

50

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

HIS PRÆVIDE ET PRO

Revista

Julio 2022

50

Revista Penal

ESPECIAL XXV ANIVERSARIO

Penal

Julio 2022



tirant
lo blanch



tirant
lo blanch

Revista Penal

Número 50

Sumario

Doctrina:

| | |
|--|-----|
| – Editorial. El número 50, todo un hito, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i> | 5 |
| – ¿Es el feminicidio un delito de odio?, por <i>Mercedes Alonso Álamo</i> | 9 |
| – El ámbito de validez extraterritorial del (nuevo) régimen jurídico alemán de sanciones contra las empresas, por <i>Kai Ambos</i> | 20 |
| – La pena de muerte en América Latina. El abolicionismo en los Códigos, las ejecuciones extrajudiciales y algo más, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i> | 31 |
| – Consecuencias menos visibles (u ocultas) de la condena en el sistema español, por <i>José Luis de la Cuesta Arzamendi</i> | 53 |
| – La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial, por <i>Norberto J. De la Mata Barranco</i> | 64 |
| – Compliance anticorrupción, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i> | 91 |
| – 25 años de Revista Penal y de política criminal: el ocaso del principio “ <i>societas delinquere non potest</i> ”, por <i>Luigi Foffani</i> | 103 |
| – Sistema acusatorio, principio acusatorio, acusación y objeto del proceso penal, por <i>Juan Luis Gómez Colomer</i> | 110 |
| – La complicidad psíquica: entre el todo y la nada, por <i>M^a del Carmen Gómez Rivero</i> | 130 |
| – La corrupción como amenaza a la seguridad nacional, por <i>José L. González Cussac</i> | 152 |
| – El fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad (un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción), por <i>Carlos Martínez-Buján Pérez</i> | 162 |
| – Evolución y características actuales del Derecho penal económico, por <i>Alessandro Melchionda</i> | 184 |
| – El principio de legalidad como instrumento y límite de las reformas penales, por <i>Francisco Muñoz Conde</i> | 199 |
| – Emergencia sanitaria y (des)protección penal de vida y salud, por <i>Juan Terradillos Basoco</i> | 209 |
| Sistemas penales comparados: Cambios fundamentales del Derecho Penal en los últimos 25 años: 1997/2022, (Fundamental changes in Criminal Law in the last 25 years: 1997/2022)..... | 227 |

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



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

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

Dirección

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

Secretarios de redacción

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

Comité Científico Internacional

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

Consejo de Redacción

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

Sistemas penales comparados

| | |
|---|---|
| Martin Paul Wassmer (Alemania) | Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua) |
| Luis Fernando Niño (Argentina) | Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá) |
| Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil) | Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú) |
| Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia) | Blanka Julita Stefańska (Polonia) |
| Angie A. Arce Acuña (Costa Rica) | Frederico de Lacerda Costa Pinto (Portugal) |
| Elena Núñez Castaño (España) | Volodymyr Hulkevych (Ucrania) |
| Simona Metrangolo (Italia) | Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay) |
| Manuel Vidaurri Aréchiga (México) | Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela) |

www.revistapenal.com

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

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

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



El principio de legalidad como instrumento y límite de las reformas penales

Francisco Muñoz Conde

Revista Penal, n.º 50 - Julio 2022

Ficha Técnica

Autor: Francisco Muñoz Conde

Adscripción institucional: Catedrático de Derecho Penal, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

Title: The principle of legality as an instrument and limit of penal reforms

Sumario: Introducción; 1. El principio de legalidad como fundamento del Derecho penal del Estado de Derecho; 2. Derecho penal y control social; 3. El “populismo punitivo” y sus consecuencias; 4. Los valores constitucionales del principio de legalidad como límite del “populismo punitivo”; 5. Política criminal, bien, pero ¿cuál?;

Summary: Introduction; 1. The principle of legality as the foundation of criminal law of the rule of law; 2. Criminal law and social control; 3. “Punitive populism” and its consequences; 4. The constitutional values of the principle of legality as a limit of “punitive populism”; 5. Criminal policy, fine, but which one?

Resumen: El control social, del cual forma parte el Derecho penal, es necesario para la convivencia en sociedad. No obstante, en la actualidad se extiende el “populismo penal”. Frente a estos peligros se alzan los valores constitucionales de los principios fundamentales, entre ellos el de legalidad, aunque el legislador conserva una gran autonomía para elaborar su propia política criminal.

Palabras clave: principio de legalidad, control social, populismo penal, política criminal

Abstract: Social control, including criminal law, is necessary in order to preserve coexistence in society. However, “punitive populism” is currently spreading. Fundamental principles of criminal law, among them that of legality, face this trend, although legislators retain a great amount of autonomy to develop its own criminal policy.

Keywords: principle of legality, social control, punitive populism, criminal policy

Observaciones: Texto de la Relación introductoria pronunciada el 10 de junio del 2022 en el Acto en el que se concedió el X Premio Internazionale Silvia Sandano al Profesor Francesco Palazzo, Catedrático emérito de Derecho penal en la Universidad de Florencia, en el marco del Convegno di Studi e X Premio Internazionale Silvia Sandano, La scienza della legislazione penale, Recenti riforme e istanze di razionalizzazione. Roma, Aula Giulio Cesare, Piazza del Campidoglio.

Rec.: 01/06/2022 **Fav.:** 07/06/2022

INTRODUCCIÓN

Ilustres autoridades, Señor Presidente de esta sesión, queridos colegas y amigos, querido Francesco, constituye para mí un gran placer y un gran honor estar de

nuevo en Roma para dar esta relación introductoria a la concesión del X Premio Silvia Sandano al querido amigo y colega Francesco Palazzo.

Conocí a Francesco Palazzo en marzo de 1987, en el Congreso de los Penalistas brasileños que se celebró

en Capao de Canoa, Estado de Rio Grande do Sul, de Brasil. En aquel Congreso, primero que se celebraba después de la caída de la Dictadura militar que durante varios años había detentado el poder en aquel gran país, buscaban los penalistas brasileños nuevos rumbos a su Derecho penal en consonancia con la nueva Constitución y el régimen democrático que se había implantado después de la caída del régimen militar autocrático.

Para ello habían invitado a algunos colegas de países con fuertes vinculaciones con Brasil, como Figueiredo Dias, de Portugal, Raul Zaffaroni, de Argentina, a mí como representante de España, y a los profesores Mantovani y Palazzo, de Italia. Para entonces yo ya había leído la obra fundamental de Francesco Palazzo, publicada en 1979, “Il principio di determinatezza”, excelente exposición de lo que debe ser el Derecho penal en un Estado de Derecho; y su monografía “Valores costitucionais e Direito penal” (1989), traducida al portugués por Gerson Pereira dos Santos, que sin duda ejerció y ejerce todavía gran influencia entre los penalistas brasileños.

A partir de entonces seguí en estrecha relación personal y académica con Francesco Palazzo, cuya obra seguí estudiando con verdadero interés, tanto por su defensa del principio de legalidad como valor constitucional, como por sus trabajos sobre la Historia del Derecho penal italiano y sobre el gran penalista Giuliano Vasalli, a través de los cuales expone con gran claridad y rigor histórico las luces y sombras que experimentó el Derecho penal en Italia durante todo el siglo XX. Y también sus otros muchos trabajos que abarcan una amplia panorámica que van desde sus “Lezioni di Diritto penale comparato”, y sobre concretos de delitos de la Parte especial, especialmente su monografía sobre “Consumo e Traffico degli Stupefacenti” (2ª ed., 1994), a su excelente “Corso di Diritto penale, Parte generale”, que, precedida por su “Introduzione ai Principi di Diritto penale” (1999), va ya por la 7ª edición (2018).

No me corresponde destacar en este momento los muchos méritos que concurren en Francesco Palazzo y que justifican se le conceda hoy el Premio Sandano, pues de esta tarea se encargará luego en su *Laudatio* el colega Carlo Enrico Paliero, pero sí quiero destacar la estrecha relación que he mantenido con Francesco Palazzo desde que nos conocimos en aquel ya lejano Congreso de los Penalistas brasileños. Desde entonces he participado en numerosos Convegnos, organizados por él en la Universidad de Firenze, y también he tenido el honor de tenerlo como conferenciante invitado en distintos eventos organizados por mí en las dos Universidades públicas de Sevilla, la Hispalense y la Pablo de Olavide. Igualmente he coincidido con él en otros Congresos nacionales e internacionales celebrados en estos últimos treinta años.

Especialmente importante y emocionante fue para mí que Francesco Palazzo me invitara en 1999 a hacer la *Laudatio* del que fue mi amigo y también maestro, el profesor de la Universidad de Frankfurt del Main, Winfried Hassemer, cuando se le concedió el Premio del Jurista europeo del año en Firenze, como reconocimiento a su labor no sólo como teórico del Derecho y del Derecho penal, sino también como Vicepresidente del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en cuyo puesto se distinguió, igual que Francesco Palazzo, por la defensa de los valores constitucionales en el Derecho penal.

Pero en esta relación introductoria no puedo ignorar que además del acto solemne de la concesión del Premio Sandano al Profesor Palazzo, en la sesión de esta tarde se va a abordar un tema especialmente relevante en estos momentos para el Derecho penal, no sólo italiano, y que hace tiempo viene siendo objeto de discusión apasionada entre los penalistas de todo el mundo, como es el de las Reformas penales, presentes y futuras. Por eso, me parece oportuno y necesario exponer, en consonancia con el pensamiento y la obra de Francesco Palazzo, algunas reflexiones sobre el principio de legalidad, al que el Profesor Palazzo ha dedicado una parte importante de su producción científica, como principio fundamental constitucional del Estado de Derecho que también deberá regir, en mi opinión, en el futuro Derecho penal que pueda surgir del movimiento reformista que inspira este Convegno.

1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO PENAL DEL ESTADO DE DERECHO

Desde que se asumió y se convirtió en piedra angular del moderno Estado de Derecho, la tesis de Montesquieu de dividir el poder del Estado entre el poder legislativo, el poder judicial y el poder ejecutivo, reservando para el primero de estos poderes la facultad exclusiva de definir qué comportamientos de los seres humanos deben considerarse como delitos y cuáles son las penas que deben imponerse a los que los cometan, el principio de legalidad de los delitos y las penas, formulado en latín por el penalista alemán Feuerbach, con la archiconocida y un millón de veces citada frase “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, se convirtió en el principio en el que el Derecho penal del Estado de Derecho tiene su origen y fundamento.

Sin embargo, esta afirmación, asumida como indiscutible en los Ordenamientos jurídicos de los países de nuestra área de cultura, e incluso a nivel universal, hasta el punto de figurar como principio básico en las Constituciones de los modernos Estados y como un derecho fundamental en las Declaraciones y Convenciones internacionales de los Derechos Humanos, es lo

suficientemente abstracta como para admitir diversas interpretaciones respecto a su contenido y ámbito de aplicación.

“*La scienza della legislazione*”, que proponía Gaetano Filangieri de un modo general en su fundamental obra a finales del siglo XVIII, y que figura hoy como título general de este Convegno, es también un arte y sobre todo una técnica que no siempre consigue incluir en sus fórmulas y prescripciones todos los supuestos de hecho que pueden darse, sincrónica y diacrónicamente, a lo largo del tiempo. Una legislación penal emanada formalmente del órgano estatal que tiene poder para crearla, no puede por sí sola resolver todos los conflictos que se puedan producir a lo largo de su existencia, si no tiene en cuenta las fuerzas y movimientos sociales que la condicionan, y también la intervención de otros órganos estatales, principalmente el poder judicial y todo su aparato organizativo que constituyen la Administración de Justicia, que no es, como pretendía Montesquieu, meramente “*le bouche qui prononce les paroles de les lois*”, sino un factor fundamental a la hora de decidir la aplicación de las normas penales en la realidad.

La legislación penal de un Estado de Derecho se encuentra entre dos fuerzas no siempre coincidentes con sus pretensiones. Si se me permite referir, como ejemplo, los peligros que arrostraban los marineros que acompañaban a Odiseo en su peregrinar marítimo, por un lado, está el “Escila”, representado por el afán popular que exige el mayor rigor en la represión punitiva de los hechos que estima merecedores de pena; y, por otro lado, el “Caribdis” de un poder judicial que a la hora de aplicar la ley a los hechos que debe juzgar, tiene que hacerlo, ciertamente vinculado a la ley, pero independientemente de presiones externas, conforme a principios que constituyen valores constitucionales hoy en día universalmente asumidos como los principios básicos del Derecho penal en un Estado de Derecho, de cuya vigencia se encargan el Tribunal Constitucional o instancia equivalente en el ámbito nacional y los Tribunales supranacionales en el ámbito internacional.

Ante ambos extremos la imagen ideal del Derecho penal del Estado de Derecho, representada según el sigilismo aristotélico por una premisa mayor que es la norma penal, una premisa menor que son los hechos que deben ser subsumidos en la norma penal y una conclusión que consiste en aplicar la sanción prevista en la norma penal al autor de esos hechos, queda desdibujada o se resquebraja cuando se refleja en el espejo

del verdadero funcionamiento del Derecho penal en la realidad de la vida cotidiana.

Y, sin embargo, y a pesar de estas interferencias externas, el principio de legalidad sigue siendo un principio fundamental en el actual Derecho penal y es de esperar que siga siéndolo todavía por muchos años. Y ello por muchas razones que seguidamente trataré de explicar con la mayor brevedad posible, empezando por lo más elemental.

2. DERECHO PENAL Y CONTROL SOCIAL¹

La regulación externa del comportamiento de las personas, obligadas por sus propios condicionamientos y limitaciones a convivir con otras personas, es una constante que se pierde en la noche de los tiempos; una realidad inevitable y necesaria que posibilita la convivencia en una sociedad de seres imperfectos como es la sociedad humana.

La regulación de la convivencia a través de Derecho penal es además una regulación coactiva, contrafáctica; es decir, una regulación cuya vigencia no depende de la voluntad o capricho de los sujetos individuales a los que se dirige, sino del poder que tienen los que la crean para imponerla a través de la sanción en caso de incumplimiento.

Las normas fundamentales que regulan la convivencia de los seres humanos no son, pues, meras recomendaciones, mandatos o prohibiciones, de las que los destinatarios de las mismas pueden disponer libremente, aceptándolas o rechazándolas, según su conveniencia, sin ninguna consecuencia. Para que una norma sea verdaderamente eficaz, no es suficiente que diga “no matarás”, “no robarás”, “*pacta sunt servanda*”, etc., si al mismo tiempo no dice lo que le puede pasar al que desobedece o incumple estos mandatos o prohibiciones.

Ciertamente, sería mejor que la gente se abstuviera de matar, secuestrar, robar o violar, por respeto y amor al prójimo. Pero en una sociedad de seres imperfectos, como es la sociedad humana, no se puede esperar sólo de la buena voluntad, del amor al prójimo y del sentimiento de solidaridad, que la gente se abstenga de infringir las normas que regulan y posibilitan la convivencia humana.

El mandato evangélico de “*poner la otra mejilla*” es asumible en el plano religioso y quizás en el moral, pero no en el jurídico. El Derecho penal no sólo establece normas de conducta, como simples recomendaciones de buen comportamiento, sino normas de obligado

1 Sobre esto remito a MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, Jerez de la Frontera, 1985 (hay reimpresión con el mismo título, Bogotá, 2000; y traducción al portugués de Cintia Toledo Miranda Chaves, Rio de Janeiro 2005). Ver también mi MUÑOZ CONDE, “El Derecho penal en tiempos de cólera”, recogido en el volumen colectivo con el mismo título, editado por Manuel Vidaurri Aréchiga y Sergio J. Cuarezma Terán, Ciudad de México, 2020.

cumplimiento, cuya infracción debe ser sancionada para restablecer la vigencia de la norma. Sería inimaginable una norma jurídica penal que simplemente dijera “no matarás”, y que luego no estableciera una sanción para el caso de que alguien mate a un semejante.

El Derecho penal es, ante todo y sobre todo, como su propio nombre indica, un Derecho punitivo, sancionatorio y represivo, que restablece y asegura a través de la pena la vigencia de las normas básicas que regulan la convivencia de los seres humanos. Antes de las normas del Derecho penal hay también otras normas sociales y jurídicas, pero ninguna de éstas tiene la contundencia de las normas penales, y tampoco tendrían eficacia si no fueran aseguradas, en última instancia, por las normas penales. Imagínense cómo sería el cumplimiento de las obligaciones o el pago de los impuestos, si no fueran afianzadas en casos de grave incumplimiento con la aplicación efectiva, y no meramente hipotética, de las sanciones previstas en las normas penales que castigan los fraudes o el delito fiscal.

Afortunadamente, todavía vivimos en sociedades en las que la mayoría de sus miembros respetan las normas sociales y jurídicas fundamentales, porque así lo han aprendido e internalizado a través de un proceso de socialización a través de los distintos factores de control social. En ese proceso, el Derecho penal es, sin duda, también un factor de control social, pero no el único y ni siquiera el más importante, y sólo tiene eficacia motivadora del comportamiento humano en la medida en que va acompañado de otros factores de carácter cultural, ideológico, moral o religioso, que como un *continuum* van configurando el Super Yo y el proceso de socialización de los seres humanos.

Algunas veces la coincidencia entre los factores motivadores de carácter social y los penales puede ser muy grande, y entonces el Derecho penal tendrá gran eficacia motivadora, culminado el proceso de aprendizaje y socialización que llamamos “control social”.

En cambio, cuando no hay esa coincidencia entre los diversos factores de control social, o entre éstos y los de carácter penal, entonces la eficacia del Derecho penal merma considerablemente o se convierte en prácticamente nula. Éste es el verdadero problema que surge en las sociedades poco homogéneas, en las que abundan las subculturas contradictorias entre sí e incluso opuestas a las prohibiciones penales; pero, sobre todo, en las sociedades con grandes desigualdades económicas y sociales, en las que unos pocos tienen mucho y muchos no tienen nada o casi nada. Y la pregunta que surge en ese caso, tan frecuente en nuestras modernas sociedades, es ¿cómo puede ser eficaz el Derecho penal y cumplir una correcta función motivadora del comportamiento de los ciudadanos, en una sociedad de este tipo?

3. EL “POPULISMO PUNITIVO” Y SUS CONSECUENCIAS

Una respuesta a esta pregunta la da la *democracia parlamentaria*, en la que los partidos políticos presentes en el arco parlamentario representan teóricamente la opinión de los ciudadanos, que eligen a sus representantes en las elecciones generales que se celebran en periodos temporales determinados legalmente.

Es evidente que los partidos políticos no son instituciones absolutamente representativas de la voluntad popular. La necesidad de formar una mayoría parlamentaria, que en la Constitución española (art.81 CE) debe ser una mayoría absoluta del Congreso cuando se trata de reformas relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, como son las leyes penales, puede dar como resultado una deformación de la verdadera voluntad popular, que no siempre queda reflejada en las leyes aprobadas en el Parlamento por una mayoría compuesta por acuerdos entre diversos partidos que actúan según su propia conveniencia política, no siempre coherente con lo que ponen en sus programas electorales. También la abstención de una parte numéricamente importante de la población en las elecciones generales merma, sin duda, el nivel representativo de la democracia parlamentaria.

Pero a pesar de estos déficits, el sistema parlamentario compuesto por los representantes de los partidos políticos elegidos democráticamente en unas elecciones generales sigue siendo, como dijo hace ya muchos años el “premier” inglés, Winston Churchill, “el peor sistema de gobierno a excepción de todos los demás”.

En todo caso, para hacerla lo más representativa posible y evitar o al menos reducir la quiebra entre el poder legislativo y la voluntad popular, la mayoría de los partidos políticos y de los Gobiernos que surgen tras unas elecciones se esfuerzan en acercarlo lo más posible sus programas y decisiones a la voluntad popular mayoritaria, o a lo que demoscópicamente se considera como tal. Esto evidentemente tiene un aspecto positivo; pero también un lado negativo, cuando el interés en tener en cuenta la voluntad popular puede ser una forma de ganar adeptos y, por tanto, votos en las contiendas electorales ofreciendo soluciones demagógicas que en absoluto son verdaderas soluciones, sino vagas promesas difícilmente realizables, o sólo realizables a cambio de abandonar los principios básicos que fundamentan el Ordenamiento jurídico constitucional y los valores que lo inspiran.

Esta tendencia cada vez más frecuente en los programas de los partidos políticos es lo que se ha dado en llamar “populismo”, una característica presente en muchas de las reformas que se llevan a cabo o pretenden llevarse a cabo en un futuro inmediato.

Haciendo una paráfrasis del célebre Manifiesto comunista también se puede decir aquí que “un fantasma recorre el mundo”, pero en este caso “el fantasma” no es el comunismo, sino el “populismo”, sobre todo el llamado “populismo punitivo”; una tendencia o movimiento que se extiende de un modo evidente por el Derecho penal de todo el mundo, que es la rama del Derecho más autoritaria e intolerante, y que por eso mismo es la más expuesta, como dice Donini, “a tensiones de irracionalidad de las víctimas, de los autores, del legislador y de la Judicatura”².

Un antecedente histórico de este movimiento se encuentra en la reforma del Código penal alemán de 28 de junio de 1935, que, en pleno apogeo del régimen nacionalsocialista en este país, introdujo el “sano sentimiento del pueblo” (“*das gesunde Volksempfinden*”) como fuente complementaria de creación del Derecho penal y criterio último de la punibilidad de una conducta. Con ello se abrió la puerta (por primera vez oficialmente, aunque con algunos antecedentes en etapas anteriores) a un “populismo punitivo” como programa políticocriminal, pero también como mandato vinculante para los Jueces³.

La premisa de la que partía este “populismo punitivo” es bastante simple: Si las normas penales se dirigen al pueblo y pretenden regular su conducta, ¿no habría que dar al pueblo las normas que éste demanda, cuando éstas no han sido recogidas en las normas legales? ¿No habría que ordenar al Juez o darle poder para que a través de un razonamiento análogo con la norma penal legal fundamental considere como delito y castigue como tal cualquier conducta que tenga algún parecido o semejanza con la que está definida como delito en la ley penal?

El rechazo que suscita hoy en día la invocación al “sano sentimiento del pueblo” y la admisión de la analogía “*in malam partem*” como fuente del Derecho penal, no sólo se debe a las amargas experiencias que provocó el régimen nacionalsocialista, sino también a la cuestionable premisa teórica de la que parte. Lo primero que tendría que demostrarse es que efectivamente el pueblo, o como el nacionalsocialismo lo llamaba: la “*Volksgemeinschaft*”, sólo tiene una voluntad y un pen-

samiento único, que se expresaría como un bloque monolítico, sin ninguna disidencia. Algo que sólo se puede mantener con una visión totalitaria de la sociedad, en la que no se admita ninguna otra opinión o sentimiento de Justicia que no sea el que viene impuesto desde la cúpula de los que detentan el poder y, en última instancia, de la “*Führerwillen*”, es decir, Adolf Hitler.

Actualmente, esa visión totalitaria del sano sentimiento del pueblo, como un sentimiento único que no admite la disidencia ni ningún otro que se le oponga, ni siquiera existe en las sociedades más igualitarias y homogéneas, y, en todo caso, sería incompatible con uno de los valores más característico de una verdadera democracia: el *pluralismo*, en sus distintas manifestaciones, política, moral, ideológica o religiosa. Precisamente la principal tarea del Estado en una sociedad democrática es conseguir la coexistencia pacífica entre las diversas concepciones ideológicas existentes en un momento histórico determinado, respetando las minoritarias y buscando un fondo común básico en el que puedan coexistir pacíficamente todas las ideologías presentes en una sociedad.

Pero esta funcionalización del Derecho penal en clave populista no fue sólo una creación del Derecho penal nacionalsocialista, sino que también aparece hoy como una característica en los recientes movimientos políticos y sociales que, tanto desde la derecha como desde la izquierda, atacan el sistema tradicional del Derecho penal garantista racionalmente articulado conforme a los principios constitucionales del Estado de Derecho, porque a su juicio no ofrece una solución suficiente a los conflictos que son competencia del Derecho penal.

Este populismo punitivo traduce también un sentimiento irracional que Sigmund Freud llamaba “*Strafbedürfniss der Bevölkerung*”; es decir, “una necesidad de pena en la población”, que sólo se puede satisfacer con un mayor rigor en el castigo de los comportamientos que el pueblo considera como los ataques más graves a sus intereses.

Utilizar el Derecho penal como un instrumento de guerra contra los delincuentes, exagerando el rigor punitivo con ellos, despreciando o prescindiendo de los principios garantistas del Derecho penal del Estado de

2 DONINI, Massimo, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius (Piccole conferenze)*, 2019, p. 9.

3 En este punto, es interesante mencionar la polémica suscitada entre los penalistas italianos, cuando se propuso introducir en el Codice penale que se había aprobado poco antes, en 1930, una fórmula similar que permitiera la analogía y el sano sentimiento del pueblo como fuente directa de creación del Derecho penal. El rechazo mayoritario que tuvo esta propuesta en Italia, a pesar de las vinculaciones políticas que había en aquella época entre el régimen nacionalsocialista y el fascista, pudo deberse también a que tras la aprobación del nuevo Codice penale, basado en la ideología fascista y en el tecnicismo jurídico de su principal inspirador Arturo Rocco, no se consideraba necesario introducir el “sano sentimiento del pueblo” y la analogía como fuente adicional del Derecho penal, que se consideraba ya había sido incorporada al nuevo Código (en este sentido también VORMBAUM, Thomas, *Storia moderna del Diritto penale tedesco, Una introduzione*, seconda edizione, traduzione di Giorgia Oss e Sara Porro, 2013, p. 272. Sobre este punto remito a la monografía de Giandomenico DODARO, *Giulliano Vasalli, tra fascismo e democrazia, Biografia di un penalista partigiano (1915-1948)*, y a los artículos sobre Vasalli, de Francesco PALAZZO, entre otros, la voz: “Giuliano Vassalli” en la *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero*, Ottava Appendice, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2012, pp. 663 y ss.

Derecho, constituye, como indica Fiandaca, una tentación históricamente recurrente, especialmente entre los movimientos políticos que aspiran conseguir el poder para realizar (al menos a nivel propagandístico) cambios políticos radicales y morales colectivos⁴.

Desde luego, la democratización del Derecho penal, en el sentido de que éste dependa del sano sentimiento del pueblo o de una mayoría de la población, no es una garantía de un Derecho penal más justo, o al menos más “correcto”. La experiencia histórica demuestra que un Derecho penal basado sólo en la voluntad mayoritaria de la población, propia de una democracia asamblearia, sin ninguna restricción o límite, puede conducir a un Derecho penal mucho peor que el Derecho penal del Estado de Derecho, o, como decía Groucho Marx en una de sus más célebres frases sarcásticas: “salir de la pobreza para entrar en la más negra miseria”; o que en lugar de un Derecho penal mejor tengamos algo peor que el Derecho penal.

Este riesgo es especialmente grave cuando el sentimiento mayoritario de la población se refiere a los delitos que constituyen el “núcleo duro” del Derecho penal, como son los delitos contra la vida, la integridad física, la libertad o la propiedad privada; pero también cuando más modernamente se refiere a otros delitos de gran magnitud y repercusión social como el crimen organizado, el tráfico de estupefacientes a gran escala, la corrupción política o los grandes fraudes financieros. El rigor punitivo con el que una buena parte de la población quiere que se castiguen estos delitos, puede conducir a que se apliquen penas “draconianas” más allá de la idea de proporcionalidad, a que se anticipe la intervención del Derecho penal a conductas meramente preparatorias que ni siquiera ponen en peligro bienes jurídicos concretos de las personas o de la sociedad, y a que se recorten o se eliminen algunas de las garantías fundamentales del imputado en un proceso penal; es decir, a que se imponga cada vez con mayor fuerza el modelo de un Derecho penal como el que el profesor

alemán Günther Jakobs llama “Derecho penal del enemigo”, un modelo que el mencionado autor considera como inevitable e insoslayable también en las sociedades modernas democráticas, conviviendo paralelamente con el Derecho penal del Estado de Derecho, que seguiría vigente para los delitos que despiertan menos alarma entre los ciudadanos o que no cuestionen gravemente las bases o fundamentos del sistema social y jurídico vigente⁵.

A resultados similares conduce también la idea de la “tolerancia cero”, que un sector de la Criminología norteamericana propone como solución para la criminalidad de menor gravedad, que incide directamente en el sentimiento de inseguridad de una buena parte de la población y que se pretende erradicar con penas desproporcionadas a la gravedad del delito, con fórmulas como la californiana “*three strikes and you are out*” para la delincuencia habitual o reincidente⁶.

La diferencia entre estos modelos de Derecho penal y el que proponía el régimen nacionalsocialista es puramente formal. En el “Derecho penal del enemigo” o en el movimiento de “tolerancia cero”, el “sano sentimiento del pueblo”, cualquiera que sea el alcance que pueda darse a esta expresión, no es ciertamente por sí sola una fuente creadora del Derecho penal, pero funciona como un dato social que se incorpora a la legalidad formalmente vigente a través de reformas penales parciales y coyunturales, que conviven con las normas penales propias del Estado de Derecho, que en un extraño maridaje “contra natura” más pronto que tarde terminan también contaminadas por los modelos populistas.

Este proceso evolutivo, en el que lo excepcional se convierte en normalidad, ha sido claramente advertido en la doctrina penalista italiana por Vincenzo Mongillo, quien, en un extenso trabajo sobre mi crítica al Derecho penal del enemigo, expone la antinomia entre esta normalización de la excepción y el Estado de Derecho⁷.

Es evidente que, en circunstancias excepcionales, como las que recientemente hemos vivido y todavía se

4 FIANDACA, Giovanni, “Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia”, en Stile, *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, 2011, pp. 135 ss.

5 Para una exposición resumida del pensamiento de Jakobs en lengua italiana, véase su artículo, “Diritto penale del nemico, una analisi sulla condizioni della giuridicità”, en *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cargo de Alessandro Gamberini y Renzo Orlandi, Bologna, 2007, pp. 109 ss.

6 Sobre estos dos modelos de Derecho penal, remito a mis publicaciones sobre los mismos, “La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo”, en *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, Estudios de Derecho Judicial nº 128, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007 (también publicado como monografía, *De la tolerancia cero al Derecho penal del enemigo*, Instituto Centroamericano de Estudios penales, Universidad Politécnica de Nicaragua, Managua, 2005) y, específicamente sobre el Derecho penal del enemigo, MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, 3ª ed., Buenos Aires, 2004 (hay traducción al portugués de Karyna Sposato, Curitiba 2012; y al alemán de Moritz Vormbaum, 2007).

7 Véase MONGILLO, Vincenzo, “La doctrina del ‘diritto penale del nemico’ e la critica di Francisco Muñoz Conde: l’antinomia tra normalizzazione dell’eccezione e Stato didiritto”, en *Politica criminale e riprogettazione del Codice penale*, a cura di Alfonso Maria Stile e Vincenzo Mongillo, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoles, 2021, pp. 115 ss., (especialmente, página 129, nota 30, en la que recoge una exhaustiva información bibliográfica de mis publicaciones, artículos y monografías sobre el “Derecho penal del enemigo”).

viven en algunos países por la pandemia causada por el Covid 19, los Gobiernos han tenido que adoptar medidas restrictivas de derechos fundamentales, como el confinamiento o “lock down” durante un cierto tiempo en los domicilios privados sin posibilidad de poder salir a la calle. Y es evidente también que estos “estados de alarma o de excepción”, aunque se adopten cumpliendo los requisitos formales exigidos por la Constitución, han sido objeto de críticas y de recursos, que en el caso de España han motivado sentencias del Tribunal Constitucional declarando la inconstitucionalidad de las mismas. Algo similar puede suceder cuando en casos de guerra, como la actual en Ucrania, o de grave amenaza a la seguridad nacional se adopten medidas restrictivas de derechos fundamentales, que directamente afecten a las garantías y principios del Derecho penal especialmente del Derecho procesal penal. Estas restricciones están previstas en la Constitución y sólo se pueden adoptar cumpliendo los requisitos formales previstos en la misma y por un plazo determinado.

Pero la tesis del Derecho penal del enemigo, como bien advierte Mongillo, pretende elevar a la categoría de normalidad y sin restricciones temporales o formales de ningún tipo lo que sólo es posible en casos excepcionales, y cumpliendo con los requisitos establecidos constitucionalmente, de cuya vigencia y cumplimiento se encarga, en última instancia, el Tribunal Constitucional o institución similar en los países de nuestra área de cultura. Es verdad que, en los últimos tiempos, la amenaza constante del terrorismo nacional e internacional y otros hechos delictivos muy graves (narcotráfico a gran escala, tráfico de personas, pornografía infantil en Internet...) han motivado la creación de medidas excepcionales de carácter penal que, en cierto modo, coinciden con el modelo del Derecho penal del enemigo, convirtiendo en delito la tenencia de instrumentos facilitadores de la comisión de esos delitos o la apología, incrementando el rigor de las penas o eliminando los beneficios penitenciarios de los condenados por estos delitos, o admitiendo limitaciones a los derechos del acusado en un proceso penal, admitiendo como pruebas inculpativas las obtenidas con vulneración del derecho a la intimidad o con declaraciones de testigos protegidos, como por ejemplo la *chiamata di correo*. Pero precisamente por su excepcionalidad y por su vocación de permanencia han sido objeto de severas críticas en la mayor parte de la doctrina y han motivado decisiones de Tribunales nacionales e internacionales anulando sentencias basadas en extralimitaciones ma-

teriales y formales que infringen claramente principios y valores constitucionales. Como dijo el campesino al Rey de Prusia, cuando éste le privó de un bien al que tenía derecho, “todavía hay jueces en Berlín” (o en Madrid, o en Roma). O al menos eso espero.

4. LOS VALORES CONSTITUCIONALES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO LÍMITE DEL “POPULISMO PUNITIVO”

En el Estado de Derecho, el principio de legalidad no es, por tanto, sólo un *instrumento* a través del cual se expresa democráticamente la voluntad popular, sino también un *límite* del poder punitivo del Estado que no puede utilizarse de un modo arbitrario o coyuntural sin atenerse a las reglas que el propio Estado establece para llevar a cabo su tarea de regular la convivencia de sus ciudadanos del modo más justo y eficaz posible. La función del Derecho penal como límite de la Política criminal, fue ya señalada por Franz von Liszt, aunque no de un modo totalmente coherente⁸, cuando decía que “el Derecho penal era la infranqueable barrera de la Política criminal”. Desgraciadamente, la evolución del Derecho penal desde entonces hasta nuestros días ha demostrado más bien lo contrario, que el Derecho penal ha sido y sigue siendo más un instrumento que un límite de las decisiones político criminales.

Evidentemente, ningún Estado del mundo puede subsistir sin una determinada política para resolver el problema de la criminalidad. Pero esa política sólo 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, soluciones puramente puntuales, casuísticas e incluso contradictorias según la conveniencia de cada momento. En última instancia, cualquier decisión política, sea en el ámbito de la criminalidad, sea 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. El problema que hay que resolver consiste en determinar cuáles son los principios y valores que deben inspirar y servir de fundamento a las decisiones políticocriminales que se adopten. Prácticamente todas las opciones y tendencias políticocriminales pueden ser acogidas a la hora de elaborar las leyes penales, siempre que no supongan una

8 Es evidente que el Derecho penal no constituía para von Liszt ninguna barrera infranqueable de la Política criminal, cuando en su famoso Programa de Marburgo proponía la “inocuidación” de los delincuentes habituales o reincidentes en severas condiciones y por tiempo indeterminado en campos de trabajo. Sobre esta contradicción en el pensamiento de von Liszt, véase VORMBAUM, Thomas, *Introduzione*, cit., pp. 167 ss.; también MUÑOZ CONDE, Francisco, “La herencia de Franz Von Liszt”, *Revista Penal* nº 27, 2011; versión alemana, “Das Erbe Franz von Liszts”, en *Festschrift für Winfried Hassemer*, Berlin, 2010.

violación clara de los principios y valores que están en su fundamento.

5. POLÍTICA CRIMINAL, BIEN, PERO ¿CUÁL?

Recientemente, en España, Silva Sánchez propone una *Dogmática de la Política criminal* que, a partir de la interpretación y sistematización del Derecho penal vigente, elabore las opciones interpretativas posibles siempre que se mantengan en los límites permitidos por la Constitución⁹.

Esta propuesta genera, a mi juicio, una confusión terminológica entre dos formas distintas de entender el Derecho penal. La Dogmática jurídicopenal tiene un punto de referencia vinculante, el Derecho penal positivo; mientras que la Política criminal tiene otros puntos de referencia que no siempre coinciden con el Derecho penal positivo, o que se presentan como alternativas al mismo.

Más asumible me parece la propuesta que ya en 1970 hizo Claus Roxin de incluir en la elaboración dogmática del Derecho penal las finalidades políticocriminales que tiene el legislador cuando crea las normas penales, pero manteniendo ambos planos diferenciados, aunque interconectados entre sí¹⁰. Ciertamente, la concepción de la Dogmática jurídicopenal que propone Roxin es más flexible y abierta que la Dogmática ciega y aún opuesta a la Política criminal, sólo preocupada por sus fundamentos ontológicos y por las consecuencias que éstos pudieran tener en la posición sistemática del dolo en la Teoría jurídica del delito, como propuso Mezger en 1950, para ocultar su estrecha colaboración con la Política criminal del Nacionalsocialismo¹¹.

No obstante, de un modo u otro la relación entre Derecho penal y Política criminal siempre será, como he destacado en otro lugar¹², conflictiva y en algunos casos generará soluciones contradictorias, algo bastante frecuente, y no sólo en el ámbito del Derecho penal, cuando la Política ofrece propuestas de solución a los conflictos sociales que no coinciden con las que ofrece el Derecho vigente.

Pero lo importante ahora es destacar, como ya lo hizo Palazzo desde sus primeros trabajos sobre el tema, que en el moderno Estado de Derecho los fines político-criminales que se pretenden conseguir con el Derecho penal tienen que estar en consonancia con los principios y valores que se recogen en las Constituciones nacionales y en las Declaraciones internacionales de los derechos humanos¹³.

El problema es que no siempre está clara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de determinadas leyes penales. La comprobación de este extremo es una tarea que en los Estados de nuestro ámbito jurídico se encargan de llevar a cabo los Tribunales Constitucionales, o las salas constitucionales del Tribunal Supremo, y, en última instancia, en el marco de la Unión Europea, el Tribunal Europeo de Derechos humanos.

Pero también en sede constitucional surgen dudas sobre la constitucionalidad de una determinada norma penal. Así ha sido, por ejemplo, el caso sobre la constitucionalidad de la llamada “prisión permanente revisable”, introducida en el Código penal en el 2015 para una serie de delitos muy graves, como el asesinato o el terrorismo. Los partidos de la oposición presentaron inmediatamente en aquel momento un recurso

9 Véase SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, pp. 57 ss.

10 ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, Barcelona, 1972.

11 Véase MEZGER, Edmund, *Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage* (1933), que llegó a tener varias ediciones durante el período nacionalsocialista. Tras la Segunda Guerra Mundial y tras haber pasado el proceso de desnazificación, regresó a su cátedra de Munich y publicó la breve monografía *Modernas orientaciones de la dogmática jurídicopenal* (traducción de Francisco Muñoz Conde, Valencia, 2000, de la monografía alemana *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, publicada por Mezger en 1950, como complemento a la 3ª edición inalterada de su *Tratado de Derecho penal* de 1933), en la que propugnaba el retorno a la Dogmática penal “oscurecida en los últimos años por su más mundana hermana la Política criminal”. Para más detalles sobre la colaboración de Mezger con el régimen nacionalsocialista remito a mi monografía *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 4ª edición, Valencia, 2003 (traducida al portugués por Paulo Busato, Sao Paulo, 2004; y al alemán por Moritz Vormbaum, Berlin 2007), y más recientemente a mi artículo en “La ciencia del Derecho penal durante el nacionalsocialismo”, editado por Moritz Vormbaum y Cano Paños, Valencia, 2022, pp. 129 ss. Muy interesantes son también las referencias que hace DODARO, obra cit., pp. 61 ss., a la conferencia que dio Mezger en la Universidad Católica de Milán en 1935, en la que defendió la introducción del “sano sentimiento del pueblo” y de la analogía “in malam partem” como fuente del Derecho penal, que fue aprobada en la reforma del Código penal alemán el mismo año.

12 MUÑOZ CONDE, Francisco, “La conflictiva relación entre Derecho penal y Política criminal”, en *Homenaje a la Profesora María Isabel Martínez González*, Valencia, 2020; también: “Die konfliktsreiche Beziehung zwischen Kriminalpolitik und Strafrecht” (traducción de Thomas Vormbaum de la versión italiana de Vincenzo MONGILLO, “La relazione conflittuale tra política criminale e diritto penale”, en *Criminal Justice Network*, 2019), en *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, 2020. Hay también traducción al portugués de Luiza Terra, en *Homenaje al Profesor Augusto Dias*, Lisboa, 2023. También MUÑOZ CONDE, *Prologo a Nieves SANZ MULAS, Evolución de la política criminal y sus protagonistas, del totalitarismo de la raza al totalitarismo del dinero*, Valencia, 2021.

13 En este sentido también PALAZZO, *Valores constitucionais e Direito penal*, traducida al portugués por Gerson Pereira dos Santos, Porto Alegre, 1989; DONINI, Massimo, “Dogmatica penale e política criminale a orientamento costituzionalistico”, en *Dei delitti e delle pene*, 3, 98, pp. 37 ss.

de inconstitucionalidad, argumentando que dicha pena violaba determinados principios constitucionales y, especialmente, el derecho a la reinserción social del condenado. Durante todos estos años, también un sector mayoritario de la doctrina española se ha pronunciado con diversos argumentos en contra de la constitucionalidad de esta pena. Sin embargo, el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado en octubre del 2021, por mayoría, a favor de su constitucionalidad, con el voto en contra de tres de sus Magistrados¹⁴.

No puedo ocuparme ahora con más detalles de este tema, pero creo que el mismo es una clara prueba de que no siempre el control que ejerce el Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de las normas penales es plenamente satisfactorio y coincidente con los valores constitucionales cuya vigencia debe salvaguardar.

Y lo mismo sucede con el tema de la interrupción voluntaria del embarazo, que en muchos Estados de la Unión Europea también ha suscitado decisiones contradictorias de los Tribunales Constitucionales sobre la constitucionalidad de los modelos actualmente existentes, sistema de las indicaciones o sistema del plazo, y que concretamente en España aún está pendiente de la decisión del Tribunal Constitucional sobre constitucionalidad de la regulación actualmente vigente que se aprobó con una reforma en el 2010, hace ya más de doce años. Y en estos días se avisa que pronto la Corte Suprema de los Estados Unidos de América se pronunciará sobre el tema revisando la regulación vigente en ese país desde hace más de cincuenta años.

Pero también un tema resuelto ya hace años en los países de la Unión Europea, como es el de la abolición de la pena de muerte, sigue siendo objeto de debate al más alto nivel judicial en la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, y ni siquiera se plantea en otros muchos países como Japón o China.

Actualmente, se cuestionan también los límites que deben ponerse a la invasión de la intimidad y al secreto de las comunicaciones cuando se utilizan escuchas telefónicas y otros sistemas telemáticos, en la investi-

gación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y atentados a la seguridad nacional.

Incluso la prohibición absoluta de admitir y valorar como prueba las informaciones obtenidas mediante tortura, se viene relativizando en la jurisprudencia de muchos países, admitiéndola como un medio necesario en la lucha contra el terrorismo, para evitar un atentado terrorista, o en la llamada “tortura de salvamento” para salvar la vida de alguien que ha sido secuestrado¹⁵.

En general, los límites que imponen los valores constitucionales al poder legislativo en materia penal dejan un amplio espectro para que el legislador tome la decisión políticocriminal que le parezca más conveniente de acuerdo con la realidad que pretende regular. Pero esto no quiere decir que todas las decisiones que adopte dentro del marco constitucional sean igualmente correctas desde el punto de vista políticocriminal. En este sentido, tan recusable puede ser la criminalización de conductas y comportamientos que pueden controlarse y sancionarse con medidas menos lesivas que la vía penal, como que se dejen sin sanción penal hechos verdaderamente atentatorios de bienes jurídicos importantes. En los últimos años la tendencia a la criminalización se ha dado sobre todo en ámbitos como el medio ambiente o la responsabilidad por el producto, en los que se consideraban suficientes las previsiones y sanciones administrativas o la indemnización por los daños causados. Pero también, aunque en menor medida, se observan tendencias despenalizadoras en ámbitos como los delitos de opinión y la libertad de expresión, siempre que esta última no entre dentro del llamado “delito de odio”, que constituye una de las novedades políticocriminales en las reformas penales más recientes, a pesar de su difícil apreciación como delito autónomo cuando se manifiesta a través de la comisión de otros delitos.

Actualmente, se puede decir que no hay problema político, social, o económico que no suscite inmediatamente en los medios de comunicación y, por tanto, también en la población, la invocación al Derecho penal como el instrumento más idóneo para resolverlo. La expansión del Derecho penal a nuevos ámbitos de la conflictividad social ha obligado a utilizar recursos

14 Sentencia del Tribunal Constitucional 169/2021, de 6 de octubre. Para una exposición crítica de los argumentos usados por el Tribunal Constitucional en esta sentencia, véase, LASCURAIN, Juan Antonio, “La insostenible levedad de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la prisión permanente revisable”, en *Revista General de Derecho Constitucional* 36 (2022), con información de la bibliografía aparecida durante este tiempo, y de los argumentos en que se apoyaban los partidos de la oposición parlamentaria que presentaron el recurso, que por cierto ha asumido sin comentarios la sentencia del Tribunal Constitucional.

15 MUÑOZ CONDE, Francisco, “Estado de necesidad y tortura. Necesitas non habet legem?”, en *Homenaje a Santiago Mir Puig*, Barcelona, 2017; también MUÑOZ CONDE, “Actualidad de los argumentos de Beccaria contra la tortura”, en *Homenaje a Juan Terradillos*, 2020 (hay versión italiana de Luigi Foffani, inédita, presentada como ponencia en un Congreso sobre Beccaria, celebrado en Villa Vigoni, Lago di Como, en septiembre 2017; traducción al alemán de Thomas Vormbaum, “Aktualität der Argumente Beccarias gegen die Folter”, en *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, 2017. También MUÑOZ CONDE, “El Derecho penal ante la tortura”, en *Homenaje a Susana Huerta*, Madrid, 2020; El mismo, “Die heutige Relativierung des Verbots der Folter und ihrer Anwendung im Krieg und im Kampf gegen Terrorismus”, en *The Arab Spring und Syrian Crisis, International and Regional Dimensions*, ed. by H.-C. Günther, East and West, Band 8 Verlag Traugott Bautz GmbH, Nordhausen, 2019.

legislativos de una gran complejidad, tanto para los teóricos encargados de interpretarlos, como para los prácticos, Jueces y Fiscales, encargados de aplicarlos.

Frecuentemente estos recursos se encuentran ubicados en una legislación sectorial o especial al margen del Código penal, en la que abundan los delitos de peligro, generalmente abstracto, sin requerir la prueba de un verdadero peligro o la causación de un daño a bienes jurídicos concretos, y tampoco una referencia subjetiva del autor de la infracción a ese peligro o daño potencial, bastando para su imputación con la constatación del llamado “dolo de peligro”. Y para tipificar las conductas que se consideran deben ser objeto del reproche penal se recurre a las llamadas “normas penales en blanco”, que introducen en el Derecho penal normas procedentes de otras ramas del Ordenamiento jurídico, administrativo y fiscal principalmente, que se rigen por otros principios y tienen otras finalidades distintas a las del Derecho penal¹⁶.

Esta tendencia, que ya fue criticada por Winfried Hassemer¹⁷ como una consecuencia negativa de la “modernidad jurídica”, ha seguido creciendo imparable en los últimos años, convirtiendo en Derecho penal lo que bien podría haberse mantenido en el ámbito del Derecho administrativo sancionatorio o, junto con la regulación preventiva de medidas técnicas y de reparación civil del daño causado, dar lugar a la creación de un “derecho de intervención” (“*Interventionsrecht*”), mucho más eficaz y menos invasivo de los derechos fundamentales.

En definitiva, cuando se habla de reformas penales y de “modernización” del Derecho penal, los penalistas

debemos ponderar, en primer lugar, la necesidad y posibilidad de aplicación de estas reformas en la realidad, recabando también para ello la opinión de los científicos que conocen técnicamente los peligros y la mejor forma de prevenirlos; pero también ocuparnos de que estas reformas sean conforme con los valores y derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución. Una vez salvado el control de su compatibilidad con los valores constitucionales, debemos preocuparnos también de que con ellas no se perviertan principios propios del Derecho penal, como los principios de ofensividad, culpabilidad, e intervención mínima, salvaguardando el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal dentro del Ordenamiento jurídico, que ciertamente no tiene un anclaje directo en la Constitución, pero que constituye un principio básico a tener en cuenta a la hora de planificar una Política criminal razonable, prudente y ponderada.

Y termino felicitando una vez más al Profesor Francesco Palazzo por este merecido Premio, pero también agradeciendo a los organizadores de este evento, a la Associazione Silvia Sandano, a su Presidente Dottore Cavalcanti di Verbicaro, y especialmente al Profesor Vincenzo Mongillo, por haberme elegido para hacer esta Relación introductoria, recordando que hace cuatro años en esta misma Aula, y bajo la presidencia del Profesor Alfonso María Stile, recientemente fallecido, fui yo el galardonado con el mismo Premio, que considero como el momento culminante de mi carrera como profesor de Derecho penal.

16 Un modelo paradigmático de esta expansión del Derecho penal a nuevos sectores y ámbitos sociales es el Código penal español de 1995, sobre ello véase MUÑOZ CONDE, “Il ‘moderno’ Diritto penale nel nuovo Codice penale spagnolo”, en *L’Indice Penale* 1996; el mismo, “Luci e ombri del modello spagnolo”, en *Modelli ed esperienze di riforma del Diritto penale complementare*, Atti del Convegno a cura di Massimo Donini, Milán, 2003; el mismo, “Politica criminale e riforma del Codice penale spagnolo. Cronaca di una Storia incompiuta”, en *Politica criminale e riprogettazione del codice penale*, cit., pp. 94 ss.

17 Véase, por ejemplo, HASSEMER, Winfried, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 1994; también HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, 1995, pp. 15 ss.

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato *.txt) a la dirección: jcferreolive@gmail.com
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*





www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 atencionalcliente@tirantonline.com

 www.tirantonline.com