

CRISIS DEL PRINCIPIO PENAL DE *ULTIMA RATIO* ¿DEBEMOS RETOMAR LA ORIENTACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PENAL?*

Crise of the *ultima ratio* principle.
Shall We Resume the Constitutional Criminal Law Guidance?

FAUSTINO GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA **

Fecha de recepción: 22/12/2020
Fecha de aceptación: 12/03/2021

acfs, Protocolo I (2021), 131-154
ISSN: 0008-7750; ISSN-e 2530-3716
<http://dx.doi.org/10.30827/acfs.vi1.16747>

RESUMEN La Doctrina penal contemporánea recurre al principio de *ultima ratio* para satisfacer la tarea principal de reducir al máximo la arbitrariedad del Derecho penal, pues a través de su significado, la legitimidad del delito y de la pena se somete a la condición de la inexistencia axiológica y empírica de otros recursos jurídicos menos drásticos para solventar idóneamente el conflicto que genera su apertura. No obstante, la deriva punitivista en que ha degenerado la necesaria expansión del Derecho penal en la sociedad del riesgo, pone en duda su verdadera capacidad limitadora, especialmente por su escasa vinculación a los poderes públicos. Pero nada más lejos de la realidad, el desarrollo actual de la Dogmática de los Derechos Fundamentales permite a la Doctrina penal afirmar que, en el Estado constitucional, el Derecho penal mínimo es a su vez el Derecho penal máximo permitido por la Constitución.

Palabras clave: Principio de *ultima ratio*; Derecho penal constitucional; Expansión del Derecho penal; deberes estatales de protección; derechos subjetivos de libertad; principio de proporcionalidad.

ABSTRACT The Criminal Law theory turns to the *ultima ratio* principle to minimize any arbitrary use of the Crime and punishment. Through its significance, the condition of necessity submits the Criminal law's legitimacy to the axiological and empirical condition of another legal remedies absence to solve the social conflict which causes its appeal. Notwithstanding, due to the punitive drift to which the expansion of Penal Law has degenerated, it has been casted

* Para citar/citation: García de la Torre, F. (2021). Crisis del principio penal de *ultima ratio*. ¿Debemos retomar la orientación constitucional del derecho penal? *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo I*, pp. 131-154.

** Universidad de Castilla-La Mancha. España. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, Cobertizo de San Pedro mártir, s/n. 45071 Toledo (España). Correo electrónico: Faustino.GarciaTorre@uclm.es. Mi más sincero agradecimiento a todos aquellos que, con muy buen criterio, han realizado observaciones al texto original, comenzando por mi maestro, el Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo.

doubt on the real ability of the principle for detracting the arbitrary use of the Crime and punishment, due specially to its limited linkage to public powers. Far be it from this case, we might claim nowadays from the latest developments of the Constitutional law theory, that the real significance of the *ultima ratio* principle in a Constitutional State implies that the minimum Penal Law demanded by Constitution is at the same time the highest one be allowed.

Keywords: *Ultima ratio* principle, Constitutional Criminal Law; Criminal law expansion; Positive and negative state obligations; Proportionality principle.

1. INTRODUCCIÓN

En teoría, el recurso al Derecho penal debería ser la decisión más problemática de adoptar en el Estado constitucional de Derecho porque de entrada supone la injerencia más grave que el Estado puede llevar a cabo en la esfera del ciudadano. Tanta tensión provoca en las relaciones entre poder público y libertad privada que, en una sociedad pacífica, tan solo es deseable su restricción (Demetrio Crespo, 2020, p. 16). Incluso cuando parece que realmente no existe otro medio *eficaz* o *adecuado* para asegurar el disfrute de los Derechos Fundamentales y Humanos, la legítima pretensión punitiva del Estado se topa de frente con el derecho subjetivo de todos los ciudadanos a no sufrir ni amenaza o imposición de una pena que no sea estrictamente necesaria (Ferrajoli, 2014, p. 209). En teoría, la idea de que el Derecho penal es el último recurso en la caja de herramientas del legislador se considera todo un patrimonio común (*Allgemeingut*) (Seher, 2012, p. 129).

Pero en la praxis, la opción política de recurrir al Derecho penal no aparece tan problemática ni costosa en términos de libertad. Después de las 30 reformas que ha sufrido el genuino Código Penal “de la democracia” desde que fuera promulgado en 1995 hasta ser transformado en el Código Penal “de la seguridad”, podemos advertir la poca fidelidad que la clase política muestra a la idea de *ultima ratio* tal y como ha sido tradicionalmente entendida. Reforma tras reforma, se ha llegado en España y en el resto de los Estados de nuestro entorno jurídico más cercano¹, a un máximo histórico de conductas tipificadas en la legislación penal, que en no pocas ocasiones responde a políticas de seguridad nacionales o del Derecho penal transnacional. Buena muestra de ello son las reformas de 2015 y 2019. En la primera, el legislador desperdició la oportunidad de llevar al orden

1. *Vid.* En Italia y Alemania, respectivamente: (Marra, 2018, p. 2); (Weigend, 2016, p. 1).

administrativo los delitos más leves por medio de la supresión de las faltas, aprovechando incluso la ocasión para penalizar más (González Cussac, 2015, p. 19). Después, en la reforma de 2019, el legislador introdujo por la ventana lo poco que fue sacado por la puerta de la reforma de 2015 (Quintero Olivares G. , 2019, p. 15).

A esta *insostenible situación del Derecho penal*, originada por las discrepancias entre los postulados de la Ciencia penal y la praxis legislativa y judicial, se suma que el *espíritu de nuestro tiempo* ha pasado de pedir mayor protección contra el poder público, a pedir protección eficaz del mismo porque no teme el riesgo de la tiranía (Bernuz Beneitez y González Ordovás, 2006, p. 24), ante la proliferación generalizada de la idea de que no sólo el Estado, sino también actores no estatales, poseen las virtudes para poner en verdadero peligro la existencia de las libertades fundamentales. Todo ello, ha terminado por provocar profundas trasformaciones sobre el patrimonio común que es la idea de *ultima ratio* (Palazzo, 2001, p. 441). Ya no está tan claro *cómo* se puede seguir manteniendo que el Derecho penal tan solo resulta legítimo cuando no existen otros medios igualmente adecuados, o si en cambio hemos de considerar que en ocasiones sea la *prima ratio*, la *sola ratio* o la *única ratio*, porque se ha puesto en entredicho tanto que el Derecho penal sea de verdad la injerencia más grave del Estado en la esfera del individuo, tanto como se duda de la potencial eficacia de los sistemas de sanciones no penales (Prittwitz, 2017, p. 390).

En este contexto se discute intensamente si el principio penal de *ultima ratio* funciona mejor como barrera o límite constitucional vinculante para el legislador, o tan solo podemos aspirar a que sus directrices hagan mella en la mente prudente del legislador (Gärditz, 2016); (Jahn y Brodowski, 2016). En este trabajo se tratará de defender que el principio de *ultima ratio* en el Estado constitucional de Derecho es un verdadero límite vinculante para el legislador, ya que la medida mínima de intervención punitiva que resulta constitucionalmente exigible a los poderes públicos, es a su vez la máxima intervención que la Constitución permite en las libertades fundamentales. En otras palabras, el Derecho penal mínimo exigido por la Constitución para la protección de los Derechos Fundamentales frente a usurpaciones de terceros, es a su vez el Derecho penal máximo permitido por dicha norma para la defensa de los mismos frente al Estado, tal y como resulta de la conjugación, en términos dogmático-constitucionales, de las exigencias derivadas los deberes estatales de protección de los Derechos Fundamentales (*grundrechtliche Schutzpflichten*) con las prohibiciones que constituyen el haz de libertades frente a la sanción en las que se funda la personalidad humana (*Abwehrrechten von Sanktionierung*).

2. EL PRINCIPIO DE *ULTIMA RATIO* EN LA HISTORIA DE LOS IDEALES

2.1. *De la prima a la ultima ratio en el tránsito del Estado absoluto al Estado liberal de Derecho*

El Derecho penal no pudo ser la *ultima ratio* en el Estado absoluto de la más pronta modernidad, pues en dicho tipo ideal de convivencia política, “quien tiene derecho al fin tiene derecho a los medios” y es juez tanto para los medios de la paz y defensa, como para hacer todo lo que considere necesario para la preservación de la paz y la seguridad (Hobbes, 1980, p. 384). De hecho, el Estado absoluto se ha descrito como un mero “*ordo poenalis*” (Schmitt, 2008, p. 151). Sin embargo, en la medida en que el Estado absorbe todos y cada uno de los ámbitos de la vida social e impone la paz civil neutralizando los miedos de los ciudadanos entre sí, él mismo se convierte en el objeto del miedo (Isensee, 2014, p. 21). A partir de mediados del S. XVIII, el uso discrecional del Derecho penal entró en fuerte crisis por la rápida expansión de la idea de que la existencia del soberano también significaba inseguridad si no existen posibilidades de rechazar sus pretensiones (Bacigalupo, 2005, p. 12).

Es entonces cuando tiene origen la Filosofía penal de la Ilustración, de la que surge Doctrina de la defensa *frente* al Estado (*Staatsabwehrdoktrin*) junto con la ciencia penal moderna, que en realidad no tratan de eliminar al Leviatán, sino domarlo en su faceta de *Magnus homo* (Schmitt, 2008, p. 106). La primera formulación de la idea de *ultima ratio* aparece de manera sistemática en la obra de BECCARIA, quien señala que “toda pena, dice el gran Montesquieu, que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica; proposición que puede hacerse más general de esta manera: todo acto de autoridad de hombre a hombre que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico. He aquí pues el fundamento del derecho del soberano a penar los delitos: la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones; y tanto más justas son las penas, cuanto es más sagrada e inviolable la seguridad y mayor la libertad que el soberano conserva a los súbditos” (Beccaria, 1990, p. 86).

2.2. *De la ultima a la extrema ratio en el tránsito del Estado liberal clásico al Estado de bienestar*

Debido a la incapacidad de la *sociedad burguesa* para autorregularse ante la inmensa proliferación de riesgos que surgieron del proceso de industrialización y la consiguiente migración en masa del campo a la ciudad, la

doctrina de la defensa *frente* al Estado se ha visto envuelta en un proceso de negación de sí misma desde finales del s. XIX (Grimm, 1991, p. 187 y ss.) que en nuestros días está llegando a ser comprometedor. Bajo la proclama de que el Estado debía poder actuar con todos sus medios cuando fuera necesario para proteger la libertad frente a los nuevos riesgos del trabajo, del desempleo, y de la pérdida de las condiciones básicas para la subsistencia material, se ha venido impulsando que el Estado abandone progresivamente su postura de mero guardián nocturno del orden jurídico con la que había sido concebido por la *sociedad burguesa*. En la mente de la nueva *sociedad industrial de clases*, las fronteras entre el Estado y el individuo se desdibujan (Forsthoff, 1975, p. 123). A partir de entonces, comienza a considerarse que el Estado puede encontrarse obligado a incidir en la organización social por medios políticos, entre los cuales se encuentra el Derecho penal como instrumento activo de la lucha eficaz contra el delito (Mir Puig, 2003, p. 104).

No obstante, aunque “el Estado social tiende a reflejarse en la ampliación de la acción penal, tanto en lo que se refiere a sus objetos de protección como en lo referido a su rigor” (Mir Puig, 2003, p. 110), la idea de que el Derecho penal debe ser la *ultima ratio* de las opciones políticas no retrocede un palmo en el tránsito del Estado liberal clásico al Estado social y democrático de Derecho, pues sale incluso reafirmada al verse ampliadas las posibilidades de intervención del Estado en las relaciones sociales, especialmente a través de políticas sociales de repartición de la riqueza, desplazándose el elemento punitivo a la *extrema ratio* (Mir Puig, 2015, pp. 127, 129). Tras el desplome del muro que separaba en la sociedad liberal al Estado del individuo, las exigencias de economía social, que buscan el mayor bien de la sociedad al menor costo, son los motivos principales para desear la mínima intervención del Estado mediante el ejercicio de la violencia (Mir Puig, 1999, p. 151).

2.3. *De la extrema a la prima ratio en el tránsito del Estado de bienestar al Estado de la seguridad*

La *sociedad del riesgo* contemporánea coexiste entre peligros que amenazan por doquier la seguridad sobre vida y la integridad física de los individuos, riesgos que no solo derivan de los procesos de tecnificación, industrialización y globalización (Silva Sánchez J. M., 2011). Por ello, la *expansión del Derecho penal* es un hecho prácticamente inevitable en nuestros tiempos (Corcoy, 2012, p. 46), ya que se presupone, cada vez con mayor rigor, la bondad de la intervención del Estado de manera regulativa

en ámbitos que tradicionalmente han permanecido libres de la acción política (Beck, 1998, p. 14). En base a estos parámetros, ya se ha llegado a cifrar que el modelo de Estado que rige en la actualidad bien puede denominarse “Estado de la seguridad” (Martínez de Pisón, 2006, p. 53), no tanto porque el recurso al Derecho penal también pueda encontrarse por doquier, sino porque su presencia no siempre obedece a razones de estricta necesidad, pues se ha comprobado que a menudo se emplea con un valor simbólico sin examinar cuán eficiente y necesario pueda ser en relación a la existencia de otras técnicas de protección y control social (Carnevali Rodríguez, 2009, pp. 17, 18).

GONZÁLEZ CUSSAC afirma que la reforma del Código penal llevada a cabo por la LO 1/2015 ha supuesto todo un “apocalipsis” para el “último Código penal europeo”, indicando que muchos de los cambios en la legislación penal no responden a razones de estricta necesidad de protección de intereses jurídicos, sino exclusivamente a una ideología represiva cuya oportunidad se encuentra en razones meramente populistas (2015, pp. 17, 18). También VIVES ANTÓN ha mencionado que la declaración de intenciones del Código penal de 1995 de plasmar en el Código penal el ideario político del Estado de Derecho ha quedado a merced de una mentalidad autoritaria tras la reforma de 2015, que ni siquiera se detiene ante los límites constitucionales (2015, p. 34). Por último, QUINTERO OLIVARES, quien en una publicación reciente ha manifestado que el legislador penal español viola impunemente el principio de *ultima ratio* (2020, p. 52), señala que la reforma del Código penal por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2019 “ha conseguido achicar, hasta hacerlo inane, el espectro ideológico de las opciones de política criminal” (2019, p. 11).

3. EL PRINCIPIO DE *ULTIMA RATIO* EN DERECHO PENAL

3.1. *El principio de ultima ratio entre los límites funcionales del Derecho*

La Ciencia moderna del Derecho penal, orientada en sus conclusiones a los principios y postulados clásicos de la Ilustración penal (Sánchez Martínez, 2004, p. 57), nunca se conforma con reducir los fundamentos del Derecho penal a la estricta protección de los intereses jurídicos más importantes para la sociedad, sino que también asume la postura de contrapoder crítico frente al legislador mediante del examen de las divergencias entre imperativos de *lege data* y de *lege ferenda* para restar legitimidad a toda intervención del Derecho penal que no resulte estrictamente necesaria

(Schünemann, 2012, p. 68). Entre los límites funcionales del Derecho penal a los que la Ciencia penal recurre para lograr sus pretensiones, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos; el principio de subsidiariedad; y el de fragmentariedad, el principio de *ultima ratio* ocupa un lugar destacado, por ser el más antiguo y unívoco de todos ellos y remitir al concepto de límite de una forma más clara (Prittwitz, 2000, p. 432).

El principio de *ultima ratio* expresa la idea heredada ilustrada por la que se entiende que el Derecho penal nunca puede ser legítimo cuando los poderes públicos tienen a mano otras posibilidades de regulación igualmente adecuadas para el fin propuesto y menos drásticas que el delito y la pena (Montesquieu, 1987, p. 209); (Beccaria, 1990, p. 86); (Bentham, 1981, p. 308). La plasmación de dicho ideario aparece frecuentemente en los manuales de Derecho penal, a través de menciones varias a categorías intrínsecas al principio de *ultima ratio*, que prohíbe el recurso al derecho punitivo cuando el resto de recursos jurídicos de protección y control social, tales como el Derecho civil; el Derecho administrativo sancionador; la Política social; o la capacidad de autoprotección², no presenta ninguna garantía de *eficacia* para alcanzar el fin u objetivo público para el cual se propone su recurso (Orts Berenguer y González Cussac, 2020, p. 74).³

3.2. *El principio de ultima ratio entre las categorías dogmáticas de la Ciencia penal*

Aunque puede afirmarse que los postulados del principio de *ultima ratio* irradian toda la Dogmática del Derecho penal, es en las categorías tradicionales del *merecimiento* (Strafwürdigkeit) y de la *necesidad* (Strafwürdigkeit) donde despliega todo su significado, porque allí presenta su mayor potencial limitador. (Silva Sánchez, 1992, p. 247). El *merecimiento de sanción penal* expresa la necesidad de llevar a cabo un juicio valorativo que, en base a la importancia del interés jurídico y de la reprobación social de la conducta que lo perturba, compruebe que la personalidad de quien la sufre pueda soportar la carga que el delito y la pena comportan (Sax, 1959, pp. 914 y ss.). En la categoría dogmática de la *necesidad*, se sostiene que

2. Sobre la incidencia de las técnicas privadas de autoprotección en el principio de *ultima ratio*: (Schünemann, 2012, pp. 78 y ss.). Crítica: (Hörnle, 2012, pp. 88 y ss.).

3. En el mismo sentido, últimamente: (Muñoz Conde y García Arán, 2019, pp. 64 y ss.) (Zugaldía Espinar, 2016, pp. 49 y ss.). Desde una orientación constitucional: (Arroyo Zapatero, 2016, pp. 147 y ss.).

el Derecho penal no debe intervenir para proteger intereses que pueden recibir una tutela adecuada poniendo en funcionamiento mecanismos distintos a los medios punitivos, menos lesivos que estos para el ciudadano y con frecuencia, mucho más eficaces para la protección de la sociedad (Orts Berenguer y González Cussac, 2020, p. 74). En palabras de Mir Puig, “ante la presencia de otros medios no está justificado un recurso más grave cuando cabe esperar los mismos o mejores resultados de otros medios más leves, y solo cuando ninguno de ellos sea suficiente estará legitimado el uso de la pena” (2003, p. 110).

No obstante, a pesar de que el significado de las categorías del *merecimiento* y la *necesidad* en las experiencias jurídico-penales comparadas es unívoco en términos generales, rara vez se mencionan como modelos de limitación del Derecho penal independientes y de aplicación constante, pues por regla general se confunden entre sí al no haberse precisado sus requisitos de aplicación, remitiéndose el uno al otro para circunscribir sus contornos (Appel, 1998, p. 391). En este sentido, la idea del Derecho penal como *ultima ratio* se vincula de modo más directo con la categoría doctrinal de la *necesidad*, ya que en su seno se expresa con mayor claridad su significado de juicio deslegitimador de la intervención penal en los ámbitos de la vida social donde existen otros medios alternativos para neutralizar los efectos adversos de las conductas merecedoras de prohibición (Sax, 1959, pp. 923 y ss.); (Demuro, 2013, p. 12); (Mir Puig, 2003, p. 110).

3.3. ¿Crisis de un principio vertebrador del Derecho penal del Estado de Derecho?

Como hemos señalado *supra* 1.3, el Estado ha dejado de ser visto parcialmente como un potencial perturbador de las libertades para pasar a representar la figura vigorosa de garante y protector de los individuos ante la inmensidad de peligros que les acechan (Streuer, 2003, p. 49). Por ello, no ha de extrañar que el llamamiento a un Derecho penal neutralizador de las altas incertidumbres e inestabilidades del entorno social suene cada vez más fuerte (Lagodny, 1996, p. 2). Debido a la falta de claridad sobre las cuestiones de la *eficacia* y la *lesividad* real del Derecho penal en relación con otros medios de control y especialmente y en vista del desprecio que el legislador muestra sobre los límites funcionales del Derecho penal, llevamos ya un tiempo en que “debemos decidir entre arrojar por la borda esos programas articulados o sacarles brillo para afrontar la desbordada praxis del Derecho penal” (Prittwitz, 2000, p. 428).

Al respecto, Demetrio Crespo lleva un tiempo alertando sobre la “*Crisis y metamorfosis del Derecho penal del Estado de Derecho*”⁴, en el sentido de asistir a la completa “pulverización”, a golpe de reforma y la reducción al absurdo mediante la técnica populista, la demagogia política y el espectáculo mediático, del marco político-criminal de garantías elaborado por la Doctrina penal bajo los postulados del Estado de Derecho, programa con el cual parecía identificarse la redacción original del Código penal español de 1995 (Demetrio Crespo, 2020, pp. 20 y ss.). Según apunta este autor, algunas de los límites inherentes del Derecho penal del Estado de Derecho bien pueden considerarse ya “un tópico desprovisto de contenido concreto”, no sólo por el fenómeno de expansión del Derecho penal que inevitablemente se erige en la actualidad, sobre el cual reconoce ciertas ventajas especialmente a la hora de perseguir la criminalidad de los poderosos frente a los más débiles, sino más porque el discurso de las garantías comienza a ser tenido por “el fruto de la insolidaridad, la maldad, la falta de visión o, en el mejor de los casos de la ingenuidad académica de quienes se mantienen en ese discurso” (Demetrio Crespo, 2020, pp. 20 y ss.).

4. EL PRINCIPIO DE *ULTIMA RATIO* EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

4.1. *El grado de constitucionalización del principio penal de ultima ratio*

Si el constitucionalismo es una corriente de pensamiento cuyas finalidades se orientan a la limitación de los poderes públicos mediante la consolidación de esferas de autonomía privada garantizadas mediante normas (Fioravanti, 2014, p. 17), es lógico entender que el sistema de protección y de garantías constitucionales debe ser tanto más sofisticado y desarrollado cuanto mayor sean las posibilidades de su intervención del poder público en la esfera privada del individuo (Appel, 1998, p. 26). En este sentido, la *orientación constitucional del Derecho penal* ofrece la ventaja, respecto a la clásica formulación de nuestras tesis bajo los postulados del Derecho natural, de tener la capacidad política de vincular al legislador y al juez penal de un modo más intenso a los principios del Derecho constitucional (Greco, 2013, pp. 17, 18). Como señalaba Appel, las verdaderas limitaciones al Derecho penal solo pueden abordarse en el Estado constitucional, en el nivel superior, donde se hace posible el control constitucional y convencional efectivo sobre las normas materiales penales (1998, pp. 328 y ss.).

4. *Vid.*, ampliamente (Demetrio Crespo, 2020).

De este modo, podría ser cierto que “si el principio de *ultima ratio* no es solo un esbozo de la doctrina filosófica estatal del contrato social, sino también un componente que resulta del principio del Estado de Derecho, el mismo se convierte en una auténtica barrera del derecho positivo que participa del poder normativo de la Constitución” (Greco, 2013, p. 20). No obstante, ha de tenerse en cuenta que, aunque el Derecho penal y el Derecho constitucional utilizan a menudo los mismos términos, éstos pueden tener un contenido distinto, y debido al alto grado de abstracción del Derecho constitucional, los penalistas tan sólo podrán hallar una respuesta muy rudimentaria a sus inquietudes (Greco, 2013, pp. 26 y ss.). En este sentido, se ha denunciado que el principio penal de *ultima ratio* no se ha traducido correctamente al lenguaje del Derecho constitucional, que lo ha imbricado en la segunda prueba del principio de proporcionalidad en sentido amplio (*Erforderlichkeit*), alejándose un tanto de su clásico entendimiento (Correa Aguado, 1999, pp. 240, 241).

4.2. La postura deferente de la jurisdicción constitucional

Amparándose en la complejidad que supone llevar a cabo un juicio empírico de carácter comparativo que verifique que realmente no existe otro medio igualmente adecuado para la protección de bienes jurídicos, la jurisdicción constitucional viene recurriendo a la “cura milagrosa” que supone dejar la elección al principio democrático de la mayoría en base a su experiencia institucional⁵, restando así gran parte del potencial limitador que la Ciencia penal espera del principio constitucional de *ultima ratio*. Por ello, se afirma que en el proceso de traducción de la idea genuina elaborada en la Ilustración en la jurisprudencia constitucional, el principio de *ultima ratio* ha perdido su carácter de límite funcional y también político que es inherente al ejercicio legítimo del monopolio de la fuerza, y con ello, se desvanece la buena oportunidad de generar auténticos efectos imperativos desde el Derecho constitucional, quedando inhabilitado de una derivación constitucional (Jahn y Brodowski, 2017, p. 969).

Parece que en la práctica es cierto lo que señala Donini, que “nadie puede impugnar jurídicamente una ley que viole el principio de *ultima ratio*” (Donini, 2010, p. 13). La crítica sobre la incompatibilidad del principio penal de *ultima ratio* con la amplitud de la prerrogativa del legislador en materia penal no es ni mucho menos nueva, pues fue formulada por APPEL

5. Vid. STC 55/1996 FFJJ 7º y 8º.

hace ya más de 20 años, ni tampoco resulta desconocida entre nosotros, gracias a los célebres trabajos de Lascuráin sobre *lo restrictivo y lo deferente en la jurisprudencia constitucional en materia penal* (Lascuráin Sánchez, 2012); (2020). Al respecto, tanto el autor alemán como el español han señalado que la deferencia del *BVerfG* y del TCE en el control material de las normas penales conduce a una jurisprudencia llena de incoherencias en lo que se refiere al tratamiento del principio de *ultima ratio*. Dicha deferencia no permite afirmar que conserve la capacidad limitadora que tradicionalmente se le atribuye, especialmente cuando se concede al legislador penal un margen de maniobra tan amplio como la dificultad de determinar la efectos reales de las normas penales (Appel, 1998, pp. 99, 100, 142, 143, 178, 182, 407, 409, 415, 416, 540).

4.3. *¿Metamorfosis del principio penal de ultima ratio en el Derecho constitucional?*

Lo anterior no es óbice para que por razonamientos lógicos o por la aparición de evidencias empíricas, la jurisdicción constitucional llegue a la conclusión de que el recurso al Derecho penal resulta más lesiva que otra(s) de las correlativamente idóneas para la consecución de la finalidad concreta que su uso se propone⁶. Parece que solo en este caso podría invocarse el principio constitucional de *ultima ratio* (Correa Aguado, 1999, p. 241), de modo que las limitaciones constitucionales del principio de *ultima ratio* se circunscriben a los límites de la irracionalidad político criminal (Donini, 2001, p. 30) comprobada a través de un juicio de evidencia. En relación a ello sucede algo fascinante y es que, en la *doctrina de los deberes estatales de protección* que sostiene tanto el *BVerfG*⁷, como el TC⁸ y especialmente el TEDH⁹, tan solo se invoca el principio penal de *ultima ratio* con la finalidad de impulsar o incluso compeler a los poderes públicos a echar mano del delito y de la pena, cuando el estándar de protección que la Constitución o el Convenio europeo exige a los poderes públicos no pueda lograrse

6. Vid. STC 55/1996 FJ 7^a.

7. Vid. *BVerfGE* 39, 1, 45.

8. Vid. STC 71/1984, FJ 2^a.

9. Vid. Entre muchas otras: Sentencia de 26 de marzo de 1985, *X e Y c. Holanda* (recurso núm. 8978/80, § 27); sentencia de 9 de junio de 1998, *particular L.C.B. c. Reino Unido* (recurso núm. 23413/94); sentencia de 28 de octubre de 1998, *Osman c. Reino Unido* (recurso núm. 23452/94); sentencia del 15 de diciembre de 2009, *Maiorano e a. c. Italia* (recurso núm. 28634); sentencia de 15 de enero de 2009, *Branko Tomasic e a. c. Croacia* (recurso núm. 46598/06).

por recursos jurídicos distintos al Derecho penal, tales como el Derecho civil o el Derecho administrativo sancionador (Appel, 1998, pp. 187, 188).

En teoría, ello se debe a que el control de la justicia constitucional sobre las normas no alcanza a los medios específicos seleccionados por el legislador, sino a lo sumo, al logro de un cierto nivel o estándar de protección de un interés jurídico determinado (Isensee, 2011, p. 542). Ahora bien, cuando existe la evidencia de que el resto de los recursos jurídicos no presentan garantías de *eficacia* con relación al cumplimiento de un objetivo estatal de protección, la justicia constitucional sí que aborda la selección legislativa de los medios. Así, ante la presencia de un deber estatal de protección, los poderes públicos pueden incluso quedar obligados a echar mano al Derecho penal, porque su recurso supone la *ultima ratio* de los recursos jurídicos adecuados. Tradicionalmente, ello no ha sido interpretada positivamente, sino como la “inversión” (Gärditz, 2016, p. 643) del principio o directamente, la “anulación” de su significado en presencia de deberes constitucionales de protección (Appel, 1998, p. 144). Al respecto, especialmente tajante ha sido PRITWITZ, quien lo califica como una auténtica “hipertrofia” de la idea clásica de *ultima ratio*, ya que señala que dicha postura tan sólo serviría “para jugárselo todo a una carta” y asumir el riesgo del fracaso, cuando el resto de los medios de control y protección social no ofrezcan suficientes garantías de efectividad (2000, p. 433).

5. LA CONTROVERTIDA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE *ULTIMA RATIO*

5.1. *Luces y sombras de la constitucionalización (in progress) del Derecho penal*

Como ha señalado GRECO, parece que durante el último decenio, especialmente con la participación del Derecho europeo e internacional en el diálogo entre la Constitución y el Derecho penal¹⁰, se ha puesto mayor empeño en examinar las normas penales desde las categorías dogmáticas y los principios del Derecho constitucional sin abandonar la esperanza de que los Derechos Fundamentales limitan efectivamente la actividad del legislador (2013, pp. 17, 18). Tanto es así, que en los últimos diez años ha aparecido en la literatura alemana el término *Derecho penal constitu-*

10. *Vid.* (Nieto Martín, 2019).

*cional (Strafverfassungsrecht)*¹¹, construido en España por los discípulos de Barbero Santos a principios de la década de los 90 del siglo pasado (Arroyo Zapatero y Berdugo Gómez de la Torre, 1994, p. 43). No obstante, e incluso también en nuestro país, el Derecho penal constitucional es por el momento tan solo un término que la Doctrina penal utiliza de modo informal, el cual carece de reflexiones profundas y tan solo describe las expectativas que un pequeño grupo de penalistas y filósofos del Derecho tienen puestas en el potencial limitador de los Derechos Fundamentales (Jahn, 2016, p. 65)¹².

Pero la Doctrina del Derecho penal constitucional ha de superar viejas objeciones bien arraigadas en la mentalidad de los penalistas para comenzar a tomarse en serio el significado constitucional del principio de *ultima ratio*. Especialmente, ha de superarse las denominadas “*objeciones democrática y valorativas*”, de carácter político, sobre las que se viene reconociendo al legislador un amplio margen de libertad para la configuración del Ordenamiento Jurídico (Tiedemann, 1991, pp. 4, 5). Hasta entonces, la dogmática penal seguirá temiendo exponer su territorio autosuficiente a la omnipotencia de los principios constitucionales, porque supuestamente, el Derecho constitucional podría hacer que la diferenciación dogmática de las categorías en la dogmática penal, a través de las cuales se han ido colmando las carencias de menciones constitucionales sobre el delito y la pena (Appel, 1998, pp. 46 y ss.), sea una pérdida de tiempo en nombre del caso en concreto (Greco, 2013, p. 33), y dar con ello al traste las diferenciaciones acuñadas por más de 200 años (Lagodny, 1996, p. 4).

5.2. Respuesta negativa: el principio penal de *ultima ratio* debe permanecer en la mente del legislador prudente

En la discusión actual sobre el método y los fundamentos del Derecho penal se debaten dos tipos de propuestas: las de aquellos que apuestan por la *democratización del Derecho penal*¹³ y las de aquellos otros que ven cierta luz y esperanza en el proceso ya iniciado de *constitucionalización del Dere-*

11. *Vid.*, por ejemplo (Jahn, 2016); (Burchard, 2016); (Demetrio Crespo, 2020); (Arroyo Zapatero, 2016); (Quintero Olivares G. e., 2015); (Mir Puig, 2011). Paradójicamente, en Italia se sigue mencionando la *orientación constitucional del Derecho penal* (Donini, 2016), e incluso, a pesar de los esfuerzos de Palazzo y Viganò (Palazzo y Viganò, 2018), se ha señalado que “un Derecho penal constitucional no existe” (Dolcini, 2019, p. 27).

12. Actualmente, entre nosotros: (Demetrio Crespo, 2020).

13. (Gärditz, 2015).

*cho penal*¹⁴. En este nudo de cuestiones, ha surgido la controversia sobre el estado actual del principio penal de *ultima ratio*, la cual resulta novedosa a la vez que cordial porque se ha librado en el terreno del Derecho constitucional, como no es usual en nuestra Doctrina. Al respecto, Gärditz, quien reconoce que la constitucionalización del Derecho penal es hoy un tema omnipresente, rechaza de entrada que la *Grundgesetz* sirva de fundamento (*Schranken*) alguno a la acción penal más allá de su función de límite (*Grenzen*), pues según entiende, las estructuras democráticas ya legitiman al Derecho penal dentro de la Constitución (2015, pp. 11-13, 24-25, 30-32, 39-47). En consecuencia, el Derecho penal es también Derecho político y no puede ser reemplazado por la Dogmática constitucional (Gärditz, 2016, p. 641).

Por ello, señala que el principio penal de *ultima ratio* debe permanecer como una categoría externa de la Ciencia penal en la mente prudente del legislador que éste puede o no considerar dentro de los límites constitucionales (Gärditz, 2016, pp. 641, 646, 647, 649). Además, señala que la estructura del principio de proporcionalidad no soporta un anclaje perfecto de la idea de *ultima ratio*, primero porque la cuestión del objetivo legítimo (*Legitimes Zweck*) difícilmente puede ser resuelta por las controvertidas teorías de la pena, de las que el principio de *ultima ratio* depende en gran medida; segundo, porque la determinación de aquello que resulte idóneo (*Geeignetheit*) de ser castigado es competencia exclusiva del legislador y tercero, porque se desconocen muchos aspectos sobre la eficacia real y el grado de lesividad del Derecho penal como para hacer depender la necesidad de la tutela penal (*Erforderlichkeit*) de la idea clásica de la *ultima ratio* (Gärditz, 2016, p. 649). En conclusión, para Gärditz, la crisis del principio de *ultima ratio* no se debe a la deferencia del *BVerfG* en materia penal ni a un legislador totalmente desbocado, sino a una Doctrina constitucional-penal demasiado cargada de expectativas irrealizables (Gärditz, 2016, p. 649).

5.3. Respuesta positiva: el principio de *ultima ratio* ha de situarse en manos de la justicia constitucional

Jahn y Brodowski se mostraron escépticos frente a la tesis sostenida por Gärditz, no ya porque no crean que la idea de la *ultima ratio* deba estar en la mente del legislador prudente, sino porque consideran que confiar solamente en ello supondría fijar las consecuencias constitucionales de la arbi-

14. Entre nosotros, en mi opinión: (Demetrio Crespo, 2020).

triedad de los poderes públicos en cero (Jahn y Brodowski, 2016, p. 971). En el mismo sentido, la postura de Gärditz también ha sido criticada por PRITTWITZ, quien ha señalado, sin tampoco adherirse a la tesis de Jahn y Brodowski, que es totalmente absurdo y peligroso, en particular para la integridad de los Derechos Fundamentales, dejar que el legislador se libere de la espada de la justicia constitucional en la validez material de las normas penales, pues en un Estado constitucional de Derecho, la sabiduría de la Constitución debe ser transmitida por el órgano de justicia constitucional y no por el legislador (Prittowitz, 2017, pp. 392, 295)¹⁵. En cambio, el punto de partida del razonamiento de Jahn y Brodowski radica en aceptar que las limitaciones al Derecho penal sólo pueden abordarse en el nivel superior de la jerarquía de fuentes, es necesario trabajar con conceptos dogmático-constitucionales (Jahn & Brodowski, 2017, pp. 367, 378).

Sin rechazar el ámbito de discrecionalidad que constitucionalmente compete al Poder legislativo, los autores aducen que para el restablecimiento del carácter limitador del principio de *ultima ratio* sería necesario considerar que Derecho general de la personalidad contiene un espacio libre de Derecho penal (*Freiheit von Sanktionierung*), que conlleva la necesidad especial de justificación del Derecho penal en la prueba de proporcionalidad y amplía las facultades de revisión por la justicia constitucional sobre los presupuestos materiales de la norma de sanción (Jahn y Brodowski, 2016, pp. 969, 976). Para llegar a dicha conclusión se parte de considerar que el Derecho penal supone una acción comunicativa por la que el Estado expresa a los ciudadanos una serie de conductas inaceptables que inevitablemente supone en una injerencia estatal en el ámbito privado de la personalidad (Jahn y Brodowski, 2016, p. 976); (2017, pp. 378, 379). Así, según los autores, solo cuando se exija una justificación material más restrictiva de las normas penales, como por ejemplo introduciendo en el juicio de la necesidad constitucional (*Erforderlichkeit*) la noción de la obviedad que exige mayores detalles para afirmar que la pena resulta necesaria ante la insuficiencia de otro tipo de medidas igualmente idóneas pero menos lesivas para la consecución de un objetivo, podrá recobrar el principio de *ultima ratio* su carácter de límite funcional, siendo entonces absolutamente necesario que la justicia constitucional abandone parte de su posición defe-

15. Mir Puig señalaba en términos similares que “la cuestión de quien es competente y en qué medida para decidir si una determinada intervención (penal) es proporcional, ha de separarse del reconocimiento constitucional de dicho principio. Por tanto, que el Tribunal Constitucional considere excepcional su capacidad de revisar la constitucionalidad de las decisiones del legislador no supone negar que este debe someterse a los subprincipios que están consolidados” (2011).

rente ante la prerrogativa legislativa en materia penal normas penales (Jahn y Brodowski, 2016, pp. 977 y ss.); (2017, pp. 378, 379).

6. UN POSIBLE SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE *ULTIMA RATIO* EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

6.1. *La función protectora del principio de ultima ratio en el Derecho constitucional*

Decíamos que la justicia constitucional tan solo recurre al principio de *ultima ratio* cuando está en juego el carácter de la Constitución como norma-marco (*Schranken*) para la toma de decisiones políticas, mientras que cuando se pone en peligro el carácter limitante (*Grenzen*) de la Norma, la justicia constitucional recurre a la “cura milagrosa” de confiar al principio de la mayoría la elección de la alternativa la menos gravosa en base a su experiencia institucional, pues la Constitución no requiere el uso de medios específicos, sino el logro de un estándar de protección (Kaspar, 2014, p. 246). Partiendo de la aceptación de que la Constitución ejerce las dos funciones señaladas en Derecho penal, la mayoría de los autores señala que en dicha norma existe un espacio reducido de conductas que deben ser sancionadas por el Derecho penal, que se reconduce a los casos excepcionales en los que la eficacia o adecuación del resto de los recursos jurídicos se muestra dudoso desde el principio para la protección de bienes jurídicos, y otro ámbito de conductas más amplio donde se permite al legislador echar mano del Derecho penal, hasta llegar a los límites perimétricos de lo constitucionalmente irrazonable o absurdo (Isensee, 2011, pp. 525 y ss.)¹⁶.

Pero en un ordenamiento constitucional orientado a las libertades, que además muestra el mismo grado de certidumbre sobre cuándo resulta exigible la intervención del Derecho penal y hasta dónde se permite su intervención, ¿no significarán los postulados del principio penal de *ultima ratio* la exigencia de reducir las permisiones constitucionales sobre el uso del Derecho penal a las estrictas obligaciones constitucionales de tutela penal? ¿Qué diferencia hay entre la estricta necesidad deseada por Beccaria y los

16. Especialmente notorios son ambos espacios, requerido y permitido, en el Derecho penal europeo, donde las Directivas y Decisiones marcos señalan un ámbito mínimo de conductas y en algunos casos marcos de pena, que como mínimo los Estados Miembros deben transponer en su legislación penal interna, permitiéndoles aumentar el grado de intervención hasta donde resulte incompatible con el respeto de la Carta europea de Derechos Fundamentales y el Convenio Europeo.

fundamentos de las obligaciones estatales de tutela penal? Es cierto que sobre la doctrina de los deberes estatales de protección se sabe muy poco en materia penal, pero en nuestro desconocimiento sobre tan relevante institución hay algo que es claro: las obligaciones estatales de materia penal no son mandatos constitucionales absolutos, sino relativos y accidentales a la insuficiencia de otros recursos jurídicos menos drásticos, ya que el Derecho penal no puede ser un fin en sí mismo, mucho menos en el Estado social y democrático de Derecho (Greco, 2017, p. 123). De este modo, bien podría considerarse que el principio constitucional de *ultima ratio* se imbrica en la prohibición de infraprotección (*Untermassverbot*) y no en la segunda prueba del principio de proporcionalidad (*Erforderlichkeit*).

6.2. *La función defensiva del principio de ultima ratio en el Derecho constitucional*

Otra de las cosas que parecen estar claras dentro de nuestro escaso conocimiento sobre los deberes estatales de protección, es que no se pueden determinar obligaciones estatales de materia penal sin ayuda de la función defensiva de los Derechos Fundamentales (Appel, 1998, pp. 307, 314). Aunque aceptásemos que el Estado se encuentra obligado a garantizar diligentemente dicho ámbito frente a injerencias de agentes no estatales, esto es, frente a la violencia privada (Tomás-Valiente Lanuza, 2016, p. 15), ello no anula ni resta valor a la exigencia primera de que siempre tiene que respetar las libertades de los ciudadanos, tratando de no inferir en su ámbito protegido por los Derechos Fundamentales. Mediante dicho planteamiento, el Derecho público podría tratar de arribar a la mayor optimización posible de la libertad privada sin mayores costes en términos de seguridad, restringiendo la esfera política a las estrictas necesidades reales de protección¹⁷. Aunque es cierto que los deberes estatales de protección pueden llegar a crear, como criterios de afirmación, una legitimación material para el Derecho penal, dichos fundamentos no pueden degenerar en custodia de ninguna manera (Isensee, 2011, p. 551).

El deber de proteger no anula los límites de los Derechos Fundamentales, pues el acceso al contenido protegido por los Derechos Fundamentales le está completamente vedado por las garantías de la defensa frente al Estado (Isensee, 2011, p. 552), que ahora Jahn y Brodowski tratan de concretar con mayor rigor mediante la relación de la *Freiheit von Sanktionierung*

17. *Vid.* (Isensee, 2014).

con el principio constitucional-penal de *ultima ratio*. En principio, parece que dicho planteamiento puede ser correcto, pues los deberes estatales de protección son una institución de carácter jurídico-objetivo y mediato que opera al servicio de los Derechos Fundamentales (Isensee, 2014, p. 85). En este sentido, podría estimarse que la faceta protectora del principio de *ultima ratio*, manifestada en la prohibición de infraprotección, se aúna en una misma relación de complementariedad con la faceta defensiva de la libertad frente a la sanción, de tal modo que aquellos fundamentos constitucionales del Derecho penal son a su vez los mismos límites a su recurso, sin que exista ningún corredor entre las obligaciones y los permisos constitucionales vinculantes para los poderes públicos.

6.3. *El Derecho penal mínimo de los Derechos Fundamentales*

Como hemos sugerido, la Dogmática de los Derechos Fundamentales tiene una fórmula más solvente que las Teorías de la pena, el concepto material de delito e injusto o el concepto de Bien jurídico, para aproximar una respuesta a la cuestión de los delitos que exige la Constitución: la *prohibición de infra-protección* (*Untermassverbot*). Dicha fórmula, que resulta completamente desconocida para la Doctrina penal, es utilizada por el Derecho público alemán, e implícitamente por el Derecho europeo, para medir el grado de cumplimiento de los deberes estatales de protección, a través del examen de adecuación de las medidas adoptadas por los poderes públicos (Streuer, 2003, p. 143). ¿Puede relacionarse la prohibición de *infra-protección* con el principio de *ultima ratio*?

En mi opinión, la respuesta es afirmativa, pues ambas instituciones de la *prohibición de infraprotección* y el principio de *ultima ratio* se refieren al Derecho penal mínimo que deriva de los Derechos Fundamentales. No obstante, con la mera puesta en relación del principio de *ultima ratio* con la *Untermassverbot* no puede afirmarse que el Derecho penal mínimo es a su vez el Derecho penal máximo en el Estado constitucional de Derecho. Para ello, se hace necesario considerar la otra cara de la moneda del principio de proporcionalidad: la *Übermassverbot* o *prohibición de exceso*, la cual también está integrada en el principio de *ultima ratio*, según su genuino significado en la Doctrina penal. De este modo, a través del principio constitucional de *ultima ratio*, fundamento y límite constitucional vinculante para todos los poderes públicos que deriva del contenido global (objetivo y subjetivo) de los Derechos fundamentales, representa el punto de conexión entre protección y defensa en la prueba de proporcionalidad.

7. CONCLUSIONES

El principio de *ultima ratio* es patrimonio común de la Ciencia penal y de todo el Derecho público en general, que ha sido heredado de los planteamientos ilustrados sobre los que se edifica el Estado constitucional moderno. Sin embargo, si se examina de cerca el Derecho penal positivo, más que un límite funcional que el principio Estado de Derecho impone a los Poderes públicos parece una proposición pragmática que vive en el imaginario colectivo de los eruditos más garantistas que, dicho en buenas palabras, el legislador puede obviar impunemente.

Sin ayuda de la Constitución y del Derecho constitucional, el principio de *ultima ratio* no puede alcanzar el grado de madurez suficiente para vincular efectivamente al legislador a elegir los medios menos drásticos para el cumplimiento de los fines públicos. En este contexto, la proyección del principio de *ultima ratio* en las dos primeras pruebas que componen el principio de proporcionalidad en sentido amplio, mantiene viva la esperanza de vincular al legislador a las exigencias de los Derechos Fundamentales del Estado constitucional de Derecho. Ello mantiene con vida la genuina orientación constitucional propuesta en las tesis de Bricola, Arroyo Zapatero y Sax, entre otros, que hoy en día nos ofrece buenas oportunidades para reducir la arbitrariedad del Derecho penal. Dentro de esta doctrina y respecto al principio de *ultima ratio*, la tesis de Jahn y Brodowski aparece con buen potencial limitador, mientras que la de GÄRDITZ ha de rechazarse por su incoherencia con los postulados del Estado constitucional de Derecho por las razones expuestas por Prittwitz (Prittwitz, 2017).

En el Estado constitucional de Derecho, el principio penal *ultima ratio* podría significar que el Derecho penal mínimo que resulta de los deberes estatales de protección que se hace evidente por medio de la *prohibición de infraprotección* (*Untermassverbot*), es a su vez el máximo Derecho penal permitido por los derechos de defensa (*Übermassverbot*), no existiendo ningún corredor entre la mínima intervención punitiva exigida y la máxima permitida por la norma. No existe ningún fundamento absoluto en la Constitución para echar mano del Derecho penal, sino que son todos relativos a la inexistencia de otros medios eficaces igualmente idóneos. Además, incluso en estos casos donde la norma suprema parece exigir la intervención del Estado por medios punitivos, el Derecho penal se encuentra subordinado a las libertades constitucionales, de modo que si se aprieta la cuña entre la *prohibición de infraprotección* y la *prohibición de exceso* en el marco de la prueba de proporcionalidad, fácilmente se llega a la conclusión que aquí se sostiene: El Derecho penal mínimo exigible es, según la Constitución y el Derecho penal constitucional, el Derecho penal máximo permisible.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Appel, I. (1998). *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafrechts*. Berlin: Dunker y Humblot.
- Appel, I. (1999). Rechtsgüterschutz durch Strafrecht? Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Sicht. *KritV*, 82(2), 278-311.
- Arroyo Zapatero, L. A. (2016). Derecho penal y Constitución (II). In VV.AA., *Curso de Derecho penal. Parte General 3ª Edición* (S. 143-162). Barcelona: Ediciones Experiencia.
- Arroyo Zapatero, L. A., y Berdugo Gómez de la Torre, I. (1994). *Manual de Derecho penal. Parte General I. Instrumentos y principios básicos del Derecho penal*. Barcelona: Editorial Praxis.
- Ashworth, A. (2008). Concepts of Overcriminalization. *Ohio State Journal of Criminal Law*.
- Bacigalupo, E. (2005). *Derecho penal y el Estado de Derecho*. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile.
- Bajo Fernández, M. (2013). “Los delitos económicos como manifestación característica de la expansión del Derecho Penal”. In F. J. Álvarez García, *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos* (S. 407-416). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Beccaria, C. (1990). *De los Delitos y de las Penas. Traducción de Juan Antonio de las Casas*. Madrid: Alianza.
- Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Traducción de Jorge Navarro y Daniel Jiménez y Mª Rosa Borrás*. Barcelona: Ediciones Paidós bérica.
- Bentham, J. (1981). *Tratados de legislación civil y penal. Edición preparada por Magdalena Rodríguez Gil*. Madrid: Editora Nacional.
- Bernuz Beneitez, M. J., y González Ordovás, M. J. (2006). La levedad de la seguridad frente al caos. In A. I. (coord.), *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación sociojurídica*. La Rioja: Servicio de publicaciones de la Universidad de la Rioja.
- Bricola, F. (2012). *Teoría General del Delito, Traducción de Diana Restrepo y Prólogo y anotaciones de Massimo Donini*. Buenos Aires: BdeF.
- Burchard, C. (2016). Strafverfassungsrecht - Vorüberlegungen zu einem Schlüsselbegriff. In K. T. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel* (S. 25-62). Baden-Baden: Nomos.
- Carnevali Rodríguez, R. (2009). Derecho penal como *ultima ratio*. Hacia una política criminal racional. *Ius et Praxis* n° 1-14, 13-48.
- Corcoy Bidasolo, M. (2012). Expansión del derecho penal y garantías constitucionales. *Revista de Derechos fundamentales*, N. 8, 45-76.
- Correa Aguado, T. (1999). *El principio de proporcionalidad penal*. Madrid: Edersa.
- Demetrio Crespo, E. (2016). *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Montevideo: BdeF.

- Demetrio Crespo, E. (2020). *El Derecho penal del Estado de Derecho entre el espíritu de nuestro tiempo y la constitución*. Madrid: Reus.
- Demuro, G. P. (2013). *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*. *Diritto@Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana* n° 11.
- Díez Ripolles, J. L. (2005). De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N. 07-01, 01:1-01:37.
- Dolcini, E. (2019). Pena e Costituzione. *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale* n° 1, 4-35.
- Donini, M. (2001). Un Derecho penal fundado en la carta constitucional: razones y límites: La experiencia italiana. *Revista Penal* n° 8, 24-38.
- Donini, M. (2010). Principios constitucionales y sistema penal. *Revista General de Derecho penal* n° 13.
- Donini, M. (2011). La herencia de Bricola y el constitucionalismo penal como método. Raíces nacionales y desarrollos supranacionales. *Nuevo Foro Penal* n° 77, 43-83.
- Donini, M. (2016). Techniken und regulative Modelle eines verfassungsorientierten Strafrechts. In K. T. (Hrsg.), *Strafverfassungsrecht: Das Grundgesetz als Herausforderung. Erinnerung an Joachim Vogel* (S. 87-96). Baden-Baden: Nomos.
- Ferrajoli, L. (2014). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Fioravanti, M. (2014). *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid: Trotta.
- Forsthoff, E. (1975). *El Estado de la sociedad industrial. Traducción de Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz*. Madrid: Institutos de Estudios Políticos.
- Gärditz, K. F. (2015). *Staat und Strafrechtspflege. Braucht die Verfassungstheorie einen Begriff von Strafe?* Paderborn: Ferdinand Schöningh.
- Gärditz, K. F. (2016). Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundgesetz. *Juristen Zeitung* n° 13, 641-650.
- González Cussac, J. L. (2015). Prefacio. In J. L. González Cussac, *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Greco, L. (2013). Verfassungskonformes oder legitimer Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft. In B. B. (Hrsg.), *Strafrecht und Verfassung* (S. 13-36). Baden-Baden: Nomos.
- Greco, L. (2017). Por que inexistem deveres absolutos de punir. *Católica Law Review* n° 1-17, 115-126.
- Grimm, D. (1991). *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales. Traducción de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón*. Madrid: Trotta.
- Hörnle, T. (2012). Subsidiariedad como principio limitador. Autoprotección. In R. Robles Planas, *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo* (S. 87-99). Barcelona: Atelier.
- Herlin-Karnell, E. (2012). *The constitutional dimension of European Criminal law*. Oxford: Hart Publishing.

- Hobbes, T. (1980). *Leviatán. 2ª Edición preparada por Carlos Moya y Antonio Escotado*. Madrid: Editora Nacional.
- Isensee, J. (2011). Das Grundrecht als Abwehrrecht und als Staatliche Schutzpflicht. In J. I. (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts. Band IX. Allgemeine Grundrechtslehre* (S. 413-568). Heidelberg: C. F. Müller.
- Isensee, J. (2014). *El Derecho constitucional a la seguridad. Sobre los deberes de protección del Estado constitucional liberal, Traducción de Juan Carlos Gemignani y Teresa Manso Porto*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Jahn, M. (2016). Strafverfassungsrecht: Das Grundgesetz als Herausforderung. Erinnerung an Joachim Vogel. In K. T. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege* (S. 63-86). Baden-Baden: Nomos.
- Jahn, M., y Brodowski, D. (2016). Krise und Neuaufbau eines strafverfassungsrechtlichen Ultima Ratio-Prinzips. *Juristen Zeitung n° 20*, 969-980.
- Jahn, M., y Brodowski, D. (2017). Das Ultima Ratio-Prinzip als strafverfassungsrechtliche Vorgabe zur Frage der Entbehrlichkeit von Straftatbeständen. *ZStW n° 129-2*, 363-381.
- Jiménez Díaz, M. J. (2014). Sociedad del riesgo e intervención penal. *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*, 16-08, 08:1-08:25.
- Kaspar, J. (2014). *Verhältnismässigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionstraftrecht*. Baden-Baden: Nomos.
- Kettunen, M. (2020). *Legitimizing European Criminal law. Justifications and restrictions*. Suiza: Springer International Publishing y G. Giappichelli Editore.
- Kriele, M. (1980). *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*. Buenos Aires: De palma.
- Lagodny, O. (1996). *Strafrecht von der Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*. Tübingen: Mohr Siebeck GmbH y Co.
- Lascurain Sánchez, J. A. (2012). ¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional. *InDret n° 3*, 1-34.
- Lascurain Sánchez, J. A. (2020). El principio de proporcionalidad penal. Cinco retos (I y II). *Almacén de Derecho*.
- Locke, J. (2006). *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil. Traducción, introducción y notas Carlos Mellizo*. Madrid: Tecnos.
- Marra, G. (2018). *Extrema ratio ed ordini sociali spontanei. Un criterio di sindacato sulle fattispecie penali eccessive*. Torino: G. Giappichelli.
- Martínez de Pisón, J. (2006). Las transformaciones del Estado. Del Estado protector al Estado de la seguridad. In M. J. Bernuz Benítez, y A. I. Pérez Cepeda, *La tensión entre la libertad y seguridad. Una aproximación sociojurídica*. La Rioja: Ediciones de la Universidad de la Rioja.
- Mir Puig, S. (1982). *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona: Editorial BOSCH.

- Mir Puig, S. (1999). *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Buenos Aires: Ariel.
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del Derecho penal*. Montevideo : BdeF.
- Mir Puig, S. (2011). *Bases constitucionales del Derecho penal*. Madrid: Iustel.
- Mir Puig, S. (2015). *Manual de Derecho penal. Parte General 10ª Edición*. Barcelona: Reppertor.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho penal Parte General*. Barcelona: Reppertor.
- Montesquieu. (1987). *Del espíritu de las leyes, Introducción de Enrique Tierno Galván y traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega*. Madrid: Tecnos.
- Muñoz Conde, F. (2020). Prólogo. In E. Demetrio Crespo, *El Derecho penal del Estado de Derecho entre el Espíritu de nuestro tiempo y la Constitución* (S. 7-11). Barcelona: Reus.
- Muñoz Conde, F., y García Arán, M. (2019). *Derecho penal. Parte General 10ª Edición*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Naucke, W. (1995). *Strafrecht. Eine Einführung*. Berlín: Luchterhand.
- Nieto Martín, A. (2019). Saudade of the Constitution. The relationship between constitutional and criminal law in the European context. *New Journal of European Criminal Law n° 10-1*, 28-33.
- Orts Berenguer, E., y González Cussac, J. L. (2020). *Introducción al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Palazzo, F. (2001). Principio de *ultima ratio* e hipertrofia del Derecho penal. In L. A. Arroyo Zapatero, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam* (S. 433-441). Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca.
- Palazzo, F., y Viganò, F. (2018). *Diritto penale. Una conversazione*. Bologna: Il Mulino.
- Pérez Cepeda, A. I. (2007). *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel.
- Prittwitz, C. (2000). El Derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal. In C. M. (dir.), *La insostenible situación del Derecho penal*. Barcelona: Comares.
- Prittwitz, C. (2017). Das Strafrecht: Ultima ratio, propria ratio oder schlicht strafrechtliche Prohibition? Zugleich ein Kommentar zu den Beiträgen von Klaus F. Gärditz und Matthias Jahn. *ZStW n° 129-2*, 390-400.
- Quintero Olivares, G. (2019). "Presentación". In VVAA., *Las reformas penales de 2019*. Navarra: Aranzadi.
- Quintero Olivares, G. (2020). Estado actual de la teoría del delito y Derecho penal económico. In E. Demetrio Crespo, *Derecho penal económico y teoría del delito* (S. 49-69). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Quintero Olivares, G. E. (2015). *Derecho penal constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Romeo Maldana, S. (2012). Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: El derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. *Estudios penales y criminológicos, XXXII*, 313-386.
- Sánchez Martínez, O. (2004). *Los principios en el Derecho y la Dogmática penal*. Madrid: Dykinson.
- Sánchez Revenga, M. (2020). La relación entre la Constitución y el Derecho penal: una mirada desde la orilla constitucional. *Revista Penal nº 45*, 99-108.
- Sax, W. (1959). Grundsätze der Strafrechtspflege. In K. A. (Hrsg.), *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte. Band III-2* (S. 907-1014). Berlín: Dunker y Humblot.
- Schünemann, B. (1996). Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Schünemann, B. (2012). Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victimo-dogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de Derecho liberal. In R. Robles Planas, *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo* (S. 63-86). Barcelona: Atelier.
- Schmitt, C. (2008). *El Leviatán en la doctrina del Estado de Thomas Hobbes*. México D. F: Distribuciones Fontamara.
- Seher, G. (2012). ¿Puede ser subsidiario el Derecho penal? Aporías de un principio jurídico indiscutido. In R. Robles Planas, *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo* (S. 129). Barcelona: Atelier.
- Silva Sánchez, J. M. (1992). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J.M Bosch Editor.
- Silva Sánchez, J. M. (1999). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en la sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas.
- Silva Sánchez, J. M. (2018). *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona: Atelier.
- Sotomayor Acosta, J. O. (2008). ¿El derecho penal garantista en retirada? *Revista penal, 21*, 148-164.
- Streuer, W. (2003). Die positiven verpflichtungen des Staates. Baden-Baden: Nomos.
- Terradillos Basoco, J. M. (2006). Globalización, administrativización y expansión del Derecho penal. *Nuevo foro penal, 70*, 86-115.
- Tiedemann, K. (1991). *Verfassungs und Strafrecht, C. F. Müller: Heidelberg, 1991*. Heidelberg: C. F. Müller.
- Tomás-Valiente Lanuza, C. (2016). Deberes Positivos y Derecho penal en la Jurisprudencia del TEDH. *InDret nº 3*, 1-73.
- Vives Antón, T. S. (2015). Introducción. In J. L. (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015* (S. 29-44). Valencia: Tirant lo Blanch.
- VV.AA. (1999). *La insostenible situación del derecho penal*. Madrid: Comares.
- Weigend, T. (2016). Mehr Strafrecht - und alles wird gut? *StV nº 10 (Editorial)*, 1.
- Zugaldía Espinar, J. M. (2016). *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.