

MARINA MÍNGUEZ ROSIQUE

**EL PRINCIPIO
DE HUMANIDAD
DE LAS PENAS COMO LÍMITE
CONSTITUCIONAL AL
LEGISLADOR PENAL**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2026

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN	15
INTRODUCCIÓN	17

CAPÍTULO I. ORIGEN, DESARROLLO Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE HUMANIDAD DE LAS PENAS

I. PROLEGÓMENOS	21
II. APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA IDEA DE «HUMANIDAD».....	23
III. LA HUMANIZACIÓN DEL DERECHO PENAL: EL PENSAMIENTO ILUSTRADO Y SUS DESARROLLOS	24
1. Introducción: el papel de la ilustración.....	24
2. Humanización del Derecho penal y proporcionalidad de las penas	26
2.1. La conexión entre la justificación utilitarista de la pena y la proporcionalidad.....	26
2.2. Utilidad preventiva y sufrimiento mínimo necesario	29
3. La concienciación social de la crueldad del sistema penal: el papel de Voltaire	31
4. La primera positivización de un límite general y absoluto a las penas	34
5. La reforma penal en la Europa del siglo XVIII.....	37
6. El periodo ilustrado en España	39
7. Las limitaciones de la fundamentación utilitarista del principio de humanidad	42
IV. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE HUMANIDAD DE LAS PENAS.....	44
1. Introducción	44
2. El principio de humanidad de las penas y la dignidad humana	45

	Pág.
2.1. El anclaje constitucional de la dignidad humana: operatividad y críticas	45
2.2. La idea de dignidad en el ordenamiento español.....	55
3. El contenido dual del principio de humanidad de las penas.....	59
3.1. Dignidad y humanidad de las penas.....	59
3.2. La prohibición de la tortura, penas y tratos inhumanos o degradantes y su recepción internacional.....	61
3.3. La recepción internacional del mandato de resocialización	65
V. RECAPITULACIÓN.....	66

**CAPÍTULO II. LA VISIÓN EUROPEA
DEL PRINCIPIO DE HUMANIDAD DE LAS PENAS:
SU DESARROLLO EN LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

I. EL ART. 3 CEDH.....	71
1. El art. 3 CEDH como derecho absoluto y el umbral mínimo.....	72
2. Jerarquía y gravedad. Lo inhumano y lo degradante.....	73
2.1. Lo inhumano	74
2.2. Lo degradante	75
3. Sobre las penas.....	76
II. LA PENA DE MUERTE.....	77
1. Las circunstancias que rodean la pena de muerte.....	79
2. El cambio: de los <i>obiter dicta</i> a la declaración de la violación del Convenio	82
2.1. La existencia de otras vulneraciones del CEDH y la ampliación del ámbito de aplicación del art. 3 CEDH	82
2.2. Vulneración conjunta de los arts. 2 y 3 CEDH	84
2.3. La pena de muerte como pena contraria al CEDH	85
III. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD	87
1. Imposición de las penas privativas de libertad	87
1.1. Los primeros pronunciamientos sobre los límites a las penas de prisión	87
1.2. La cadena perpetua (I).....	90
1.3. La cadena perpetua (II): el (amplio) criterio de la revisabilidad	92
1.4. La introducción de un nuevo criterio: la manifiesta desproporción	94

	Pág.
1.5. La importancia de la rehabilitación y las condiciones de la irreductibilidad.....	99
1.6. Una valoración más estricta de la reductibilidad	102
1.7. El gol británico: el paso atrás.....	105
1.8. La custodia de seguridad	109
1.9. Las penas indeterminadas (IPP).....	111
2. Aplicación de las penas privativas de libertad	112
2.1. El espacio y el hacinamiento.....	113
2.2. Otros aspectos	114
2.3. Régimen de aislamiento	115
2.4. Discapacidad física y salud mental.....	117
2.5. Edad.....	119
IV. CASTIGOS CORPORALES.....	119
V. OTRAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ART. 3 CEDH.....	123
VI. RECAPITULACIÓN.....	125

CAPÍTULO III. EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD DE LAS PENAS EN ESPAÑA

I. INTRODUCCIÓN	131
II. LA VERTIENTE NEGATIVA DEL PRINCIPIO DE HUMANIDAD: LA PROHIBICIÓN DE TORTURA Y PENAS Y TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES DEL ART. 15 CE	132
1. Evolución histórica: códigos y constituciones.....	132
1.1. Del s. XIX a los albores de la Constitución de 1978	132
1.2. El camino a la Constitución de 1978	138
1.3. El sistema postconstitucional.....	142
2. La interpretación del Tribunal Constitucional español	145
2.1. El primer pronunciamiento: la proporcionalidad.....	145
2.2. Adecuación constitucional de determinadas penas y de la agravante por reincidencia.....	146
2.3. Las exigencias derivadas del art. 15 CE con respecto al cumplimiento de las penas privativas de libertad	151
2.4. La prohibición del art. 15 CE fuera del ámbito penal y penitenciario	153
2.5. Excurso: otros pronunciamientos.....	154
III. LA VERTIENTE POSITIVA DEL PRINCIPIO DE HUMANIDAD DE LAS PENAS: EL MANDATO DE REEDUCACIÓN Y REINSERCIÓN SOCIAL DEL ART. 25.2 CE.....	157

	Pág.
1. Introducción: la orientación resocializadora de la pena	157
2. Contenido y alcance de la finalidad resocializadora	161
2.1. La naturaleza del proceso resocializador.....	164
2.2. La intensidad del programa resocializador	165
2.3. El objeto del proceso resocializador.....	166
3. La resocialización en la Constitución Española.....	167
3.1. El camino a la Constitución de 1978.....	167
3.2. Los conceptos de reeducación y reinserción social como mani- festación del pensamiento resocializador	170
3.3. Excurso: el contexto crítico frente al pensamiento resocializa- dor al tiempo de su incorporación a la Constitución Española	172
3.4. La interpretación del Tribunal Constitucional.....	182
IV. RECAPITULACIÓN: LA ESCASA VIRTUALIDAD PRÁCTICA DEL PRINCIPIO DE HUMANIDAD DE LAS PENAS EN ESPA- ÑA.....	207
CAPÍTULO IV. EL MODELO ITALIANO	
I. INTRODUCCIÓN: EL ART.27.3 CI.....	211
II. GÉNESIS CONSTITUCIONAL.....	212
III. LA INICIAL RECEPCIÓN DOCTRINAL DEL ART.27.3 CI.....	217
IV. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y LA INFLUENCIA DEL CONTEXTO DOCTRINAL Y LEGISLATIVO	220
1. Primera fase: de la relegación a la consagración del ideal reedu- cativo	220
1.1. Los primeros pronunciamientos: la concepción mixta y la re- legación de la reeducación a la fase de ejecución de la pena... ..	220
1.2. La apertura hacia el ideal reeducativo (y los movimientos pen- dulares)	222
1.3. La consagración del verdadero alcance de la finalidad reedu- cativa por el Tribunal Constitucional	229
2. Segunda fase: el papel del art.27.3 CI en la jurisprudencia consti- tucional actual (1990-).....	231
2.1. Finalidad reeducativa, individualización y automatismos	231
2.2. Finalidad reeducativa y cadena perpetua: el ergastolo hoy	233
2.3. Finalidad reeducativa y minoría de edad	247
V. RECAPITULACIÓN: ¿QUÉ APORTA EL DEBATE CONSTITU- CIONAL ITALIANO?	248
1. Las luces.....	248

	Pág.
2. La(s) sombra(s)	253
3. Italia y España: ¿las comparaciones son odiosas?	254

CAPÍTULO V. RECONSTRUCCIÓN DEL PRINCIPIO DE HUMANIDAD DE LAS PENAS COMO LÍMITE AL LEGISLADOR PENAL

I. INTRODUCCIÓN: PRECISANDO EL FUNDAMENTO Y EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE HUMANIDAD DE LAS PENAS	257
II. LA VERTIENTE NEGATIVA DEL PRINCIPIO DE HUMANIDAD DE LAS PENAS	259
1. La prohibición de la pena de muerte	260
2. La prohibición de las penas de carácter corporal	264
3. Las reglas relativas a las penas privativas de libertad de larga duración	267
3.1. La cadena perpetua en sentido estricto: la cadena perpetua no revisable	267
3.2. Europa y el enorme papel de un oscuro concepto: la revisabilidad	270
3.3. Los efectos de las penas largas de privación de libertad y su adecuación al principio de humanidad de las penas	273
4. La prohibición de la «manifiesta desproporción»	276
5. La inconstitucionalidad de las penas avergonzantes	283
5.1. La vergüenza y el Derecho	284
5.2. Justificaciones	288
5.3. Críticas a la utilización de la vergüenza por el Derecho penal	289
5.4. ¿Es posible otro tipo de penas avergonzantes? La vergüenza reintegradora de Braithwaite	293
6. La prohibición de los trabajos forzados	296
7. Los límites absolutos de las penas para menores	297
III. LA VERTIENTE POSITIVA DEL PRINCIPIO DE HUMANIDAD DE LAS PENAS: REIVINDICACIÓN DEL PENSAMIENTO RESOCIALIZADOR	300
1. La superación de las críticas	300
1.1. El problema de la legitimidad	301
1.2. El éxito de los programas resocializadores	305
1.3. Otras críticas	310
2. El contenido de la resocialización	311
3. Más allá de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español: un contenido legítimo para el mandato del art. 25.2 CE	313

Índice

	<u>Pág.</u>
IV. RECAPITULACIÓN.....	321
CONCLUSIONES	329
REFERENCIAS	337
Referencias bibliográficas.....	337
Referencias jurisprudenciales.....	362

PRESENTACIÓN

El presente trabajo tiene su origen en mi tesis doctoral, *El principio de humanidad de las penas como límite constitucional al legislador penal*, dirigida por la prof.^a Mercedes Pérez Manzano y defendida el 14 de octubre de 2019 en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Dicha tesis obtuvo la calificación de sobresaliente *cum laude* y, posteriormente, el Premio Extraordinario de Doctorado. Siguiendo los consejos y sugerencias del tribunal, conformado por los profs. Drs. Gonzalo Rodríguez Mourullo, José Luis Díez Ripollés, Adela Asúa Batarrita, Juan Antonio Lascuráin Sánchez y Francesco Viganò, en el año 2020 publiqué de manera separada uno de los capítulos de la misma, centrado en el estudio del modelo estadounidense en relación con el tema principal (*Penas crueles e inusuales. El debate constitucional sobre los límites al castigo en los Estados Unidos*, Atelier, 2020). Esta decisión me obligó a reestructurar y a actualizar la investigación realizada para dotar a ambas monografías de un sentido independiente, y lo que ahora se publica es, precisamente, el grueso de dicha tesis doctoral.

Si bien la finalización de una tesis doctoral requiere un gran esfuerzo individual, lo cierto es que no sería posible sin el apoyo de terceros. Es por ello por lo que, sin ánimo de extenderme demasiado en esta breve presentación, debo aprovechar esta oportunidad para dar las gracias a quienes me brindaron su apoyo durante el proceso. En primer lugar, a los miembros del Tribunal, por el tiempo dedicado y sus valiosos consejos, así como a mis compañeros de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. También al prof. Luis Chiesa, del Buffalo Criminal Law Center, a la prof.^a Claudia Martin, del Washington College of Law y a Carmen Morte Gómez, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por acogerme durante mis estancias de investigación predoctoral. Por supuesto, a mi directora de tesis, Mercedes Pérez Manzano, por su confianza, pero, sobre todo, por su inestimable ayuda, guía, apoyo y comprensión: por ser no solo lo que una querría que fuera su directora de tesis, sino mucho más. Y, por último, a mis amigos y a mi familia, por vuestra (infinita) paciencia y vuestro amor.

INTRODUCCIÓN

El trabajo que aquí se presenta lleva por título *El principio de humanidad de las penas como límite constitucional al legislador penal*. Y es que, de todas las ramas del ordenamiento jurídico, el Derecho penal es una de las más estrechamente ligadas con la Constitución, puesto que esta señala los valores a los que ha de servir el ordenamiento, delimitando así el radio de acción del Derecho penal y fundamentando y limitando la actuación de los poderes públicos¹.

La existencia de una serie de límites resulta necesaria habida cuenta del carácter paradójico del Derecho penal —en tanto que este se configura como un mecanismo para proteger derechos humanos mediante la lesión de otros derechos humanos—, y la legitimación del Derecho penal dependerá de la existencia de un equilibrio entre intereses contrapuestos: los derechos a proteger (o atacados) y los de aquel que ha delinquido². Así, una vez aceptados los «costes» que lleva asociados el Derecho penal por su propia naturaleza, la existencia de imperativos negativos se configura como legitimadora del propio sistema.

Es por ello por lo que, en aquellos Estados en los que se ha adoptado un modelo de Estado social y democrático de Derecho³, el legislador no es absolutamente libre en su tarea de asignar un contenido y una duración a las penas, sino que debe constreñirse a un espacio cuyos límites están definidos por diversos principios constitucionales⁴, como el principio de humanidad

¹ CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, pp. 83-84.

² MIR PUIG, *Derechos humanos y límites del Derecho penal*, pp. 463-464.

³ Definido como el «principio valorativo supremo que debe orientar toda elaboración dogmática del Derecho penal», MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 30. A la hora de señalar qué implican estos tres conceptos, este autor señala que el Estado social impone un límite basado en la necesidad social de la intervención penal, el Estado de Derecho obliga a un sometimiento de dicha potestad punitiva a la legalidad, y el Estado democrático obliga a que el Derecho penal respete al ciudadano como un ser dotado de derechos innegables derivados de su dignidad humana, de la igualdad y de su capacidad de participar en la vida social (MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 114).

⁴ En este sentido, también, VIGANÒ, *Some thoughts about judicial review of criminal legislation*, señalando que las Constituciones establecen principios que pretenden guiar al legislador y funcionan como límites.

de las penas o el principio de proporcionalidad. Estos principios constitucionales no son sino el reflejo de unos valores defendidos tradicionalmente por la filosofía penal de corte liberal para legitimar y limitar el *ius puniendi*⁵.

Siguiendo a Alexy, un principio es una «norma que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible»: «un mandato de optimización»⁶. En este sentido, los principios mencionados no solo guían la política criminal, sino que, además, se configuran como auténticos mandatos constitucionales al legislador penal y conforman el denominado Derecho penal constitucional⁷. Así, la existencia de los mismos, impuestos de manera explícita o implícita por la Constitución, obliga de manera inexorable al legislador a cumplir con las obligaciones y prohibiciones que de ellos mismos se derivan, como, por ejemplo, que aquellas penas que asigne no afecten en modo alguno a la dignidad de los penados, que estas estén orientadas a la resocialización o que el marco de duración esté previa, precisa y proporcionalmente configurado.

Sin embargo, pese a tratarse de principios ampliamente reconocidos como tales por la doctrina penal y presentes en el imaginario colectivo, el estándar de protección que de los mismos se deriva (es decir, su contenido y alcance) no se encuentra claramente definido, resultando por tanto compleja la ubicación de esos límites a los que se encuentra sujeto el legislador.

En concreto, el estudio del principio de humanidad de las penas parte de una triple problemática que, a su vez, convierte este análisis en necesario: en primer lugar, la dificultad a la que se enfrenta el estudio de todo principio, pues establecer su estándar de protección es una tarea compleja en la que se corre, además, el riesgo de caer en lo abstracto o inaprensible; en segundo lugar, este principio cuenta con una dificultad añadida, pues los límites que de él se derivan no dependen únicamente de las pautas valorativas constitucionales, sino también de las valoraciones sociales, diferentes en función del contexto y, por ende, cambiantes a lo largo de la historia; y, en tercer lugar, este principio cuenta con un enorme inconveniente: ha sido tan dado por sentado, que ha sido víctima de un abandono prácticamente absoluto por parte de la doctrina. Si bien nadie piensa o, al menos, se atreve a afirmar que dicho principio es prescindible, lo cierto es que tampoco se ha dicho casi nada sobre él. Como señalara Díez Ripollés, se trata de un principio reconocido, pero pendiente de una delimitación consistente⁸.

⁵ FERRERES COMELLA, *El control de las leyes penales por parte de los jueces ordinarios*, pp. 109-110.

⁶ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86.

⁷ RAMOS TAPIA / WOISCHNIK, *Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales*, p. 144.

⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, p. 159.

Precisamente por ello, el primer objetivo de la investigación consistió en analizar la vigencia real que los Tribunales han otorgado a este principio: en determinar el alcance real que ha tenido como límite efectivo al legislador. Así, teniendo siempre presente, como telón de fondo, el debate doctrinal en el marco jurídico-penal y las valiosas aportaciones realizadas desde la Filosofía moral y política, esta primera parte se enfoca desde una perspectiva distinta, pues se centra en la utilización práctica del principio de humanidad de las penas por tribunales de carácter constitucional, ya sean nacionales o internacionales, con el objetivo de identificar el contenido asignado a este principio, así como también de localizar las disparidades que pudieren existir en relación con su protección y estándar. Para ello, tras un primer capítulo acerca del origen, desarrollo y constitucionalización del principio de humanidad de las penas, durante los siguientes capítulos se realizará un recorrido por los pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹ y del Tribunal Constitucional español, realizándose también una incursión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano. La elección de este último no solo obedece al interés de la singular regulación de este principio en la Constitución italiana, sino a que, como se verá, la jurisprudencia italiana constituye un claro ejemplo de que otras interpretaciones y estándares de protección (más elevados) son posibles¹⁰.

Ahora bien, esta descripción del contenido que los tribunales han asignado a este principio es únicamente el punto de arranque para construir unos criterios comunes que lo doten de un contenido real y sustantivo y que le permitan operar como claro límite al legislador penal. Para ello, este estándar jurisprudencial se analizará desde una perspectiva crítica, intentando averiguar si se podría dotar a este principio de un mayor alcance práctico que el que le han dado los tribunales hasta ahora. El objetivo último es, en tercer lugar, reconstruir el contenido que ha de asignarse a este principio, cuestión que será abordada en el último capítulo.

⁹ En el presente trabajo no se aborda el estándar del TJUE, pues, pese a que el art. 4 CDFUE recoge la prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes, aún no existe jurisprudencia sobre este particular. En todo caso, debe señalarse que este principio ha operado como límite en la regulación de la OEDE, que permite condicionar la entrega en el caso de que la infracción en la que se encuentre basada la orden esté castigada con penas o medidas privativas de libertad de carácter perpetuo (art. 5.2 Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros). Asimismo, si bien en 2019 se admitió una cuestión prejudicial relativa al principio de proporcionalidad de las penas (art. 49.3 CDFUE), esta fue finalmente archivada (Asunto C-149/19), la primera ocasión en la que el TJUE se ha pronunciado sobre este particular ha sido en octubre de 2023, a propósito de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal búlgaro, apuntando que una pena mínima de cinco años de prisión por falsificación de una marca puede vulnerar este principio (STJUE de 19 de octubre de 2023, Asunto C-655/21, ECLI:EU:C:2023:791).

¹⁰ Sobre el estándar manejado por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *cfr.* MÍNGUEZ ROSIQUE, *Penas crueles e inusuales. El debate sobre los límites constitucionales al castigo en los Estados Unidos*.

CAPÍTULO I

ORIGEN, DESARROLLO Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE HUMANIDAD DE LAS PENAS

I. PROLEGÓMENOS

Es habitual escuchar que los Códigos Penales reflejan los auténticos valores del pueblo sobre el que se aplican y que, por ende, a través de ellos, puede conocerse cómo es una sociedad. Asimismo, e íntimamente relacionado con esta premisa, también es generalmente aceptado que todo sistema penal descansa sobre las siguientes dos preguntas: «¿para qué penamos la realización de determinadas conductas?» y «¿cómo¹ penamos dichos comportamientos?»². Cada sociedad, cada sistema penal, responde a estas preguntas de manera diferente. Ahora bien, su contestación resulta harto compleja, ya no solo por la profundidad e implicaciones de cada una de ellas, sino también por la interrelación entre las mismas; y es que la cuestión relativa a la finalidad de la pena se halla íntimamente ligada con el modo de penar, y ambas dependen del momento temporal y de las circunstancias³. Así, para tratar de contestar a estas preguntas —incluso únicamente para lanzarse a realizar la más banal de las aproximaciones—, es necesario, en primer lugar, averiguar dónde se encuentran ubicados los límites que cada sociedad se ha autoimpuesto para ejercer su derecho a castigar penalmente. Se trata, por tanto, de situar dicho límite: qué clases de penas no pueden ser impuestas, qué intensidad de las penas no puede ser infligida, y para qué no puede utilizarse la imposición de las mismas.

¹ Tanto en modo como en intensidad.

² La generalización y popularidad de ambas declaraciones resulta indiscutible. *Cfr.*, por todos, TONRY, *Why Punish? How Much?*; VON HIRSCH, *Penal Theories*, p. 659.

³ En el mismo sentido, VON BAR, *A history of continental Criminal Law*, p. 517.

En el sistema continental, una frontera esencial autoimpuesta por la sociedad reside en el denominado principio de humanidad de las penas. La importancia de este principio en todo sistema penal occidental es primordial, y su existencia ha marcado tanto la evolución de las penas como el origen y el devenir del contenido de los sistemas penales actuales⁴. Así, las sociedades se han tenido que preguntar qué significado tienen para sí mismas las penas que imponen y aplican, pues sus respectivos sistemas de valores podrían verse resquebrajados como consecuencia de la existencia de penas inhumanas o degradantes en sus ordenamientos penales⁵.

La progresiva humanización de las penas ha marcado el devenir del Derecho penal, habiéndose evolucionado desde sistemas centrados principalmente en los suplicios infligidos al condenado o su muerte a sistemas que han tomado como objeto principal la pérdida de un derecho⁶, principalmente la libertad. Con el tiempo, la pena privativa de libertad, a su vez, se ha visto reservada para los delitos más graves, siendo sustituida en el resto de casos por penas menos lesivas o, incluso, viéndose sometida a suspensión o renuncia⁷. Sin embargo, pese a esta evolución hacia la humanización de las consecuencias penales, no puede afirmarse que esta tendencia se configure como una línea continua e irreversible de atenuación de las penas y de crecimiento de las garantías penales⁸. Por el contrario, basta con un simple vistazo a la historia (y al presente) para poder afirmar que, en este proceso de humanización, junto a grandes avances, han tenido lugar no solo numerosos estancamientos, sino también enormes retrocesos⁹.

Pese al olvido al que el estudio sobre esta cuestión ha sido sometido¹⁰, ya adelantaba Radbruch en 1948 que la revisión de los problemas fundamentales del Derecho penal bajo el signo de la idea de humanidad habría de ser una de las misiones más importantes de esta rama en el futuro¹¹. Viendo dónde nos encontramos (y la dirección hacia la que estamos encaminados), podemos afirmar, sin ningún género de dudas, que este autor no se equivocaba.

⁴ Por todos, MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 122; PÉREZ MANZANO, *Principios del Derecho penal (III)*, p. 142; ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho penal*, p. 101.

⁵ RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, p. 156, reconociendo estos planteamientos a Liepmann, al que reconoce también el haber mantenido expresa y enérgicamente el postulado de humanidad en el Derecho penal.

⁶ FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, p. 23.

⁷ MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 133, 693 y ss.; *Derechos humanos y límites del Derecho penal*, p. 474.

⁸ HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, p. 172.

⁹ En este mismo sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los límites del ius puniendi*, p. 108; MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 134; PELAYO GONZÁLEZ-TORRES, *La humanización del Derecho penal y procesal*, p. 279.

¹⁰ La bibliografía específica sobre este principio es realmente escasa.

¹¹ RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, p. 156.

II. APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA IDEA DE «HUMANIDAD»

Aunque el término *humanitas* no existía en la Antigua Grecia, sino que es una creación romana, lo cierto es que bajo el mismo se adoptaron ciertas nociones griegas, dando cobertura este término a ideas tales como la *philanthropía* (tolerancia y benevolencia por el prójimo) y la *paideía* (entendida como educación, tanto técnica como moral y cívica)¹². Así, con este término, se hacía referencia a la formación integral del hombre tanto en su dimensión intelectual como moral¹³, y se aludía a la dignidad y a la sublimidad propias del ser humano, colocándolo así en la cúspide moral y espiritual de la creación¹⁴.

Este ideal clásico de la *humanitas* fue asumido y reinterpretado por el humanismo renacentista, que identificó «humanidad» con «dignidad humana», si bien apuntando que esta no era intrínseca al ser humano, sino que debía ser conseguida por el mismo a través de la educación (para alcanzar «*la verdadera sabiduría que perfecciona al hombre en ciencia y virtud*»)¹⁵. Así, en cierto modo, puede trazarse cierto hilo conductor entre la *humanitas* clásica y este humanismo del Renacimiento, en cuanto alude al cultivo global de todas las capacidades del hombre¹⁶.

Dicha noción de humanidad vinculada a la ética y a la educación también fue acogida por la Ilustración, si bien en dicho momento adquirió una mayor complejidad, pues, a los elementos de benevolencia y educación originales, se añadió un tercer elemento, cual es el de los sentimientos morales: ya no es solo el elemento intelectual lo que diferencia al humano del animal, sino también su potencial empático¹⁷. Así, por ejemplo, la piedad es apuntada claramente por Rousseau como una virtud universal y natural¹⁸:

¹² D'ORS PÉREZ-PEIX/TORRENT, *Introducción*, p. XXXV. Las dos interpretaciones del término son apuntadas por AULO GELIO: «*Aquellos que forjaron palabras latinas, y aquellos que con propiedad las usaron, no quisieron que humanitas fuera eso que piensa el vulgo, lo cual, llamado φιλανθρωπία [filantropía] por los griegos, significa cierta bondad y benevolencia respecto a todos los hombres indistintamente, sino que denominaron humanitas más o menos a eso a lo que los griegos llaman παιδεία [paideía], y que nosotros designamos como educación y formación en las buenas artes. Quienes sinceramente anhelan y buscan estas artes, esos son sobre todo los más humanos (humanissimi): en efecto, el interés y la instrucción en esa ciencia han sido dados únicamente al hombre, de entre todos los seres animados; por ello ha sido llamada humanidad (humanitas)*» (GELIO, *Noches áticas*, p. 91, XIII-XVII). Señala, asimismo, que este fue el uso dado a esta palabra por Marco Varrón y por Marco Tulio.

¹³ ARBEA, *El concepto de humanitas en el Pro Archia de Cicerón*, p. 400.

¹⁴ SCHULZ, *Principios del Derecho romano*, pp. 211-212.

¹⁵ CAPITÁN DÍAZ, *De los estudios de humanidad (studia humanitatis) y la dignidad del hombre en el primer renacimiento español*, pp. 461-462.

¹⁶ D'ORS PÉREZ-PEIX/TORRENT, *Introducción*, p. XXXIV, núm. 1.

¹⁷ LLOREDO ALIX, *De ser humanos a hacernos humanos: en torno al concepto de humanización del Derecho*, pp. 18-20.

¹⁸ ROUSSEAU, *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, p. 61.

«dejando todos los libros científicos que solo nos enseñan a ver a los hombres tal y como son, y meditando sobre las primeras y las más sencillas operaciones del alma humana, creo ver en ellas dos principios anteriores a la razón, uno de los cuales nos interesa ardientemente respecto a nuestro bienestar y a la conservación de nosotros mismos, y la otra nos inspira una repugnancia natural al ver perecer o sufrir a cualquier ser sensible y, principalmente, a nuestros semejantes»¹⁹.

«[La piedad] atempera el ardor que [el hombre] siente por su bienestar con una repugnancia innata a ver padecer a su semejante»²⁰.

Esta idea de humanidad como «depósito de empatía» se consagrará durante el s. XIX, especialmente tras la Revolución Industrial, cuando con «lo humano» se haga referencia, especialmente, a la capacidad de sentir²¹. Ahora bien, no será hasta mediados del s. XX cuando deje de concebirse la humanidad como algo que pueda ser «creado» a través de un proceso de «civilización de los salvajes», sino que se asuma que se trata de una cualidad inherente a todos los seres humanos, de carácter universal e independiente de su cultura²².

Tal y como ha podido comprobarse, pese a algunas herencias o hilos conductores en algunas implicaciones del término «humanidad», resulta evidente que existe una «discontinuidad semántica», es decir, que, tras una aparente igualdad en las palabras o términos, «se esconde una divergencia radical en la profundidad del sentido»²³ de este término. Así, nada tiene que ver la humanidad de los romanos con la humanidad del mundo actual: la palabra ha permanecido, pero el concepto asociado a la misma es muy distinto. Sin embargo, y pese a esta discrepancia en su significado, lo que sí puede afirmarse es que, históricamente, la atribución de humanidad ha servido de criterio justificador para la concesión o privación de derechos²⁴.

III. LA HUMANIZACIÓN DEL DERECHO PENAL: EL PENSAMIENTO ILUSTRADO Y SUS DESARROLLOS

1. Introducción: el papel de la ilustración

Si bien el humanismo renacentista de los siglos XV y XVI había traído consigo un nuevo paradigma como consecuencia de la ruptura de la unidad religiosa, de la secularización de la sociedad y de la reivindicación de las ideas

¹⁹ *Ibid.*, p. 31.

²⁰ *Ibid.*, p. 60.

²¹ LLOREDO ALIX, *De ser humanos a hacernos humanos: en torno al concepto de humanización del Derecho*, pp. 21-22.

²² FINNEMORE, *The purpose of intervention: changing beliefs about the use of force*, p. 71.

²³ HESPANHA, *Cultura jurídica europea: síntesis de un milenio*, p. 18.

²⁴ LLOREDO ALIX, *De ser humanos a hacernos humanos: en torno al concepto de humanización del Derecho*, p. 23.

de dignidad, autonomía y libertad humana, lo cierto es que, sorprendentemente, estas ideas renovadoras no se utilizaron para cuestionar un sistema penal deshumanizado, represivo y brutal²⁵. Igualmente, si bien muchas de estas ideas siguieron desarrollándose durante el s. XVII, no llegaron a tener la fuerza suficiente para su implantación, quizás porque dicho siglo careció del espíritu práctico que llegaría de la mano de los filósofos del s. XVIII²⁶. Y es que, tal y como señaló Tomas y Valiente, «*la humanización del Derecho penal es algo que hay que anotar en el saldo positivo de la Ilustración*», entendiéndose este proceso en un doble sentido: por un lado, como secularización, alejando al Derecho penal de determinadas consideraciones vinculadas a lo religioso y al poder divino que únicamente habían servido para endurecerlo; y, por otro lado, suavizando el trato penal y procesal ofrecido al reo²⁷. Ahora bien, en relación con esto último, el proceso de humanización consistió en el reconocimiento de una serie de principios que, sin embargo, no se identifican con el contenido propio del principio de humanidad de las penas²⁸.

La cruzada por la minimización de las penas fue, sin duda, uno de los rasgos más característicos del movimiento penal ilustrado. Su reivindicación no era sino una contestación a la dureza y rigor de las penas del Antiguo Régimen; un sistema penal que otorgaba a las penas una función preventivo-general absolutamente desproporcionada basada en la intimidación a través del sufrimiento²⁹. Esta comunión entre sufrimiento y prevención se configuraba como un binomio fuertemente arraigado, fruto de una larga tradición histórica, de tal modo que su sentido no se encontraba únicamente en el sufrimiento causado al condenado como vía de retribución del hecho, sino también en la percepción por parte de la sociedad de dicho sufrimiento, esto es, como instrumento para su intimidación. Así, Platón, por ejemplo, consideraba que la pena no tenía como función (al menos únicamente) castigar por el hecho cometido, sino evitar la reincidencia y servir de ejemplo a los demás, que, siendo testigos de los tormentos infligidos, procurarían enmendarse³⁰. También en Castilla, ya en el s. XIII, las Siete Partidas estable-

²⁵ SEGURA ORTEGA, *La situación del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII*, pp. 457-458, 466.

²⁶ BETEGÓN CARRILLO, *Los precedentes intelectuales de la humanización del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII*, p. 494.

²⁷ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta*, p. 408.

²⁸ MÍNGUEZ ROSIQUE, *Manifiesta desproporción y principio de humanidad de las penas: ¿condenados a entenderse?*, p. 2.

²⁹ MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 133; TORÍO LÓPEZ, *La prohibición constitucional de las penas o tratos inhumanos o degradantes (esquema para un estudio)*, p. 107.

³⁰ Cfr. PLATÓN, *Protágoras o los sofistas*, p. 36: «[...] nadie castiga a un hombre malo solo porque ha sido malo, a no ser que se trate de alguna bestia feroz que castigue para saciar su crueldad. Pero el que castiga con razón, castiga no por las faltas pasadas, porque ya no es posible que lo que ya ha sucedido deje de suceder, sino por las faltas que puedan sobrevenir, para que el culpable no reincida y sirva de ejemplo a los demás su castigo»; PLATÓN, *Gorgias o de la retórica*, p. 278: «Cuando uno sufre una pena, y es castigado por otro con justo motivo, sucede que el castigado, o se hace mejor y se convierte el

cían que la pena (que es «*la enmienda de pecho o escarmiento*»³¹ *dado según ley a algunos por los yerros que hicieron*) se imponía por dos razones: recibir castigo por la comisión de sus delitos y que «*todos los que lo vieren y oyeren tomen de ello ejemplo y apercibimiento para guardarse que no yerren por miedo de pena*»³². Como telón de fondo de este pensamiento late la idea de que los ciudadanos obedecen por miedo, por temor al castigo, y no por pudor o por respeto³³.

2. Humanización del Derecho penal y proporcionalidad de las penas

2.1. *La conexión entre la justificación utilitarista de la pena y la proporcionalidad*

La principal justificación de la pena defendida por los teóricos ilustrados era de corte utilitarista, lo que los llevó a sostener que, dado que toda pena implica la causación de un mal, esta solo se encontrará justificada en la medida en que contribuya a la utilidad o bien común³⁴. Se recuperaba así la idea de pena justificada por fines de utilidad social ya recogida con anterioridad en obras del s. XVII³⁵. La concepción ilustrada mayoritaria del principio de

castigo en provecho propio, o sirve de ejemplo a los demás, a fin de que, siendo testigos de los tormentos que sufre, teman otro tanto por sí mismos y procuren enmendarse.

³¹ Mientras que la «enmienda de pecho» hace referencia a un castigo pecuniario, el «escarmiento» hace referencia a una pena aflictiva (*vid.*, por todos, DU BOYS, *Historia del Derecho penal de España*, p.220; DEL CAMPO Y OTERO/ ABRIL Y OCHOA, *Ensayo histórico sobre los códigos españoles concordados con el Derecho vigente*, p.239; MONTIEL Y DUARTE, *Vocabulario de jurisprudencia*, p.193).

³² Partida Séptima, título XXXI (De las penas y de las naturalezas de ellas), Ley I: «*Pena es enmienda de pecho o escarmiento que es dado según ley a algunos por los yerros que hicieron. Y dan esta pena los jueces a los hombres por dos razones: la una es porque reciban escarmiento de los yerros que hicieron; la otra es porque todos los que lo vieren y oyeren, tomen de ello ejemplo y apercibimiento para guardarse que no yerren por miedo de pena. Y los jueces deben mucho considerar antes que den pena a los acusados, y escudriñar muy acuciosamente el yerro sobre que le mandan dar, de manera que sea antes bien probado, considerando la manera en que fue hecho el yerro.*»

³³ Esta idea puede verse ya expresada de manera literal en ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, pp.170-171 (§1179b, 1180a): «*[el] vulgo, que de un modo natural no obedece por pudor, sino por miedo, ni se aparta de lo que es vil por vergüenza, sino por temor al castigo*»; «*la mayor parte de los hombres obedecen más bien a la necesidad que a la razón, y a los castigos que a la bondad.*»

³⁴ Utilidad común que, según Beccaria, es la base de la justicia humana (BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, p.55).

³⁵ Véase, por ejemplo, GROCIO, *On the Law of War and Peace*, p.161, quien en 1625 señaló que «*no hay nada contrario a la ley humana o divina en aquellas penas que tienen como fin el bien del delincuente, el de la parte perjudicada o el de cualquier otra persona*», refiriéndose a esta tercera opción al explicarla en detalle como «utilidad general», dentro de la cual sitúa tanto la evitación de que el sujeto cause daño a más personas (a través de su reforma o de su eliminación) y el efecto disuasorio de la pena, en tanto en cuanto los demás no se ven seducidos por la idea de que los delitos quedan impunes (p. 164, IX). *Cfr.*, también, THOMASIIUS, *Institutes of divine jurisprudence*, p.530 (§101), que en 1688 expuso que «*El deber del príncipe que inflige el castigo se encuentra cubierto*