jurídicopenal no supone una incorporación literal del texto internacional, sino una transposición ponderada que tenga en consideración la línea de prohibición con el ámbito esencial de los derechos fundamentales que pueden estar en juego, particularmente la libertad de expresión (artículo 20 CE). Ese juego de transposición ponderado combinado con el resto de estándares concernidos, establece un margen de maniobra y los puntos de apoyatura hermenéutica que debe incorporar el intérprete, la jurisdicción ordinaria y, en su caso, el propio tribunal constitucional como cierre del proceso de concretización de los derechos fundamentales. y así la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional español de 7 de noviembre de 2007 (STC 235/2007) es el pronunciamiento que, desde la óptica particular del discurso del odio y la negación del genocidio (y de ahí al conjunto de preceptos penales antiodio), se afana por configurar el umbral mínimo de protección de la libertad de expresión en una sociedad democrática identificando los «elementos tendenciales» que expulsan a determinadas conductas del ámbito

---

(137) Véase al respecto, centrados esencialmente en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como agente principal de imposición de tales obligaciones la monografía colectiva de Lavrysen, L. y Mavronicola, N. (eds.), *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Hart Studies in Security and Justice, núm. 7, Oxford/London/New York/New Delhi/Sydney, 2020; también VIGANO, F., «La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales», en *Política Criminal*, núm. 9-18, 2014, p. 428 ss.; entre nosotros, por todos, solo el detallado estudio de TOMAS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», en *Revista para el análisis del Derecho InDret*, núm. 3, 2016, p. 1 ss.; con una perspectiva más amplia de los agentes legitimados para la imposición de tales obligaciones más allá del propio TEDH, MALBY, S., *Criminal Theory*, op. cit., p. 50 ss.; específicamente respecto de discurso de odio y el TEDH, STAVROS, S., «Criminal Law Responses to Hate Speech: Towards a Systematic Approach in Strasbourg?», en Lavrysen, L. y Mavronicola, N. (eds.), *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Hart Studies in Security and Justice, núm. 7, Oxford/London/New York/New Delhi/Sydney, 2020, p. 117 ss.

(138) TOMAS-VALIENTE LANUZA, C., *Deberes positivos*, op. cit., p. 11 ss.

esencial de protección de dicho derecho fundamental. Con otras palabras, de la STC 235/2007 se derivan los criterios que pueden determinar qué discursos salgan de la zona libre y puedan ser legítimamente objeto de castigo penal sin que ello merezca reproche de inconstitucionalidad. y dichos criterios son además los elementos «tendenciales» que permiten configurar indirectamente los criterios materiales de la antijuricidad de la conducta y orientar por tanto el sentido general de interpretación de los tipos penales dejando el camino libre para poder, en un paso ulterior, cristalizar una propuesta solvente de bien jurídico protegido que, en cualquier caso, debería ser compatible con aquellos. Como punto de partida el TC reconoce la libertad de expresión, pero con límites que no pueden ser tan amplios como para acoger un mecanismo equivalente al (efecto guillotina del) artículo 17 CEDH. Por tanto, para expulsar del ámbito de protección del derecho fundamental a un determinado discurso u opinión no basta con que contraríe, choque o inquiete al Estado o a una parte de la población. Discursos inquietantes incluso contrarios al sistema democrático no quedan fuera de la protección de la libertad de expresión: deben además constituir una lesión de bienes o derechos de relevancia constitucional. Alusión que encaja fluidamente con la aproximación a los límites de la libre transmisión de ideas que se desarrolla en el Fundamento de Derecho quinto y cuyo contenido, afirma el TC, coincide «en lo esencial» con lo que ha reconocido el TEDH en su artículo 10.2 CEDH. En esos límites deberán encontrarse los títulos de legitimación o deslegitimación de los discursos a efectos de poder privarlos de tutela constitucional y abrir así la posibilidad de una legítima incriminación penal(139).

Lo que interesa resaltar es que la propuesta de bien jurídico protegido en sede jurídicopenal y que, a mi juicio, se cifra en las condiciones de seguridad existencial de colectivos o minorías especialmente vulnerables(140) debe partir y enlazar con el debate constitucional y

---

(139) No cabe aquí un análisis en profundidad de la citada STC 235/2007 ni de sus aspectos críticos. Véase al respecto LANDA GOROSTIZA, J. M., *Los delitos de odio*, *op. cit.*, p. 50 ss.

(140) Véase, recientemente, mi propuesta actualizada en LANDA GOROSTIZA, J. M., «Delitos de odio y sentido de tutela: reflexiones al hilo del “caso altsasu” (ST 458/2019)», en Laurenzo Copello, P. y Daunis Rodríguez, A. (coords.), *Odio, Prejuicios y Derechos Humanos*, Comares, Granada, 2021, p. 357 ss., según la cual el nuevo artículo 510 CP es un delito de peligro abstracto, peligro hipotético o posible, cuyo bien jurídico protegido se cifra en las condiciones de seguridad existencial de colectivos o minorías especialmente vulnerables. Seguridad existencial que va más allá de la protección de conductas que pongan en peligro la vida o la integridad física de las personas pertenecientes al colectivo en cuestión y que puede alcanzar a constelacio-

la STC 235/2007 que se ancla en el debate de límites y criterios para identificar el interés a proteger a partir de los estándares internacionales de los derechos humanos de índole universal (en este caso en particular la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 pero también el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 1966) y regional (en particular la jurisprudencia del TEDH, Recomendación de Política General núm. 15 de la ECRI de 2015, Decisión Marco UE 2008/913/JAI, etc...)(141).

En síntesis: la propuesta de bien jurídico en materia de delitos de odio debe anclarse en el referente principal de interpretación del ámbito esencial de tutela del derecho fundamental de la libertad de expresión a la luz del estándar de interpretación conforme con el Derecho internacional de los derechos humanos. Este último, en su estado de cristalización al momento de la operación hermenéutica, es el marco esencial a partir del cual determinar criterios de tutela, límites y orientación esencial del sentido de tutela de los preceptos.

3.1.2. Una segunda línea de concretización podríamos encontrarla en la teoría de los fines de la pena y, en particular, de forma muy sintética y a efectos meramente ilustrativos, en el protagonismo que debería tener la resocialización como uno de los fines esenciales en fase de ejecución penitenciaria. Dicho protagonismo debería beber de una mayor inspiración en la imagen normativa de la persona presa como ciudadano@ según los estándares internacionales en la materia.

A tales efectos podemos acogernos, siguiendo el diagnóstico de Frisch(142), a la necesidad de tener en cuenta la creciente importancia

---

nes de casos en los que el peligro generado afecta a las esferas de libertad de otros derechos fundamentales que se ven reducidas a escala grupal. El peligro típicamente relevante se producirá solo en determinados contextos en los que la incitación o la injuria colectiva en sus diversas modalidades «hace crisis»: esto es, despliega un efecto de amenaza que, aunque indirecta o velada, excepcionalmente priva de seguridad normativa al colectivo en cuestión en términos intersubjetivos. Cualquier miembro del colectivo en cuestión, en tal situación, vería peligrar sus espacios de libertad más allá de lo que podría ser únicamente un discurso inquietante, chocante e incluso perturbador o contrario al sistema democrático. El plus de afección de derechos o bienes relevantes constitucionalmente que residía, según el TC en los elementos tendenciales, se remite así al juicio de peligro *ex ante* en el que aquellos deberán detectarse en contextos particulares: en contextos «críticos».

(141) Sobre el estado actual del estándar internacional conforme en la materia véase, en detalle, LANDA GOROSTIZA, J. M., «Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 22-19, 2020, *passim*.

(142) FRISCH, W., «Pena, delito y sistema de delito en transformación», en *Revista para el análisis del Derecho InDret*, núm. 3, 2014, *passim*. En todo caso nos acogemos a

de la dimensión comunicativo-expresiva en el estado actual de la concepción del delito y, también, su impacto en el desplazamiento de las teorías de la pena en el mismo sentido(143). Debe partirse de que, en un proceso de ida y vuelta, cómo concibamos y definamos las categorías centrales de la teoría del delito y sus presupuestos de legitimidad deberán dar también las claves que permitan identificar el sentido y fin de la pena y, en tal medida, los criterios que deberían informar el tratamiento penitenciario resocializador. Podría así ensayarse una aproximación al sentido comunicativo y expresivo que debería inspirar el programa y contenido material de la reinserción como reverso o envés del sentido de la conducta delictiva en un Estado de libertades. En esa línea podría acogerse y resignificarse el impacto de una teoría comunicativa de la prevención general positiva como una teoría global de los fines de la pena y los fundamentos del Derecho penal(144). Una teoría que sitúa en el centro la imagen normativa del ciudadano@ de un Estado social y democrático de Derecho(145) lo que permite desplegar también un efecto positivo de afirmación del Derecho de forma limitada y garantista(146).

A partir de lo señalado exploremos en la fase de ejecución penitenciaria de la pena el potencial interpretativo que se ofrece a partir de ese desplazamiento estructural comunicativo-expresivo. Desde luego parece evidente que de forma progresiva la persona condenada tiende a ser vista –máxime en delitos muy graves– como quien ha infringido

---

su diagnóstico de partida y no a la posición del autor alemán en sentido estricto.

(143) FRISCH, W., «Pena, delito, *op. cit.*, p. 11 ss. y 6 ss.

(144) FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, B de F, Buenos Aires, 2007, p. 515 ss. En una visión de conjunto nosotros partimos de una orientación del Derecho penal hacia la prevención limitada (MIR PUIG, S., *Derecho penal, op. cit.*, pp. 101 y 102) que da paso al despliegue simultáneo de la doble dimensión positiva y negativa de la prevención como mejor forma de integrar las necesidades de protección de la sociedad con otras garantías que se derivan no solo de la retribución sino también de otros principios limitadores del *ius puniendi*. A partir de esa visión general de la función del Derecho penal, una mirada más atenta a la teoría de los fines de la pena que distinga por fases (legislativa, judicial y de ejecución) debe poder reformular los equilibrios en el sentido que se indicará en el texto.

(145) FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Retribución y prevención general, op. cit.*, p. 517 y 142 ss.; véase también, más recientemente, FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena*, Iustel, Madrid, 2014, p. 43 cuando de forma particularmente clara afirma en la misma línea, aunque para criticar las teorías de la prevención general negativa, que el destinatario de las normas no debe ser tratado como un súbdito sino como un ciudadano libre, responsable, poseedor de la máxima dignidad que le habilita sujeto político participante en el discurso político y en los procesos legislativos de creación de las normas.

(146) MIR PUIG, S., *Derecho penal, op. cit.*, p. 89 ss.

la norma con un realce progresivo de los aspectos expresivos, comunicativos y simbólicos de su comportamiento(147). Ahora bien, constatar la «sobre-presencia» de la dimensión comunicativa, expresiva o simbólica, sea en la reacción legislativa, o sea en su aplicación interpretativa, no implica respaldarla ni aceptar su legitimidad. Al contrario, una cabal apuesta por la prevención general positiva precisa también señalar límites normativos que contribuyan a evitar que una tal opción se convierta en intrusiva y lesiva de derechos fundamentales(148). y ello pasa, en primer lugar, por dotar de contenido al principio de reinserción de conformidad con la imagen normativa del ciudadan@ y tomando en serio los estándares internacionales de derechos humanos en la materia(149). Van Zyl y Snacken en su monografía de referencia sobre el derecho penitenciario europeo ya avanzan en esta línea cuando proponen la necesidad de concebir a la persona presa precisamente como un ciudadano (*Rechtsburger*), no en el sentido de miembro de un Estado nacional, sino con relación a destacar su capacidad y necesidad de participación en los asuntos legales con la posibilidad de que se le apliquen principios y valores jurídicos en un proceso discursivo en el que prevalezca la fe en argumentos racio-

---

(147) Pensemos paradigmáticamente en los delitos de terrorismo (y, en particular, en la deriva inocuidadora y simbólica que representó la LO 7/2003 de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas) como fenómeno en el que la dimensión simbólica y comunicativa está especialmente presente. Véase, en tal sentido, la contribución de PAWLIK, M., *Der Terrorist und sein Recht. Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus*, Beck, München, 2008, pp. 11 y 12, quien realza en este sentido las particularidades del fenómeno del terrorismo cuando señala que, por muy cínico que pueda parecer, el terrorismo no es sino una estrategia de comunicación. Precisamente por las características propias de este tipo de criminalidad y su vocación nítidamente comunicativa, se exagera en su combate contraterrorista por parte del Estado una aproximación que, a nuestro juicio, va más allá de la voluntad meramente inocuidadora cayendo en la tentación de afirmar la vigencia de la norma y la legitimación del sistema frente a quienes lo impugnan de forma directa con sus acciones.

(148) MIR PUIG, S., *Función de la pena*, *op. cit.*, pp. 31 y 32, insistiendo en la idea de la función limitadora de la prevención general positiva y a renglón seguido en el rechazo de su utilización para internalizar valores y lograr la adhesión interna coactiva y moralizante.

(149) Sin que quepa aquí extenderse en la materia baste con mencionar fundamentalmente el consenso universal y regional logrado a partir de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) aprobadas por Resolución 70/175 (anexo) de la Asamblea General de Naciones Unidas el 17 de diciembre de 2015; las Recomendaciones Rec(2006)2-rev del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, adoptada por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006, y revisada y modificada por el Comité de Ministros el 1 de julio de 2020; y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia.



nales. Un tal proceso debería permitir también en el espacio de inter-namiento, el juego de demandas y contraargumentos a ser dirimidas frente a una autoridad independiente(150). Los autores citados aluden a la ciudadanía jurídica como estatus posibilitador de un clima o ambiente que permita la autonomía de los presos y el reconocimiento correlativo por parte de las autoridades de su condición de persona titular de derechos fundamentales.

Se está aludiendo en realidad a la persona presa-ciudadan@ como imagen normativa de un sujeto que debe experimentar, idealmente, durante su estancia en prisión, una relación sujeta en todo momento a Derecho de tal forma que esta le sirva de ejercicio de ciudadanía en un Estado sometido al imperio de la ley: literalmente un Estado de Dere-cho (*Rechtsstaat, Rule of Law*). La Ley, el Derecho, gobiernan la pri-sión y por ello deben venir así en auxilio de la persona interna, la parte más débil en la relación penitenciaria, y protegerla día a día para evi-tar abusos de poder(151). En concreto dicho estatus jurídico de la per-sona presa, desde una óptica interna de su vida privada de libertad, debe nutrirse de derechos materiales, derechos procesales e informa-ción precisa sobre dichos derechos. Respecto de los derechos materia-les resulta esencial reconocer que la pérdida de libertad que arrostra la pena de prisión entraña tendencialmente otras pérdidas de derechos que deben ser compensadas con una actitud no ya vigilante –pasiva– sino proactiva(152) de las autoridades para evitar ulteriores efectos desocializadores(153).

Las referencias a la imagen normativa de la persona presa debe-rían acompañarse, a su vez, de una elevación del estándar normativo y de una mejora de su operatividad en la fase de la ejecución penitencia-ria. Partir de la prevención general positiva en absoluto se opone a reconocer a la prevención especial su compatibilidad con aquella, si bien cumpliendo tareas complementarias tanto en la determinación de la pena como en la fase de ejecución(154). Pero aquí interesa, no obs-tante, el papel preciso que debería tener la prevención especial en la fase de ejecución y no en momentos previos de conminación penal o de imposición del castigo: se da por supuesto que el sí de la pena y su duración se determina por criterios ajenos a –que no incompatibles

---

(150) VAN ZYL SMIT, D. y SNACKEN, S., *Principles, op. cit.*, p. 69 ss.

(151) VAN ZYL SMIT, D. y SNACKEN, S., *Principles, op. cit.*, p. 70.

(152) MEIJER, S., «Rehabilitation as a Positive Obligation», en *European Jour-nal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, núm. 25, 2017, p. 145 ss.

(153) VAN ZYL SMIT, D. y SNACKEN, S., *Principles, op. cit.*, p. 71 y 72.

(154) FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Retribución y prevención general, op. cit.*, p. 727 ss. y conclusivamente p. 735.

con— la prevención especial pero que esta debe jugar un papel especialmente intenso en la ejecución. Es por ello que debería elevarse el estándar de reinserción de las personas privadas de libertad en el sentido dinámico de propiciar que, según el tiempo de encierro avance, se dote de garantías efectivas de revisión de la pena (obligaciones positivas procesales y materiales) hacia regímenes de semilibertad. Inspirados en la propia evolución de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el control de las penas perpetuas(155) debería implementarse un sistema de revisión de la progresión de grado —principalmente al régimen abierto o a la suspensión del resto de la pena— rodeado de garantías que pudieran garantizar *de iure y de facto* la revisión de la evolución hacia la reinserción como criterio rector. Debería por tanto superarse un estándar de reinserción «pasivo» y «notarial» propiciado, a nuestro juicio por el Tribunal Constitucional, cuando afirma que la reinserción es simplemente un fin «más» entre otros y se limita a constatar la compatibilidad, o su ausencia, con dicho fin como criterio único para determinar la constitucionalidad(156). Más allá de consideraciones de prevención general o retribución, legítimamente presentes al momento de ingreso en prisión, la reinserción no debe ser «uno más» de los fines que deben regir la ejecución penitenciaria. La reinserción debe ser el criterio rector, preponderante y decisivo. A diferencia del momento legislativo o del de determinación e imposición de la pena en sentencia, en su fase de ejecución penitenciaria todos los esfuerzos deben dirigirse a lograr la reinserción, y reinserción como preparación para la vida en libertad del interno al que se trata como ciudadad@ y según un horizonte de expectativa en que será devuelto a la vida libre con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal(157). No será el fin único, pero sí con un peso creciente como criterio material decisivo de la progresión de grado según avance el tiempo en prisión. No criterio único: pero sí el criterio rector y principal que permita ir actualizando

---

(155) Ampliamente al respecto en LANDA GOROSTIZA, J. M., *Fines de la pena*, *op. cit.*, p. 91 ss.

(156) Como es conocido el Tribunal Constitucional español interpreta que el principio de reinserción contenido en el artículo 25.2 CE es un mandato dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria sin que constituya propiamente un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de amparo. Véase, por todos, JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho penitenciario*, Iustel, Madrid, 2016, pp. 87 y 88.

(157) Artículo 59.2 Ley Orgánica (LO 1/1979) General Penitenciaria; Reglas Nelson Mandela 4.1 y 91; Reglas Penitenciarias Europeas 102.1. Entendidas siempre como respeto «externo» a la ley. Véase LANDA GOROSTIZA, J. M., *Fines de la pena*, *op. cit.*, p. 133.

el balance de necesidades preventivo especiales, generales y retributivas de manera que la progresión en su pronóstico facilite ir dulcificando los regímenes de cumplimiento hacia mayores cotas de libertad.

En síntesis: tomarse en serio los derechos humanos en sede de ejecución penitenciaria de las penas de prisión requiere que el principio de reinserción se refuerce e integre la doctrina de las obligaciones positivas de los derechos humanos como estándar conforme de manera que la actividad de progresión se rodee de garantías efectivas para impulsar proactivamente la progresión de grado y que tanto el control jurisdiccional de tal actividad como, en su caso, el control de constitucionalidad, se haga más efectivo y con consecuencias. Esto es, que la progresión a regímenes de semilibertad, como hito esencial del tratamiento, se rodee de garantías que fuercen a que el filtro material de control se depure de argumentos preventivo-generales o retributivos de bloqueo y que ello se compruebe sobre la base de revisiones efectivas con una actitud pro-activa de impulso de la reinserción en dialogo, no intrusivo, con la persona presa-ciudadan@.

### 3.2. PARTE ESPECIAL Y DERECHOS HUMANOS

Una mirada sistemática al Derecho internacional de los derechos humanos debería tener influencia y consecuencias también en la clasificación de los delitos de la parte especial. O al menos debería poder abrirse una reflexión sistemática de agrupamiento y relectura de determinados tipos de delitos que podrían llegar a ordenarse según criterios complementarios derivados de los estándares internacionales(158).

A tales efectos podría pensarse, como punto de partida, en los nueve tratados principales que ocupan el núcleo esencial de los mecanismos convencionales de los derechos humanos. Es doctrina asentada que entre el conjunto de instrumentos universales de protección de los derechos humanos existe un «núcleo duro» de convenciones que junto a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 representan la codificación central de estándares que están sometidos a una monitorización más intensa y que marcan, en definitiva, un sector de protección del más alto nivel. En realidad, se podría distinguir lo que constituye estrictamente una suerte de «bloque de constitucionalidad» de los derechos humanos universales del resto de Convenciones –también nucleares– de índole

---

(158) ASÍ ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, op. cit., p. 143 ss. y 301 ss., en su monografía de referencia, saca las conclusiones de su propuesta de reorientación a los derechos humanos escaneando algunos preceptos de la parte especial en la frontera.

sectorial. El primero, el bloque de constitucionalidad, es conocido como el *International Bill of Human Rights*(159) o Declaración Internacional de derechos humanos, en sentido amplio, y comprende el programa que iniciado por la propia Declaración Universal de 1948 se completó con los dos Pactos Internacionales de Derechos civiles y políticos, por un lado, y de derechos económicos, sociales y culturales, por el otro, ambos de 16 de diciembre de 1966(160).

A la Declaración de Derechos como bloque de constitucionalidad con una perspectiva transversal de tutela amplia de derechos(161) seguiría un periodo codificador de los Derechos Humanos más de índole sectorial. y desde esta segunda perspectiva las Convenciones de referencia son las de naturaleza antidiscriminatoria sumándose a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 21 de diciembre de 1965, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 18 de diciembre de 1979. En la década de los 90 del

---

(159) SMITH, R. K. M., *International Human Rights Law*, 10<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2022, p. 59 ss.

(160) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, con entrada en vigor el 23 de marzo de 1976 (y en España el 27 de julio de 1977 *BOE* núm. 103, 30 de abril de 1977); y sus dos Protocolos Facultativos (el primero habilitando para la presentación de comunicaciones individuales al Comité de Derechos Humanos; el segundo destinado a abolir la pena de muerte). y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, con entrada en vigor el 3 de enero de 1976 (en España el 27 de julio de 1977 *BOE* núm. 103, 30 de abril de 1977); y su Protocolo Facultativo que permite reconocer la competencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para recibir y examinar comunicaciones. Como señala SMITH, R. K. M., *International Human Rights*, *op. cit.*, pp. 59, 60 y 65 la Asamblea General en su primera sesión ya transmitió un borrador de Declaración Universal para su consideración al Consejo Económico y Social y, también, a la Comisión de Derechos Humanos dependiente de aquel. Era una iniciativa que se retomaba de trabajos anteriores de la Liga de Naciones y que consistía en un plan de trabajo a desarrollar en tres líneas de actuación por tres grupos diferenciados: uno que se encargaría de la Declaración, un segundo grupo que desarrollara más en detalle el conjunto de derechos y el tercero se ocuparía de los mecanismos de implementación y garantía. Ese ambicioso programa, sin embargo, se dilató en el tiempo desde la aprobación de la Declaración (1948) y su desarrollo en los Pactos (1966) casi 20 años más tarde.

(161) La Declaración Universal y su listado de derechos se desarrolla por partes: los artículos 3 a 21 en el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos y los artículos 22 a 27 en el de Derechos económicos sociales y culturales representando así una suerte de compromiso de aprobación simultánea en un contexto de enfrentamiento ideológico de bloques en la comunidad internacional. SMITH, R. K. M., *International Human Rights*, *op. cit.*, p. 66.

siglo xx deben señalarse la Convención Internacional contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 10 de diciembre de 1984 (y su Protocolo Facultativo para el establecimiento de un sistema de visitas) y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Mención aparte merece la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los Trabajadores migratorios y de sus familiares de 18 de diciembre de 1990 por ser la única de este núcleo duro de derecho convencional que no ha sido ratificada por España (ni por una gran mayoría de los países europeos de su entorno)(162). Por último, ya en el siglo xxi, cierran este conjunto de tratados la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006 y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas de 20 de diciembre de 2006(163).

La tortura y los malos tratos, inhumanos y degradantes conforman un punto nodal de protección en expansión si a ello añadimos la perspectiva europea de protección y en particular la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diálogo permanente con la actividad de monitoreo que sistemáticamente se despliega bajo el paraguas del Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes de 26 de noviembre de 1987. Esta Convención Internacional, más allá de su proyección e influencia en una interpretación conforme de los preceptos contenidos en el Título VII del Código Penal vigente en España (art. 173-177), bien podría ser objeto de comparación sobre la manera en que las otras Convenciones nucleares (racismo, discriminación contra la mujer, protección del menor de edad, personas con discapacidad, personas desaparecidas e incluso, de *lege ferenda*, personas migrantes) condicionan y obligan a establecer obligaciones de criminalización o, en otra dirección, límites a partir de los cuales el ejercicio efectivo del *ius puniendi* representa una violación de derechos humanos. Una mirada en conjunto, sistemática, de las Convenciones sectoriales y complementada también con los resultados transversales de influjo y control de los dos Pactos Internacionales de 1966, bien podrían deparar un modelo de estudio sectorial de bloques de delitos a la búsqueda

---

(162) Ningún país de la Unión Europea ha ratificado la convención. Véase, el análisis crítico de las razones para la no ratificación a partir del caso español, recientemente, en VILLÁN DURÁN, C. y FALEH PÉREZ, C., «España ante la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares», en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 74-1, 2022, p. 65 ss.

(163) SMITH, R. K. M., *International Human Rights, op. cit.*, pp. 71 y 72.

de criterios comunes de interpretación enriqueciendo la dogmática interpretativa de la Parte especial(164).

Fuera del núcleo de tutela del Derecho penal, el cruce de reflexiones a partir de la diversas generaciones de derechos humanos y su significado(165) bien puede ofrecer asimismo una buena guía para reorientar la evaluación políticocriminal de la expansión del Derecho penal mínimo máximo(166) y ayudar también a redirigir y ordenar sistemáticamente la mirada del *ius puniendi* a los daños colectivos a partir del equilibrio inestable de grupos –más o menos vulnerables o desempoderados– en una sociedad cada vez más sensible al paradigma de la discriminación(167).

---

(164) No cabe aquí desarrollar más este punto que queda como mera propuesta embrionaria, como hipótesis de partida para futuras investigaciones. Obviamente las Convenciones sectoriales son un punto de partida que podrían arrojar luz sobre hasta qué punto la clasificación sistemática en Títulos y sus subdivisiones en el Código Penal podrían, de *lege ferenda*, ser objeto de reajuste, en su caso, y, en todo caso, favorecería una mirada de coordinación de prohibiciones penales (relaciones concursales, por ejemplo) o de homogenización de criterios en la incorporación de obligaciones de criminalización. Otras Convenciones ajenas al núcleo duro también pueden ir ampliando la mirada y los niveles regionales de estándares (Consejo de Europa, Unión Europea...) irían complementando como «capas de cebolla» una malla de referencia sobre la que hacer ese contraste sistemático entre la interpretación dogmática del Código Penal a la luz de la interpretación conforme con ese estándar (malla) inter-nacional de referencia.

(165) Por todos, solo, PÉREZ LUÑO, A. E., «Los derechos humanos hoy: perspectivas y retos XXII Conferencias Aranguren», en *ISEGORIA. Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 51, 2014, pp. 465 ss.

(166) En acertada expresión de ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 301 ss., al reflexionar sobre los bienes jurídicos colectivos.

(167) Es esta una línea de reflexión que solo cabe dejar apuntada: a saber, la infiltración de los «colectivos» como elemento transversal de mayor punitivismo que se superpone a grupos identificados conforme a factores de «raza», color de la piel, etnia, nacionalidad, nación, Estado, religión, creencia, ideología, sexo, orientación e identidad sexual, género, edad, enfermedad, diversidad funcional, situación socio-económica...de suerte que el Derecho penal del hecho se cruza con elementos de configuración grupal a la hora de construir –y combatir– el daño social que representan. Paradigmático al respecto los «dolores de parto» de los delitos de odio no ya respecto de minorías étnicas históricamente discriminadas sino sobre colectivos que pueden ser mayoritarios como las mujeres o la ideología. Véase respecto de la expansión de dichos delitos hacia la violencia sexual y hacia la tutela de colectivos ideológicos, respectivamente, solo (con ulteriores referencias): LANDA GOROSTIZA, J. M., «Capítulo IV. Derecho penal sustantivo: la violencia sexual», en Etxebarria Guridi, J. F. (dir.); Otazua Zabala, G. (coord.) y Etxebarria Estankona, K. (coord.), *La mujer víctima de violencia. Análisis multidisciplinar del ordenamiento jurídico español y europeo a la luz del Convenio de Estambul*, IVAP, Oñati, 2022, p. 261 ss., y, conclusivamente, p. 264; y LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, «Delitos de odio y sentido de tutela: reflexiones al hilo del “caso altsasu”», *op. cit.*, pp. 371 y 372. Sobre la perma-

## VIII. REFLEXIÓN FINAL

Probablemente la propuesta aquí defendida no es particularmente novedosa. No hay más que recordar, por ejemplo, la centralidad y trascendencia del debate contemporáneo sobre propuestas de bien jurídico en función de la manera en que se establece su relación con la doctrina jurídicoconstitucional de los derechos fundamentales. O el creciente número de contribuciones de la literatura científica que estudian e incorporan el impacto del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y su recepción creciente, también, por el poder judicial. Pero, aunque no sea tan novedosa, sí que pretende indicar un camino de profundización y de universalización de las propuestas interpretativas en sede penal que se orienten sistemáticamente a los derechos humanos. Se ha intentado visualizar cómo la orientación a los derechos humanos puede llegar a acentuarse desde la propia concepción del Derecho penal, su fin, su objeto, su método científico de interpretación, los principios limitadores del *ius puniendi*, la teoría del delito, de la pena y la Parte especial. El Derecho internacional de los derechos humanos es parte de un lenguaje universal de justicia, una manera actual de expresar esa idea de un Derecho justo. y en tal medida parece conveniente una aproximación entre ese lenguaje universal, sus contenidos positivados pero en continuo dinamismo históricodiscursivo y la perspectiva concreta de la justicia penal y su dogmática. Aproximación que no supone equivalencia ni solapamiento, sino mutua y sistemática referencialidad en la manera propuesta.

Vigano acumula, aparentemente en tono utilitarista, una serie de razones –que compartimos– de por qué deberían tomarse en serio los derechos humanos por parte de los penalistas(168). y alude así a un estado de la Justicia en que la influencia de los profesores/as, de la academia, sigue en declive y por tanto parece más útil redirigir los esfuerzos de la doctrina penal hacia propuestas que tengan un encaje positivo en las Constituciones y/o en el ordenamiento jurídico correspondiente. Las construcciones más racionales de los penalistas, por tanto, podrían resultar inanes y no lograr fruto ante cuerpos judiciales cada vez más ajenos a una (nuda) seducción racionalista. Los mismos tribunales de garantías, que controlan también la política criminal, pueden estar cada vez más al margen de la lógica penal

---

nente expansión de los estándares internacionales de derechos humanos y su influjo en las jurisdicciones domésticas en esta materia LANDA GOROSTIZA, J. M., *Delitos de odio y estándares internacionales*, op. cit., p. 2 ss.

(168) VIGANO, F., *Menschenrechte und Strafrecht*, op. cit., p. 58 ss.

y sus representantes –l@s penalistas– pocas veces ocupan los sillones de las altas magistraturas de control. Por tanto, su lenguaje jurídico-penal, tan especializado, puede acabar por suponer un obstáculo si de lo que se trata es de buscar una influencia en los órganos de control que pueda poner coto, establecer límites, al ejercicio del *ius puniendi*. Para romper ese aislamiento sería más efectivo que los esfuerzos de la academia se concentraran, al parecer, en hacer propuestas fundadas en «criterios positivos, normativamente bien fundamentados» (169). y para ello los derechos humanos –su Derecho internacional como núcleo de su *praxis*– tiene una triple ventaja: una, que tienen un claro anclaje en la Constitución y en el Derecho internacional y por ello deben ser tenidos necesariamente en cuenta por el poder judicial; dos, son conocidos para todo tipo de juristas, los de todas las disciplinas, y no solo la doctrina penalista; y, tres, son universales (no solo, por tanto, conocidos por círculos concretos como el germánico, o el latino, pero no, por ejemplo, por otras tradiciones como la del *common law*) (170).

Los argumentos que apelan a ese potencial de influencia parecen apuntar, decíamos, a razones más de tipo estratégico o puramente utilitaristas. Pero en realidad se sostienen sobre –y apelan a– la universalidad del Derecho internacional de los derechos humanos que debería ir tendiendo a establecer criterios válidos más allá del ámbito doméstico, aunque adaptables, también, a cada círculo de cultura según la concretización en el multinivel. Esta propuesta, para concluir, apunta así en esta dirección no enteramente novedosa y que se enraíza e inspira en la vocación universalista de la Paz Perpetua de Kant y continua –y actualiza– ese «sueño» (171) en el proyecto de Constitución para la Tierra de Ferrajoli (172). El soñar, podrá replicarse, no es fuente de Derecho. Pero las imágenes normativas de tipo universal son un poderoso argumento que se está infiltrando en las jurisdicciones domésticas a través de la interpretación conforme con el estándar internacional que refleja la cristalización de los derechos humanos en su evolución histórica y dinámica. Ese estándar internacional es el dato positivo que «endurece» el sueño, como cuando se

(169) VIGANO, F., *Menschenrechte und Strafrecht*, op. cit., p. 59.

(170) VIGANO, F., *Menschenrechte und Strafrecht*, op. cit., p. 60.

(171) «Podemos dejar a un lado la cuestión de si esta satírica inscripción [«La paz perpetua»], que estaba escrita en el rótulo de una posada holandesa en el que se veía pintado un cementerio, va dirigida a los *hombres* en general, o a los jefes de Estado en particular –que no llegan nunca a estar hartos de la guerra–, o quizá solo a los filósofos, que anhelan ese dulce sueño de la paz perpetua. [...]». KANT, I., *La paz perpetua*, 2.ª ed., Alianza, Madrid, 2016, p. 69.

(172) FERRAJOLI, L., *Por una Constitución de la Tierra*, op. cit.



endurece el derecho blando (*soft law*): que lo convierte en asidero, en derecho (internacional de los derechos humanos) positivo, del que partir en una concepción postpositivista del Derecho.

## IX. BIBLIOGRAFIA

- AGUILO REGLA, J., «Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007, pp. 665-675.
- ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2014.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2014.
- ASHWORTH, A. y HORDER, J., *Principles of Criminal Law*, 7<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2016.
- ATIENZA, M., *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid, 2017.
- *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2012.
- BUCHANAN, A., *The Heart of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- CALLIES, R. P., «Die Strafzwecke und ihre Funktion», en Britz, G.; Jung, H.; Koriath, H. y Müller, E. (hg.), *Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, Beck, München, 2001, pp. 99-118.
- CARRILLO SALCEDO, J. A., *El Derecho internacional en perspectiva histórica*, Tecnos, Madrid, 1991.
- CASSESE, A., *Cassese's International Criminal law*, 3.<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2013.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La política criminal en las ciencias penales: un análisis crítico de la contribución de Roxin», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 23-02, 2021, pp. 1-32.
- *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y Teoría*, 2.<sup>a</sup> ed., Trotta, Madrid, 2013.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1995.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena*, Iustel, Madrid, 2014.
- *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, B de F, Buenos Aires, 2007.
- FERRAJOLI, L., *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, trad. Perfecto Andrés Ibañez, Trotta, Madrid, 2022.

- FERRAJOLI, L., «El Derecho penal Mínimo», en *Poder y Control*, núm. 0, Barcelona, P. P.U. Disponible en: [https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/el\\_derecho\\_penal\\_m%C3%ADnimo\\_-\\_ferrajoli\\_luigi.pdf](https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/el_derecho_penal_m%C3%ADnimo_-_ferrajoli_luigi.pdf) (última consulta: 13 octubre 2022–: se cita la paginación según esta versión), pp. 1-25.
- FREIXES, T., «El diálogo entre tribunales en el marco europeo», en *Cuadernos Constitucionales*, núm. 1, 2020, pp. 65-80.
- FRISCH, W., «Pena, delito y sistema de delito en transformación», en *Revista para el análisis del Derecho InDret*, núm. 3, 2014, pp. 1-31.
- GARCÍA AMADO, J. A., «Filosofía hermenéutica y Derecho», en *Azafea*, núm. 5, 2003, pp. 191-211.
- GÄRDITZ, K., «Strafbegründung und Demokratieprinzip», en *Der Staat*, núm. 49, 2010, pp. 331-367.
- GIMBERNAT, E., *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999.
- HASSEMER, W., «¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?», en Hefendehl, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007, p. 95-104.
- «Juristische Hermeneutik», en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1986, pp. 195-212.
- HEFENDEHL, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007.
- JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho penitenciario*, Iustel, Madrid, 2016.
- KANT, I., *La paz perpetua*, 2.<sup>a</sup> ed., Alianza, Madrid, 2016.
- LAGODNY, O., «El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional», en Hefendehl, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007, pp. 129-136.
- LANDA GOROSTIZA, J. M., «Capítulo IV. Derecho penal sustantivo: la violencia sexual», en Etxeberria Guridi, J. F. (dir.); Otazua Zabala, G. (coord.) y Etxebarria Estankona, K. (coord.), *La mujer víctima de violencia. Análisis multidisciplinar del ordenamiento jurídico español y europeo a la luz del Convenio de Estambul*, IVAP, Oñati, 2022, pp. 211-264.
- «Delitos de odio y sentido de tutela: reflexiones al hilo del «caso altsasu» (STS 458/2019)», en Lorenzo Copello, P. y Daunis Rodríguez, A. (coords.), *Odio, Prejuicios y Derechos Humanos*, Comares, Granada, 2021, pp. 351-374.
- «Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 22-19, 2020, pp. 1-34.
- *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4.º CP 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- LANDA GOROSTIZA, J. M., «Fines de la pena en fase de ejecución penitenciaria: reflexiones a la luz de la prisión permanente revisable», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 18, 2017, pp. 91-140.
- *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código Penal*, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao, 2000.
- LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.
- LAVRYSEN, L. y MAVRONICOLA, N. (eds.), *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Hart Studies in Security and Justice, núm. 7, Oxford/London/New York/New Delhi/Sydney, 2020.
- MACCORMICK, N., *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- MALBY, S., *Criminal Theory and International Human Rights Law*, Routledge, London/New York, 2020.
- MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J., «El TJUE como actor de la constitucionalidad en el espacio jurídico europeo: la importancia del diálogo judicial con los tribunales constitucionales y con el TEDH», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, pp. 235-269.
- MEIJER, S., «Rehabilitation as a Positive Obligation», en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, núm. 25, 2017, pp. 145-162.
- MIR PUIG, S., *Fundamentos de Derecho penal y teoría del delito*, Reppertor, Barcelona, 2019.
- *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016.
- *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2.ª ed., B de F, Buenos Aires, 2003.
- «Bien jurídico y bien jurídicopenal como límites del *Ius puniendi*», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XIV, 1991, pp. 204-215.
- *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1982.
- PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 20ª ed., Tecnos, Madrid, 2016.
- PAWLIK, M., *Der Terrorist und sein Recht. Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus*, Beck, München, 2008.
- PEREIRA GARMENDIA, M., «El ciudadano «universal»», en Sánchez-Ostiz, P. (dir.), *Medio siglo de Derecho penal en España. Del modelo autoritario al del ciudadano constitucional*, Comares, Granada, 2021, pp. 123-135.
- PÉREZ LUÑO, A. E., «Los derechos humanos hoy: perspectivas y retos XXII Conferencias Aranguren», en *ISEGORIA. Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 51, 2014, pp. 465-544.
- PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2017.

- ROXIN, C., «¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal», en Hefendehl, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007, p. 443-475.
- *Política Criminal y sistema del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1972.
- ROXIN, C. y GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlängen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 5. Auflage, Beck, München, 2020.
- SCHÜNEMANN, B., «El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación», en Hefendehl, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007, pp. 197-226.
- SERRANO, V., *La herida de Spinoza. Felicidad y política en la vida posmoderna*, Anagrama, Barcelona, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.<sup>a</sup> ed. Ampliada y actualizada, B de F, Buenos Aires, 2012.
- SMITH, R. K. M., *International Human Rights Law*, 10<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2022.
- STAVROS, S., «Criminal Law Responses to Hate Speech: Towards a Systematic Approach in Strasbourg?», en Lavrysen, L. y Mavronicola, N. (eds.), *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Hart Studies in Security and Justice, núm. 7, Oxford/London/New York/New Delhi/Sydney, 2020, pp. 117-138.
- STUCKENBERG, C. F., «Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre. Bemerkung zum Verhältnis von Strafe und Staat», en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2011, pp. 653-661.
- TOMAS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», en *Revista para el análisis del Derecho InDret*, núm. 3, 2016, pp. 1-72.
- TULKENS, F., «The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights», en *Journal of International Criminal Justice*, núm. 9, 2011, pp. 577-595.
- VAN ZYL SMIT, D. y SNACKEN, S., *Principles of European Prison Law and Policy. Penology and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 2016.
- VIGANO, F., «Menschenrechte und Strafrecht. Ein Plädoyer für eine Neuorientierung», en Fahl, C.; Müller, E.; Satzger, H. y Swoboda, S. (Hg.), *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, 2015, pp. 55-68.
- «La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales», en *Política Criminal*, núm. 9-18, 2014, pp. 428-476.

- VILLÁN DURÁN, C. y FALEH PÉREZ, C., «España ante la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares», en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 74-1, 2022, pp. 65-80.
- VIVES ANTON, T., *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- ZAMBRANO, P., «Del ciudadano pasivo-defensivo al ciudadano activo-colaborador y sospechoso. Apuntes para un debate racional acerca de la legitimidad jurídica del modelo penal de ciudadano», en Sánchez-Ostiz, P. (dir.), *Medio siglo de Derecho penal en España. Del modelo autoritario al del ciudadano constitucional*, Comares, Granada, 2021, pp. 197-236.

