

Nieves Sanz Mulas

Evolución de la política criminal y sus protagonistas

**Del totalitarismo de la raza al
totalitarismo del dinero**

Prólogo de Francisco Muñoz Conde



tirant
lo blanch
ALTERNATIVA

**EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA
CRIMINAL Y SUS PROTAGONISTAS**

Del totalitarismo de la raza al totalitarismo del dinero

editorial pirant

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho.
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación y
miembro de El Colegio Nacional*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos
Investigador del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho
Mercantil de la UNED*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho
de la Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho y
Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Catedrática de Derecho Constitucional
e Internacional en la Universidad
de Colonia (Alemania)
Miembro de la Comisión de Venecia*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y
Presidente del Instituto Ibero-Americano
de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Valencia*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL Y SUS PROTAGONISTAS

**Del totalitarismo de la raza al
totalitarismo del dinero**

NIEVES SANZ MULAS

Catedrática de Derecho Penal

Universidad de Salamanca

Prólogo de **Francisco Muñoz Conde**

tirant lo blanch

Valencia, 2021

Copyright © 2021

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de la autora y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Nieves Sanz Mulas

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1113-002-8

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

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

*A **Mariluz**, mi madre.
Mi persona favorita, que me dio la vida
y la colmó de amor y dicha.
De ella heredé todo lo bueno que pueda haber en mí.*

*Y a **Carlos Daza**, amigo y mentor eterno,
quien no solo me facilitó enormemente la existencia,
sino que además me la alegró como nadie*

¡Qué suerte haberos tenido en mi vida!

La historia es la más clarividente (...) émula del tiempo, depósito de las acciones, testigo del pasado, ejemplo y aviso del presente, advertencia del porvenir.

El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha

MIGUEL DE CERVANTES

ÍNDICE

| | |
|-----------------------|----|
| Prólogo | 15 |
| FRANCISCO MUÑOZ CONDE | |

I

A MODO DE INTRODUCCIÓN: LO QUE LA HISTORIA ENSEÑA Y NOS EMPEÑAMOS EN OBVIAR

| | |
|---|----|
| 1. La necesaria interrelación entre el Derecho penal, la Política criminal y la Criminología..... | 25 |
| 2. La importancia de recuperar el pasado para evitar repetir los mismos errores | 28 |

II

EVOLUCIÓN DE LOS MODELOS DE REACCIÓN SOCIAL: DEL INDETERMINISMO DEL ANTIGUO RÉGIMEN AL LIBRE ALBEDRÍO DE LA ESCUELA CLÁSICA

| | |
|---|----|
| 1. El Derecho penal de la Monarquía Absoluta..... | 31 |
| 2. Estado liberal de Derecho y BECCARIA: el inicio de la Política criminal moderna..... | 34 |
| 3. La Escuela Clásica y la realización de la justicia como fin de la pena . | 41 |
| A) La retribución ética de KANT..... | 44 |
| B) La retribución jurídica de HEGEL..... | 46 |
| C) Su actual ilegitimidad y el peligro cierto de retorno..... | 47 |

III

LA ESCUELA POSITIVA

| | |
|---|----|
| 1. El tránsito hacia el Estado social de Derecho y surgimiento del positivismo | 53 |
| 2. El Positivismo criminológico italiano | 58 |
| A) El determinismo como explicación del delito: la negación del libre albedrío..... | 58 |
| B) Teorías preventivas de la pena y surgimiento del peligrosismo: la gran baza de los totalitarismos..... | 67 |
| 3. El positivismo crítico del correccionalismo español..... | 71 |
| 4. La posición ecléctica de la <i>Terza Scuola</i> | 82 |
| 5. El positivismo jurídico alemán..... | 84 |

| | |
|--|-----|
| A) El positivismo jurídico-normativista de BINDING: apego a la letra de la ley y vuelta al retribucionismo | 90 |
| B) El positivismo jurídico-sociológico de Von LISZT y su dirección político criminal..... | 93 |
| C) El triunfo de la Dogmática sobre la Política criminal | 102 |

IV EL NEOKANTISMO

| | |
|---|-----|
| 1. Vuelta a KANT y el Derecho penal como ciencia valorativa..... | 105 |
| 2. Dogmática y Criminología como ciencias ajenas: de nuevo el Derecho penal de espaldas a la realidad | 112 |

V LA ESCUELA DE KIEL

| | |
|--|-----|
| 1. <i>Carl</i> SCHMITT y su pensamiento del “orden concreto”: amigos <i>vs</i> enemigos | 117 |
| 2. El <i>ius puniendi</i> del <i>III Reich</i> y la ciencia penal al servicio del espanto.. | 122 |
| A) La cientificidad del horror no surgió de la nada..... | 122 |
| B) El delito como traición y Derecho penal de la voluntad: la lapidación de las garantías liberales..... | 132 |
| C) La “rentrée” del positivismo criminológico en su versión más radicalizada | 140 |
| D) MEZGER y su Ley de Extraños a la Comunidad para los enemigos internos..... | 144 |
| 3. Acabó el nazismo, pero permaneció la Dogmática sin anclaje político criminal | 152 |

VI EL FINALISMO

| | |
|---|-----|
| 1. La pretendida objetivación de la ciencia penal | 157 |
| 2. Causalismo <i>vs</i> finalismo: ¿una nueva lucha de escuelas como “manto de olvido” frente al horror?..... | 165 |

VII
NUEVA DEFENSA SOCIAL Y CORRIENTES
ABOLICIONISTAS: EL TÍMIDO ACERCAMIENTO
ENTRE DOGMÁTICA Y POLÍTICA CRIMINAL

| | |
|--|-----|
| 1. Orígenes del Estado del <i>Welfare State</i> y crisis del positivismo | 175 |
| 2. La Nueva Defensa Social y el movimiento de Política criminal..... | 179 |
| 3. Las corrientes abolicionistas: el sueño humanista arropado de utopía..... | 188 |

VIII
EL FUNCIONALISMO

| | |
|--|-----|
| 1. La orientación social del Derecho penal | 195 |
| A) Teorías del conflicto y Criminología crítica: el etiquetamiento del delincuente como fórmula de control social..... | 195 |
| B) Teorías funcionalistas o teorías del consenso | 201 |
| C) El declive de la abstracción dogmática y la vuelta a los planteamientos integradores de la ciencia penal..... | 202 |
| 2. El funcionalismo moderado (y garantista) de ROXIN: la Política criminal como fin y límite de la Dogmática | 206 |
| 3. El funcionalismo normativista radical de JAKOBS: un neopositivismo sin límites políticocriminales | 212 |
| 4. El relativismo funcionalista y su incapacidad para contener el poder punitivo: volvemos al punto de partida | 216 |

IX
DEL TOTALITARISMO DE LA RAZA AL TOTALITARISMO
DEL DINERO: LOS EXCLUIDOS COMO ENEMIGOS

| | |
|--|-----|
| 1. Globalización y neoliberalismo: el servilismo estatal a la dictadura del dinero | 221 |
| 2. Política criminal y gestión de la exclusión social..... | 227 |
| A) Recuperación del Estado policial frente a los excluidos: Derecho penal del amigo <i>vs</i> Derecho penal del enemigo..... | 227 |
| B) Divide y vencerás: la alineación de los excluidos para que aparten a los suyos | 237 |
| C) Big Data y control de las masas: el nuevo petróleo y su peligro para la democracia | 240 |
| 3. La vuelta al pasado con ropajes nuevos: ¿otro Derecho penal para extraños a la comunidad?..... | 243 |

| | |
|--|---------|
| 4. No hay ciencia neutra ni ideológicamente aséptica: los derechos humanos como guía y muro de contención..... | 248 |
| A) Hacia una ciencia penal realmente integral..... | 248 |
| B) Política criminal y modelo de Estado: de nuevo los derechos humanos como “tabla de salvación” y límite infranqueable..... | 251 |
| Bibliografía..... | 259 |

PRÓLOGO

Durante muchos años, la Política criminal ha estado erradicada de las aulas académicas, siguiendo su propio camino en manos de las instituciones y agencias estatales dedicadas a la prevención y control de la criminalidad, una de las tareas políticas más importantes. Evidentemente, ningún Estado del mundo puede subsistir sin una determinada política para resolver el problema de la criminalidad. Pero esa política solo puede llevarse a cabo de acuerdo con determinadas directrices y principios, sin los cuales la acción del Estado actuaría como pollo sin cabeza, dando tumbos cual renqueante tranvía, adoptando, acuciado por la coyunturalidad casuística, soluciones puramente puntuales e incluso contradictorias según la conveniencia de cada momento. En última instancia, cualquier decisión política, sea en el ámbito de la criminalidad o en cualquier otro de la vida social, responde siempre a unos parámetros ideológicos y a determinados principios, que a su vez están condicionados por el contexto social, político y económico en el que se llevan a cabo. Ni diacrónica, ni sincrónicamente ha habido, hay o habrá una única Política criminal independientemente del país, del sistema político e ideológico y de las circunstancias concurrentes en un determinado momento histórico.

La Historia de la Política criminal es, como dice Nieves Sanz en esta brillante monografía para la que con mucho gusto escribo este prólogo, la historia de cómo las diferentes sociedades han reaccionado frente al delito. A través de ella se puede reconstruir, como decía Jellinek respecto al Código penal, trasunto de un determinado modelo político criminal, el sistema de valores y costumbres de una determinada sociedad, igual que un paleontólogo puede reconstruir un animal prehistórico a partir de un solo hueso. Un ejemplo muy claro de esta vinculación entre ideología y Política criminal lo tenemos en el período en el que el régimen nacionalsocialista ocupó el poder en Alemania (1933-45). Cuando en 1950 en un Apéndice publicado autónomamente con el título de “Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik” (“Modernas

orientaciones de la Dogmática jurídico-penal”, traducción de Francisco Muñoz Conde, Valencia 2000), complementario a la 3ª edición de su Tratado de Derecho penal (en realidad, la 2ª inalterada de 1933) decía el prestigioso penalista alemán Edmund Mezger que “durante mucho tiempo, la Dogmática del Derecho penal ha estado apartada de los intereses jurídico-penales. Su más joven y mundana hermana, la Política criminal, la ha tenido en la sombra”, sabía muy bien lo que decía y por qué lo decía. Los vientos que habían inspirado la Política criminal alemana en los años anteriores, y concretamente su libro “Kriminalpolitik aus kriminologischer Grundlage” (“Política criminal con base criminológica”, traducido al español, sin más comentarios, por José Arturo Rodríguez Muñoz, con el título de “Criminología”, 1942), que tuvo tres ediciones entre 1934 y 1944, eran los propios del régimen nacionalsocialista. Unos vientos basados, como el mismo Mezger decía en el Prólogo a la primera edición escrito en octubre de 1933, en el pueblo y en la pureza de la *raza*, a los que el Derecho penal debía adaptarse y subordinarse “no ya como hasta ahora como compromiso, sino como síntesis”. La referencia que en este Apéndice de 1950 hacía a la “más joven y mundana hermana” de la Dogmática penal no era más que un eufemismo cínico que pretendía convertir en una especie de divertimento una Política criminal que de hecho fue una parte importante en el Holocausto y el exterminio de miles de personas, a lo que el mismo Mezger, junto con su colega muniqués Franz Exner, había contribuido, además de con otras publicaciones, artículos y monografías publicadas en aquellos años, con la elaboración entre 1943 y 1944 de uno de los engendros más característicos de aquella “más joven y *mundana*” Política criminal, el Proyecto para el tratamiento de los “extraños a la comunidad”, en el que se preveía para los así denominados, delincuentes habituales, marginados sociales, elementos dañinos al pueblo y a la raza, homosexuales, etc., el internamiento en campos de concentración, su esterilización y, en definitiva, su exterminio o eliminación, como un elemento esencial de la política de depuración racial que proponía el régimen nacionalsocialista (para más detalles, véase Francisco

Muñoz Conde, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, 4ª ed. Valencia 2003).

Afortunadamente, esta Política criminal no consiguió imponerse, tras la derrota del régimen nacionalsocialista en la Segunda Guerra Mundial, como modelo frente a otras menos radicales ya existentes anteriormente y aún vigentes en la actualidad, pero es un punto de referencia obligado para comprender hasta donde puede llevar una Política criminal de carácter belicista exterminadora de todos los que se consideren como enemigos del modelo social que se pretende imponer, utilizando para ello el Derecho penal y cualquier otro tipo de medida coercitiva afín al Derecho penal.

Nieves Sanz sitúa, a mi juicio acertadamente, el comienzo de la moderna Política criminal en la obra de Beccaria, “De los delitos y las penas”, que inspirada en los principios liberales humanistas de los pensadores de la Ilustración (Rousseau, Voltaire) dio lugar a los primeros movimientos reformistas del Derecho penal y a los primeros Códigos penales. A partir de la Revolución francesa, inspirada en los principios de “Libertad, Igualdad y Fraternidad”, y con la paulatina desaparición en el mundo occidental europeo de los regímenes de las Monarquías absolutas, sustituidas por las de un Estado liberal de Derecho, el programa político criminal expuesto por Beccaria, basado en la idea de proporcionalidad de las penas de acuerdo con la gravedad del delito, la responsabilidad del individuo libremente autodeterminado, abolición total de la tortura como forma de castigo y como medio probatorio, restrictiva aplicación de la pena de muerte a casos excepcionales muy graves (Beccaria no era un completo abolicionista), se fue imponiendo a lo largo del siglo XIX en los Códigos y leyes procesales penales europeas. En realidad, no se puede decir que esas ideas hayan conseguido imponerse universalmente, pero pueden considerarse como un marco teórico válido sobre el que basar la Política criminal de un Estado liberal de Derecho, que es el modelo en el que Nieves Sanz sitúa esta clase de Política criminal.

La irrupción en este modelo, asumido, al menos en teoría, por la mayoría de las legislaciones penales del siglo XIX, de una nueva Ciencia, la Criminología, basada en el positivismo científico, de ahí el nombre de Escuela positiva, y en los postulados biologicistas de Cesare Lombroso con su teoría sobre el “delincuente nato”, estuvo a punto de cambiar los presupuestos de los que partía la Escuela ahora llamada clásica, basando el origen de la criminalidad en la persona del autor del delito considerándolo como un ser biológica y hereditariamente deformado, al que habían que controlar con medidas de seguridad y, eventualmente, de corrección, situando en lugar de la culpabilidad basada en el libre arbitrio la peligrosidad criminal, es decir, la probabilidad, basada en su defectuosa constitución biopsicológica, de que en el futuro pudiera cometer delitos o, si ya los había cometido, de que volviera a cometerlos. La Política criminal debería, por tanto, cambiar su orientación y adoptar medidas de control de esa peligrosidad a través de internamientos en centros especializados, generalmente campos de trabajos forzados, o con la esterilización de los portadores de enfermedades hereditarias, entre las que se incluía la proclividad a cometer delitos o la asocialidad. Evidentemente, esta Política criminal basada en postulados criminológicos pretendidamente científicos se dirigía fundamentalmente, aunque no se confesara abiertamente o se quisieran ignorar sus consecuencias, al control de los segmentos de la población más desfavorecidos económicamente, a los que el penalista alemán Franz von Liszt llamaba el “proletariado de la delincuencia”. A partir de entonces, surgieron dos modelos de Derecho penal, el clásico para la delincuencia ocasional de los poderosos, cuyos comportamientos delictivos, caso de que fueran calificados como tales, quedaban muchas veces, por diversas razones, fuera del ámbito punitivo; y un nuevo Derecho penal, o incluso sin este nombre, para los delincuentes provenientes de las clases sociales más bajas, no integrables en el modelo industrial capitalista, proclives, por tanto, a un tipo de delincuencia de supervivencia sobre la que caía “todo el peso de la ley”, fuera ésta penal o de otro tipo. Como gráfica-

mente lo describe Nieves Sanz, se había pasado así del totalitarismo de la raza al del dinero.

Con una base teórica distinta este fue también el modelo político criminal adoptado por las modernas teorías sociológicas que surgieron en los Estados Unidos a principios del siglo XX con la Escuela ecológica de Chicago y continuaron con los planteamientos funcionalistas de la teoría de la anomia de Merton, la de los contactos diferenciales de Sutherland, las de las subculturas de Cohen etc. Todas ellas tenían como objeto de referencia el sistema social y económico capitalista de los Estados Unidos de América, que hasta mediados de los años sesenta del pasado siglo tenían en algunos de sus Estados medidas segregacionistas contra la población afroamericana, leyes de emigración de carácter racista, y en general criminalizaban (y todavía criminalizan) con mayor contundencia a este sector de la población, en el que se incluye actualmente también a la procedente de la emigración ilegal del mundo latinoamericano. Este es, en definitiva, el fundamento ideológico de la teoría norteamericana más reciente llamada “tolerancia cero”, que promueve un sector de la Criminología norteamericana, y por su influencia la Criminología y la Política criminal de otros muchos países, preconizando una forma de control policial y de represión penal más dura de la delincuencia característica de los sectores de la población económicamente más desfavorecidos y generalmente en situación de desempleo, que cometen delitos contra la propiedad de escasa gravedad, o se dedican al “narcomenudeo” como formas de subsistencia, con el argumento de que de ahí pueden pasar a cometer delitos más graves.

A través de los distintos capítulos que componen su monografía, Nieves Sanz critica también otros modelos político criminales como el Neokantismo y el del Derecho penal de autor que proponía la Escuela de Kiel durante el período nacionalsocialista, pero también los modelos tecnocráticos basados en la Sociología funcionalista americana, aparentemente más neutros ideológicamente. La metodología diacrónica que adopta en la descripción de los diferentes modelos de Política criminal y de sus respecti-

vos fundamentos ideológicos y criminológicos de todo tipo, y de sus principales protagonistas, puede dar la impresión de que se considere a algunos de ellos como modelos cerrados o incluso ya superados históricamente. No es ésta, desde luego, la opinión de Nieves Sanz, porque como se puede ver en cada uno de los capítulos, mantiene en todos ellos una actitud crítica frente a las distintas tendencias que, independientemente de su origen histórico e ideológico, siguen estando vigentes en mayor o menor medida en los modelos de Política criminal actualmente existentes en la mayoría de los países de nuestra área de cultura occidental, conviviendo de forma contradictoria e incluso en conflicto permanente entre ellos.

Un ejemplo de ello lo tenemos en la legislación penal habida en España tras la instauración del sistema democrático actualmente vigente. El “Derecho penal de sangre y de lágrimas” característico de la dictadura franquista, sobre todo en la represión de todo lo que supusiera poner en cuestión el sistema político e ideológico en el que se basaba la misma, inspirado principalmente en el fanatismo religioso de la Iglesia católica más conservadora, y, al menos en sus orígenes, en la ideología totalitaria nacionalsocialista y fascista, fue desmontándose paulatinamente con las primeras reformas penales durante la transición democrática hasta llegar a la aprobación de una Constitución que definía al Estado español como un Estado social y democrático de Derecho. Esto obviamente tenía que redundar en un cambio de rumbo de la Política criminal, por más que en la Constitución solo se acogieran directamente dos de los principios fundamentales del Derecho penal material, el de legalidad y el de reinserción social del delincuente, además de la prohibición de la tortura y la abolición de la pena de muerte, y expresamente los principios del proceso penal, principalmente la presunción de inocencia. La reducción de las penas en los delitos contra la propiedad o de tráfico de drogas blandas, la limitación de la duración de la prisión provisional, etc, fueron poco a poco dándole, una imagen más liberal y humana al Derecho penal, aún regulado en su mayor parte por el Código penal de la dictadura. Con el nuevo Código

penal de 1995, llamado pomposamente el “Código penal de la democracia”, se produjo un cambio de paradigma en esta tendencia, no solo porque se incrementó en general la dureza de las sanciones penales, en materia, por ejemplo, de terrorismo y tráfico de drogas, sino porque se expandió a sectores tradicionalmente alejados del Derecho penal, como los delitos medioambientales, los delitos económicos y los delitos de peligro colectivo en general, que en la mayoría se configuran como normas penales en blanco dependientes de regulaciones administrativas cambiantes en esta materia, y como delitos de peligro abstracto referidos a bienes jurídicos difícilmente delimitables como tales. Este cambio de paradigma se fue acentuando aún más con sucesivas reformas penales (más de treinta en el siguiente cuarto de siglo), en las que paulatinamente fueron introduciéndose propuestas político criminales como las de la “tolerancia cero” en relación con la delincuencia menor contra la propiedad, castigando con penas de prisión la reincidencia en pequeños hurtos o los llamados “top mantas” o el “narcomenudeo”; hasta llegar al paroxismo cercano a propuestas político criminales como la del “Derecho penal del enemigo” en relación con el terrorismo (ahora ya principalmente el internacional de origen yihadista), el crimen organizado, el narcotráfico a gran escala o el tráfico de personas, en cuya regulación se amplía la intervención del Derecho penal a conductas muy alejadas de la puesta en peligro de un bien jurídico concreto, se imponen penas draconianas más allá de la idea de proporcionalidad (que en algunos países puede ser la pena de muerte o la reclusión perpetua) y se reducen las garantías del imputado en el proceso penal que constituyen derechos humanos fundamentales reconocidos nacional e internacionalmente, como la presunción de inocencia y la prohibición de admitir como pruebas de cargo suficientes para una condena las pruebas obtenidas ilegalmente, por ejemplo, mediante la tortura. Y todo ello dentro de un mismo modelo de Estado que continúa llamándose como un Estado social y democrático de Derecho.

Todo esto plantea una vez más el problema de cual es o debe ser la relación entre Política criminal y Derecho penal y cuál debe

ser la actitud que debe tener la Dogmática penal, cuya tarea consiste precisamente en interpretar y sistematizar el Derecho penal vigente.

La famosa frase de Franz von Liszt de que “el Derecho penal debe ser la infranqueable barrera de la Política criminal”, es hoy difícilmente asumible, tanto más cuando el propio von Liszt no era muy coherente con la misma al proponer la “inocuidación” del delincuente habitual a través de su internamiento en centros de trabajos forzados, en un estricto régimen disciplinario, en el que no excluía la pena de azotes, y su alimentación a pan y agua, porque consideraba un absoluto dispendio malgastar en ellos el dinero de los contribuyentes (sobre ello, puede verse entre otros mi artículo “La herencia de Franz von Liszt”, en Revista penal, núm. 27, 2011, del que hay también una versión en alemán publicada en el Festschrift für Winfried Hassemer, 2010). Evidentemente con esta propuesta difícilmente se puede decir que el Derecho penal es la infranqueable barrera de la Política criminal, cuando ésta era precisamente la propuesta que se hacía también desde el punto de vista político criminal. Pero lo mismo se puede decir respecto a otras regulaciones del actual Derecho penal, en los ámbitos ya señalados de la macrodelincuencia, en los que se traduce al pie de la letra propuestas político criminales que reclaman una mayor contundencia punitiva en su tratamiento incluso más allá de los principios fundamentales del Derecho penal de un Estado de Derecho y con clara violación de algunos derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente.

En lo que se refiere a la Dogmática penal, la consideración de la teoría del delito como una construcción puramente sistemática, que explica secuencialmente las distintas categorías o escalones que hay que comprobar para imputar a una determinada persona la responsabilidad por la comisión de un delito, puede hacerse de un modo puramente abstracto, como una especie de gramática jurídica ideológicamente neutra, es difícilmente asumible. La propuesta que hacía Mezger en 1950 de hacer una Dogmática penal completamente independiente de la Política criminal, además de ser una cínica táctica para ocultar precisamente su estrecha vin-

culación con la Política criminal del régimen nacionalsocialista, es completamente imposible de asumir en nuestros días, porque su objeto de referencia, el Derecho penal, en la medida en que es producto de una determinada Política criminal, no es ideológicamente neutro y, por tanto, difícilmente puede construirse al margen de la misma. La Política criminal será y deberá seguir siendo tenida en cuenta también, como en su día ya propuso Claus Roxin (“Política criminal y sistema del Derecho penal”, traducción de Francisco Muñoz Conde, Barcelona 1972), para interpretar y sistematizar el Derecho penal, facilitando así también su aplicación por los Tribunales de Justicia. Pero siempre habrá que tener en cuenta de qué Política criminal estamos hablando y si los objetivos que se pretenden alcanzar con la misma entran dentro o no de los parámetros del Estado de Derecho y el respeto a los derechos fundamentales. El equilibrio entre ambos polos de la Ciencia penal, Política criminal y Derecho penal, es difícil, pero no imposible, y la misión del penalista, cualquiera que sea su orientación dogmática, político criminal o criminológica, debe consistir en esforzarse, tanto a nivel teórico, como práctico, en que el Derecho penal sea un instrumento idóneo para conseguir y afianzar la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, que son, como reza el artículo 1 de la Constitución española, los valores superiores de un Estado social y democrático de Derecho.

Nieves Sanz propone al final de esta monografía la construcción de un modelo de ciencia penal realmente integral en el que los derechos humanos sean una “tabla de salvación” a la que siempre pueda recurrir el penalista como un límite infranqueable ante los excesos que puedan cometerse a través de un Derecho penal utilizado como instrumento de una Política criminal que no respete esos derechos humanos; una propuesta con la que estoy completamente de acuerdo.

Francisco Muñoz Conde

Playa de La Antilla, Lepe, septiembre 2021