

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

DEI S. PRAVIDE ET PRO

Revista

Enero 2020

45

Revista Penal

Penal

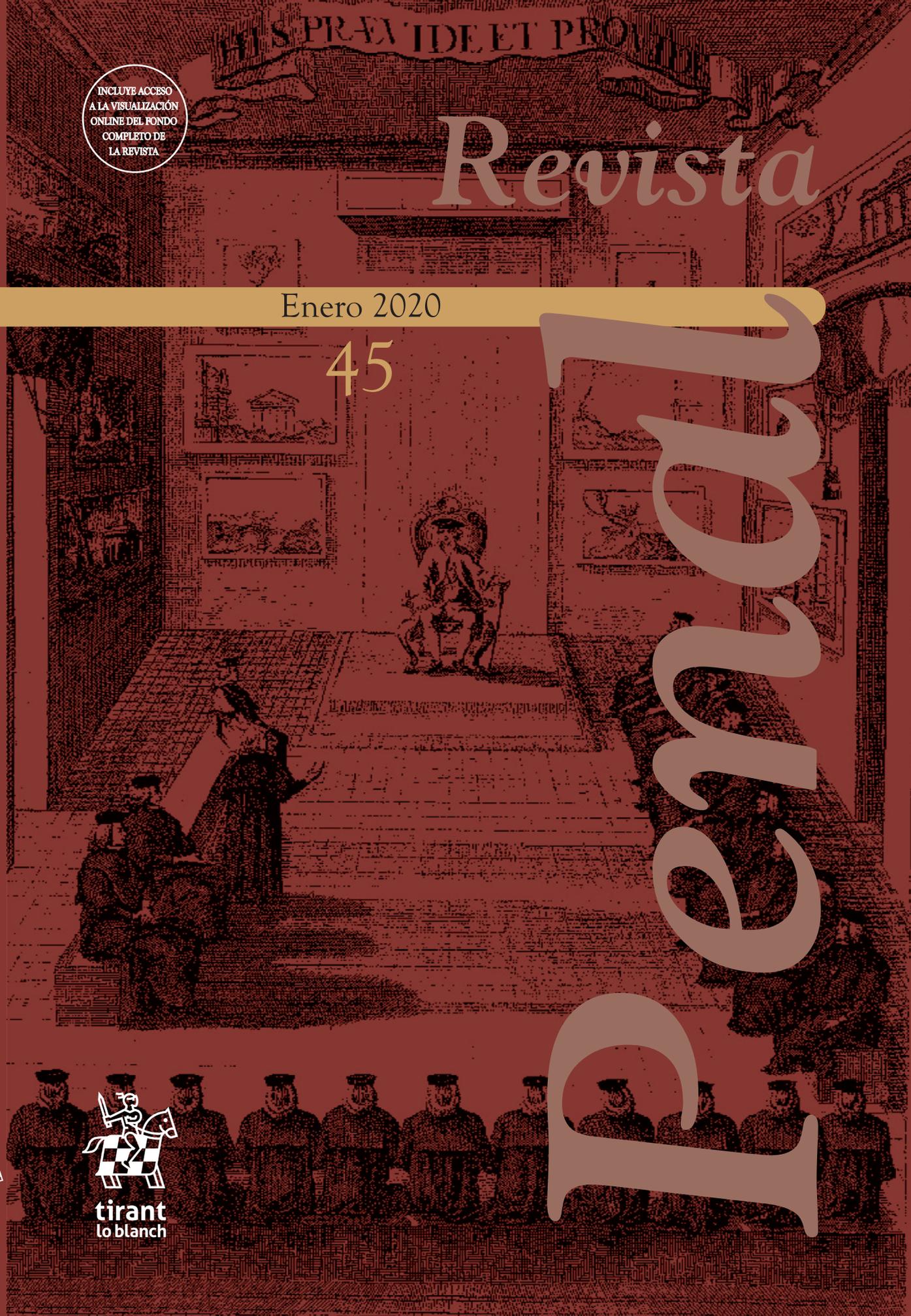
Enero 2020



tirant
lo blanch



tirant
lo blanch



Revista Penal

Número 45

Sumario

Doctrina:

– Culpabilidad jurídico-penal del sujeto ético versus justificación de la actuación en conciencia, por <i>Mercedes Alonso Álamo</i>	5
– Aspectos técnicos de la atenuante de reparación del daño en los delitos económicos o de cuello blanco, por <i>Sergio de la Herrán Ruiz-Mateos</i>	15
– Luces y sombras de la transposición al ordenamiento español de la directiva 2008/99/CE, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, por <i>María Ángeles Fuentes Loureiro</i>	33
– Reflexiones acerca de la relevancia penal del consentimiento: ámbito de aplicación, por <i>Cristina Guisasola Lerma</i>	56
– La reparación del daño causado por el delito en el Derecho brasileño. Evolución después del regreso a la democracia (1985) y situación actual, por <i>Silma Marlice Madlener</i>	75
– Derecho Penal y Filosofía. Una mirada para transitar hacia un aprendizaje crítico, por <i>Laura Pascual Matalán</i>	89
– La relación entre la Constitución y el Derecho penal: una mirada desde la orilla constitucional, por <i>Miguel Revenga Sánchez</i>	99
– La trilogía del Tribunal de Justicia de la UE sobre Euroorden y condiciones de detención contrarias a la dignidad: en busca de la confianza mutua perdida, por <i>Cristina Rodríguez Yagüe</i>	109
– El ‘defecto de organización’ en la estructura de imputación de responsabilidad a la persona jurídica por la comisión de delito, con especial referencia a los sistemas chileno, peruano y argentino, por <i>Anna Salvina Valenzano y Diva Serra Cruz</i>	141
– Trata de seres humanos y trabajos forzados, por <i>M^a Belén Sánchez Domingo</i>	172
– Prensa, redes sociales y formación de la opinión pública: una introducción para la comprensión del populismo penal mediático, por <i>Débora de Souza de Almeida</i>	194
– Integración de mecanismos de prevención del delito de cohecho en la vigente fórmula legal de compliance penal corporativo, por <i>Florin David Tugui</i>	214
Sistemas penales comparados: La prueba ilícitamente obtenida (<i>Illegally obtained evidence</i>)	234
Especial: Lectio doctoralis , por <i>Thomas Vormbaum</i>	274

* 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



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	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. 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 Piedecosas. 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
Vicente Gimeno Sendra. UNED	John Vervaele. Univ. Utrecht
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	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 Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Christina Schreiner (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Ana Cecilia Morún Solano (República Dominicana)
Angela Supervielle (Estados Unidos)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Pamela Cruz y Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© 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
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
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>



Derecho Penal y Filosofía. Una mirada para transitar hacia un aprendizaje crítico

Laura Pascual Matellán

Revista Penal, n.º 45. - Enero 2020

Ficha técnica

Autor: Laura Pascual Matellán

Title: Criminal Law and Philosophy. A look to move towards critical learning

Adscripción institucional: Universidad de Salamanca

Sumario: 1. Introducción. 2. De la importancia de pensar el Derecho penal. 3. El abismo que separa al Derecho Penal de la Filosofía. La enseñanza del Derecho como adhesión a las estructuras de poder y de dominación. 4. Hacia un aprendizaje crítico del Derecho Penal. 5. Bases para un nuevo Derecho penal. 6. Conclusiones. BIBLIOGRAFÍA

Summary: 1. Introduction. 2. The importance of thinking about criminal law. 3. The chasm that separates Criminal Law from Philosophy. The teaching of law as adhesion to the structures of power and domination. 4. Towards a critical learning of Criminal Law. 5. Basis for a new criminal law. 6. Conclusions. BIBLIOGRAPHY.

Resumen: Las facultades de Derecho se han caracterizado por un modelo de enseñanza basado en el aprendizaje memorístico del Derecho positivo, llegándose incluso a equiparar a éste con la difusa noción de “justicia”. De esta forma de entender la instrucción de las disciplinas jurídicas no pudo escapar la asignatura de Derecho Penal, que se ha visto sometida a una ausencia de planteamientos críticos sobre el sentido de su propio objeto de estudio. El distanciamiento entre la Filosofía y el Derecho Penal ha hecho que el interés por la teoría del castigo sea prácticamente inexistente a lo largo de la formación jurídica, presenciándose una ausencia de reflexión sobre las consecuencias jurídicas del delito. El auge del Derecho penal del enemigo y del retribucionismo norteamericano hace más necesario que nunca impulsar una reflexión sobre el castigo capaz de desafiar, desde el iusalternativismo, a las visiones inocuidadoras y retributivas imperantes.

Palabras clave: Positivismo, iusalternativismo, inocuidación, retribución, teoría del castigo.

Abstract: The faculties of law have developed a teaching model based on rote learning of positive law, even equating it with the diffuse notion of “justice”. The teaching of criminal law could not avoid this method of learning, which has been subjected to an absence of critical approaches about the meaning of its own object of study. The separateness between Criminal Law and Philosophy has led to a lack of interest in the theory of punishment throughout legal training and an absence of reflection on the legal consequences of crime. The rise of the criminal law of the enemy and of the American retributive justice makes it more necessary than ever to stimulate a reflection on the punishment capable of challenging, from ius-alternativism, the prevailing incapacitative and retributive visions.

Key words: Positivism, ius-alternativism, incapacitation, retribution, theory of punishment.

Rec: 1/11/19

Fav: 5/12/19

En cuanto a los individuos de inclinaciones perversas que la sociedad actual nos legue, deber nuestro será impedir que se desarrollen sus malos instintos. Y si no lo conseguimos, el correctivo honrado y práctico será siempre el trato fraternal, el sostén moral, que encontrarán de parte de todos, la libertad. Esto no es utopía; esto se hace ya con individuos aislados, y esto se tornará práctica general. Y tales medios serán más poderosos que todos los códigos, que todo el actual sistema de castigos, esa fuente siempre fecunda de nuevos actos antisociales, de nuevos crímenes.

Piotr Kropotkin

1. Introducción

Hace tiempo leí un ensayo de Siri Hustvedt sobre arte y ciencia. Esta autora es, desde mi punto de vista, una de las grandes intelectuales vivas que hoy en día escriben sus obras en los Estados Unidos, a pesar de haber estado siempre en los márgenes por el sexismo inherente a la consideración de que cualquier mérito propio le corresponde a su marido, el novelista Paul Auster. Pues bien, a través de mis lecturas de Siri Hustvedt descubrí una anécdota que hasta el momento desconocía y que tiene que ver con el físico (y también escritor) inglés Charles Percy Snow. Fue en el año 1959 cuando este investigador impartió una conferencia en la Senate House de la Universidad de Cambridge con el título “Las dos culturas” en la que criticaba con cierta tristeza el muro que solía separar a los físicos de los literatos, puesto que gran parte de los científicos (excepciones siempre las podemos encontrar en cualquier caso) carecía de bagaje literario, entendiéndose esto por ausencia de lecturas, no de escritos¹. La mayoría, comentaba Snow, conocía alguna novela de Charles Dickens, hecho no especialmente meritorio, pues su literatura estaba lo suficientemente difundida como para no reparar en ella. En realidad, lo que este científico defendía en su intervención era que desgraciadamente los físicos no leían porque ellos hacían ciencia y cuestiones que necesitan de una sensibilidad especial, como el acercamiento a la lectura, no parecían despertarles demasiado interés. Tal vez porque en cierto sentido consideraban que no tenían tiempo suficiente para dedicarlo a cuestiones de una “importancia menor”, como era dejar que alguien a través de las páginas de un libro les contara una

historia. El mismo Snow constituye la excepción a su propia crítica porque él no sólo leía, también escribía, aunque la excepción siempre ha sido un asunto que se encuentra en manos de las minorías. Lo cierto es que lo que contó en esa conferencia no era algo nuevo y tampoco suponía buenas noticias para la ciencia que indirectamente había decidido prescindir del calor que la literatura puede darle al frío del academicismo. Este hecho me servirá de analogía en el inicio de la crítica que quiero realizar a la forma en la que se enfoca la investigación y especialmente la docencia de la asignatura Derecho Penal en España (sea ésta en su parte general o en su parte especial) desde que falleció en 1919 el último de los correccionistas españoles, el penalista Pedro Dorado Montero².

2. De la importancia de pensar el Derecho penal

Una conocida locución latina (*sapere aude*) nos anima a que nos atrevamos a saber o a pensar, según la interpretación del traductor³; pero sobre todo resulta especialmente interesante que dediquemos tiempo a pensar sobre lo que ya sabemos y, por la parte que nos toca como profesores, investigadores y alumnos de Derecho Penal, lo más importante sería empezar a reflexionar sobre la finalidad de la pena y sobre el castigo. Afirma Luigi Ferrajoli en su célebre obra *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* que el problema principal de la filosofía del Derecho es la justificación de la imposición de una pena, pero hay que entender esta idea de pena como castigo. Es decir, se deduce de lo expuesto por Ferrajoli que está asumiendo una noción de pena en el sentido retributivo del término, de ahí su consideración de que el problema más clásico de

1 Siri Hustvedt: *La mujer que mira a los hombres que miran a las mujeres. Ensayos sobre feminismo, arte y ciencia*, Seix Barral, Barcelona, 2017, pp. 7-8.

2 Laura Pascual Matellán: “Pedro Dorado Montero. Un pensador heterodoxo”, *Azafea. Revista de Filosofía*, núm. 20, Salamanca, 2018. (En prensa).

3 Esta locución adquirió especial relevancia gracias a Kant, que se refirió a ella en su escrito *¿Qué es la Ilustración?* Ese “atrévete a pensar” implica atreverse a ser mayor de edad, a ser ilustrado. “Ilustración significa el abandono por parte del hombre de una minoría de edad cuyo responsable es él mismo. Esta minoría de edad significa la incapacidad para servirse de su entendimiento sin verse guiado por algún otro. Uno mismo es culpable de dicha minoría de edad cuando su causa no reside en la falta de entendimiento, sino en la falta de resolución y valor para servirse del suyo propio sin la guía del de algún otro. ¡Sapere aude! ¡Ten valor de servirte de tu propio entendimiento! Tal es el lema de la Ilustración.” Immanuel Kant: *¿Qué es la Ilustración?: y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*, Alianza Editorial, Madrid, 2004, p. 83.

la filosofía jurídica sea fundamentar el ejercicio de la violencia frente a un sector concreto de la ciudadanía: el de los delincuentes⁴. No estoy tan segura de que sea el problema principal de esta disciplina⁵, pero sí debería ser uno de los fundamentales, obviamente después de haber resuelto el de la justificación del Derecho y el de intentar establecer una definición de delito⁶. Este último es el que nos interesa especialmente a los penalistas como punto de partida porque sólo desde una definición de delito podremos intentar reflexionar sobre sus consecuencias jurídicas: las penas y las medidas de seguridad. Aunque, claro está, para poder llegar a este punto, previamente tendríamos que haber manifestado nuestro rechazo al abolicionismo, entendiendo por éste la posición que defiende la supresión del Derecho penal por razones consecuencialistas⁷, éticas o políticas⁸. En otras palabras, para comenzar a teorizar sobre la pena o, al menos, a repensarla, debemos señalar por qué nos ubicamos dentro del justificacionismo; lo que equivale a decir que se deben explicar los motivos por los cuales

el Derecho penal es irrenunciable, a pesar de tener unos costes altísimos que la ciudadanía en general (no sólo la inclinada a la comisión de delitos) asume. Esto implicaría realizar una exposición de los motivos morales y sociales que nos llevan a sostener esta postura.

Por tanto, lo que hay que tener claro antes de investigar o enseñar Derecho Penal es que éste constituye una práctica social con gran incidencia en los derechos y en las libertades de los individuos que implica la necesidad de filosofar sobre él. Todo ello abre espacio para que nos planteemos cuestiones como si hay razones para su existencia, qué fin perseguimos con la imposición de una pena, si debemos corregir o si debemos castigar, si ambas posiciones son compatibles o excluyentes, cuáles son los motivos por los que deberíamos castigar, qué razones justificarían una corrección, cuáles son las raíces de la delincuencia, de qué definición de delito tenemos que partir o si puede funcionar legítimamente el Derecho penal en una sociedad injusta, entre otras⁹. En mi opinión, estas preguntas deberíamos

4 Luigi Ferrajoli: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2006, p. 247.

5 A este respecto sería necesario realizar una matización: la justificación del castigo es el problema principal de la filosofía del Derecho penal, pero no de la filosofía del Derecho.

6 "Lograr una definición es algo hermoso, pero suele ser difícil. Los juristas buscan todavía la del concepto de derecho." Immanuel Kant: *Crítica de la Razón Pura*, Alfagura, Madrid, 1977, p. 586.

7 Que las ventajas de su eliminación sean superiores a los costes de su existencia: limitación de la libre capacidad de obrar, sometimiento a juicio de todos los imputados por un delito y castigo de aquéllos cuya actuación encaje con un tipo penal.

8 El abolicionismo encontró entre sus más ilustres defensores a los teóricos del anarquismo clásico, quienes se posicionaron en contra del Derecho positivo en general, de ahí que el filósofo del Derecho Benjamín Rivaya los califique de iusnaturalistas radicales. Benjamín Rivaya García: *Filosofía anarquista del Derecho. Un estudio de la idea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 181 y ss. y Benjamín Rivaya García: "Anarquismo y Derecho", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 112, 2001, pp. 96 y ss. No obstante, cabe señalar que de esta definición de abolicionismo excluyo a los pensadores que denomino abolicionistas punitivos, éstos son los que proponen abolir una idea de pena como castigo y sustituirla por un tratamiento correccional o resocializador. A este grupo de tratadistas se refiere Ferrajoli con el término sustitucionistas; sin embargo, yo me siento más cómoda con la denominación de abolicionistas punitivos. Luigi Ferrajoli: *op. cit.*, p. 248; Francisco Giner de los Ríos y Alfredo Calderón: *Principios de Derecho Natural*, Imprenta de la Biblioteca de Instrucción y Recreo, Madrid, s. a. [1875], p. 113; José Antón Oneca: "La teoría de la pena en los correccionistas españoles", en AA.VV: *Estudios jurídico-sociales: homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra*, vol. II, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1960; Pedro Dorado Montero: *Problemas de derecho penal*, Tomo Primero, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1895, pp. 183-184; Pedro Dorado Montero: *Bases para un nuevo derecho penal*, Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 200; y Carlos David Augusto Röder: *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del Derecho Penal*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1876, p. 200. En cualquier caso y a pesar de que sus teorías no tienen encaje en el abolicionismo puro al que estoy aludiendo, en ellas se realiza una apología de la supresión del castigo. No debemos olvidar que, al fin y al cabo, el castigo es la base sobre la que desde sus inicios y hasta la actualidad se sostiene el Derecho penal. Todo ello, pese a que varios países recogen hoy en día en sus textos constitucionales la resocialización del recluso como finalidad de la pena. No obstante, en ninguno de estos casos la finalidad rehabilitadora de la pena es única y exclusiva, sino que esta rehabilitación viene acompañada de su correspondiente sanción, sanción que puede entenderse como castigo (retribución) o como inocuización (incapacitación del delincuente).

9 Marcelo Ferrante: "Filosofía del Derecho Penal", en Jorge Luis Fabra Zamora y Ezequiel Spector (eds.): *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2015, p. 2087; David Dolinko y John Deigh (eds.): *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011; David Dolinko: "«Using persons» and the justification of punishment", *The Internet Journal of Rutgers School of Law*, vol. 38, 2010-2011, pp. 112-118; Antony Duff y Stuart Green (eds.): *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011; Michael Moore: *Act and Crime: The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 1993; Pedro Dorado Montero: "Sobre el valor de la ley como única fuente de derecho en materia penal", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 41, núm. 82, 1893; Pedro Dorado Montero: *De Criminología y Penología*, Viuda de Rodríguez Serra, Madrid, 1903; Pedro Dorado Montero: "Educación correccional", *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, Tomo XXIX, Madrid, 1905; Concepción Arenal: *Obras completas de Concepción Arenal. Tomo 5. Estudios Penitenciarios, Volumen 1*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1895 y Concepción Arenal: *Obras completas de Concepción Arenal. Tomo 6. Estudios Penitenciarios, Volumen 2*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1895.

formularlas en primer lugar como investigadores para después ser capaz de plasmarlas durante el ejercicio de nuestra labor docente e invitar al alumnado a pensar por sí mismo, fomentándose así su capacidad crítica. Es de sobra conocido que por la configuración de los planes de estudio del grado en Derecho (y anteriormente de licenciatura), así como por la metodología utilizada en la enseñanza de las distintas ramas del ordenamiento jurídico, lo que se ha venido primando es el aprendizaje memorístico (prueba de ello son los numerosos exámenes orales y escritos de carácter exclusivamente teórico y dirigidos a desarrollar apartados concretos del temario) que forma a un alumnado que sabe Derecho, pero que no ha pensado el Derecho¹⁰. Las oposiciones para acceder a la judicatura son también un ejemplo de la prioridad que se le está dando a la memoria frente al entendimiento. Los lazos entre la Filosofía y el Derecho eran estrechos durante el s. XIX, a pesar de que las facultades de Derecho se caracterizaban, ya por aquel entonces, por ser fuertemente legalistas. Con el tiempo, los nexos entre ambas disciplinas se han ido perdiendo, dando paso a un positivismo jurídico “incuestionable” que ahora ocupa el único interés en la enseñanza de las disciplinas jurídicas¹¹.

3. El abismo que separa al Derecho Penal de la Filosofía. La enseñanza del Derecho como adhesión a las estructuras de poder y de dominación¹²

Existe un relato legendario, muy comentado entre los juristas que pensamos que el Derecho tiene que ser

un elemento de resistencia de los más débiles y no la voluntad racionalizada de los vencedores (tal y como, insisto, se viene enseñando normalmente en las facultades de Derecho), que cuenta la historia de un molinero prusiano al que Federico el Grande de Prusia le derribó su molino porque esta construcción estropeaba la vista que tenía desde su palacio de las afueras de Berlín. El molinero, lejos de conformarse con la disposición del monarca, decidió denunciarlo ante los tribunales de justicia por haber derribado su molino. Sorprendentemente estos tribunales le dieron la razón al humilde molinero y condenaron al rey al Prusia a reconstruir el molino y a indemnizar al molinero. Sobre el desenlace de este hecho existen dos versiones. La primera alude a que cuando Federico el Grande conoció la sentencia, en lugar de enfadarse, exclamó: “Veo, con alborozo, que todavía quedan jueces en Berlín”. La segunda versión es la que le atribuye la anterior afirmación al molinero y no al rey. Sea como fuere, esta cita es utilizada por todos los que defendemos una visión alternativa del Derecho, pues representa un alegato a favor de la independencia judicial frente al ímpetu arrollador de los poderosos y los grandes.

La historia del molinero prusiano, sin embargo, no constituye el enfoque sobre el que se suele enseñar el Derecho en las facultades españolas. Tal vez porque el uso alternativo del Derecho o la visión alternativa del Derecho¹³ no cuenta con suficientes adeptos entre los juristas de este país.

10 A pesar de que algunos exámenes tienen también una parte práctica, ésta se limita al correcto uso de las “reglas del juego”; es decir, de la distinta legislación vigente. A esto yo lo denomino “pensar sobre lo ya pensado”, sobre lo establecido e impuesto, que es lo “irrefutable”.

11 No obstante, existen excepciones a esta dinámica pedagógica; pero, como he dicho anteriormente, la excepción es excepción por ser un asunto de minorías.

12 Siempre, pero más en este caso concreto, debo hacer constar que la redacción obedece a mi interpretación personal de las enseñanzas jurídicas en general y del Derecho Penal en particular. Para ello, me he basado en la práctica docente que caracteriza a esta disciplina.

13 El uso alternativo del Derecho (iusalternativismo) tuvo especial importancia en los años 70 del pasado siglo y su defensa ha sido considerada una de las críticas más fuertes y mejor fundamentadas que desde el marxismo se realizaron al positivismo jurídico. En términos generales, y sin querer pecar de reduccionista, conviene señalar que el Derecho positivo se caracteriza por estar libre de cualquier consideración de carácter moral, ideológico o político. La validez del Derecho positivo se encuentra en el propio Derecho positivo. El insigne teórico del positivismo jurídico Hans Kelsen, autor de la reconocida obra *Teoría pura del Derecho*, consideró al Derecho como un fenómeno autónomo del que se excluía cualquier otro tipo de consideración. Además, defendió que el objeto de la ciencia del Derecho eran las normas, lo que equivale a decir que el objeto del mismo no se encuentra en el “ser”, sino en el “deber ser”. Desde el denominado uso alternativo del Derecho se visibiliza el conjunto de contradicciones que se encuentran en el interior del sistema jurídico debido a las relaciones antagónicas existentes entre los distintos estratos sociales cuyo origen radica en la supremacía de una clase social sobre otra. Este estado de las cosas generaría fisuras y lagunas en el sistema jurídico o, al menos, nos ayudaría a explicar la existencia de muchas de ellas. Por tanto, teniendo en cuenta esta consideración, lo que defienden los teóricos favorables a un uso alternativo del Derecho es la necesidad de pensar qué normas son las que se adecúan a los intereses de las personas que pertenecen a los estratos más desfavorecidos de la sociedad. No obstante, en relación con esta interpretación realizada por los defensores del uso alternativo del Derecho, cabe destacar que para los positivistas el Derecho es algo completo, caracterizado por su coherencia y carente de fisuras. En estos términos, un positivista jurídico lo que busca es la coherencia del sistema jurídico, resolver las antinomias y eliminar vacíos. En cambio, un partidario del uso alternativo del Derecho considera que el sistema jurídico es un sistema abierto, con lagunas y vaguedades que son fruto de las contradicciones generadas en el ámbito social, en el político y en el económico. En esta última forma de entender el Derecho me

Mayoritariamente las enseñanzas de Derecho Penal han partido de la idea de que el Derecho es fundamentalmente ciencia, procedimiento y forma, una idea que, incluso en los periodos de acercamiento entre la Filosofía y el Derecho, se siguió manteniendo. Esta forma de entender el Derecho dejaba constancia el interés por el orden y la seguridad jurídica, enseñando al alumnado que eso era el Derecho, eso era la justicia y eso era lo que interesaba mantener. De ahí que el catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca Pedro Dorado Montero viera necesaria la introducción de estudios de Filosofía en todas las carreras universitarias; pero especialmente en la de Derecho porque los alumnos estaban siendo formados en el positivismo normativista y en la sumisión a las estructuras de poder y de dominación. Sus clases de Derecho Penal se dirigirían a la formación de juristas críticos, capaces de cuestionarse las leyes, las sentencias e incluso de subvertir el sistema¹⁴. No cabe duda de que eran otros tiempos y, a pesar de que el objetivo de generar en el alumnado un pensamiento crítico no estaba conseguido, la filosofía del Derecho penal estaba presente, en mayor o menor medida, en las aportaciones de los penalistas de la época. Tanto es así que el eco del correccionalismo doradiano ha llegado hasta nuestros días, dejando constancia de ello el artículo 25.2 de la Constitución española, que reconoce formalmente la resocialización del delincuente como finalidad de la pena.

El actual escenario docente e investigador en materia penal excluye, en términos generales, una reflexión filosófica del Derecho penal. Ni siquiera el tema de la teorización sobre el castigo parece ser interés de investigación, ni mucho menos de docencia, en el ámbito de otra disciplina: la Filosofía Jurídica. Sin embargo, existen algunos autores cuyas voces sí plantean reflexiones filosóficas sobre las penas y particularmente sobre el castigo. Aunque la mayoría de ellos se muestra favorable a la justificación de un Derecho penal de mano dura, como es el caso del Derecho penal del enemigo desarrollado por el teórico alemán Günther Jakobs¹⁵, de los anhelos retribucionistas de Michael Moore¹⁶ o las teorías penitenciales de Antony Duff. Afortunadamente también encontramos perspectivas más amables, como la teoría del garantismo penal impulsada por Ferrajoli. En mi opinión, se echarían en falta otras miradas que deberían poner en el centro la rehabilitación del delincuente; pues considero que, sólo desde posiciones cuyo centro sea la prevención especial positiva, se puede buscar un equilibrio entre el Derecho penal y los Derechos humanos. La resocialización de los delincuentes sería a este respecto la única "no pena" justa para una sociedad injusta. Los huecos, cada vez más numerosos y profundos, que ha dejado la ausencia de pensamiento penal han dado paso a posicionamientos de carácter reaccionario en los actuales enfoques doc-

encuentro yo, fundamentalmente por el carácter clasista que tiene el Derecho penal, un tipo de Derecho que en más de una ocasión ha sido definido como una gran red que sirve para atrapar a los peces pequeños y dejar escapar a los peces grandes, fruto, como puede evidenciarse, de la desigualdad económica que hoy en día sigue existiendo. Para más información sobre estas cuestiones puede consultarse: Norberto Bobbio: *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, 1994; Hans Kelsen: *Teoría pura del Derecho*, Porrúa, México, 2005; Nicolás María López Calera, Modesto Saavedra López y Perfecto Andrés Ibáñez: *Sobre el uso alternativo del derecho*, Fernando Torres editor, Valencia, 1978; y José María Laso Prieto: "Sobre el uso alternativo del Derecho", *El Basilisco*, núm. 2, mayo-junio, 1978, pp. 107-109.

14 Para más información sobre el pensamiento pedagógico de Dorado Montero puede consultarse Pedro Dorado Montero: "Fundamentos racionales de la libertad de enseñanza", *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, Tomo XIV, núm. 312, núm. 313, núm. 314, 1890.

15 En España la filosofía del castigo sobre la que más se ha escrito y debatido (junto al garantismo penal de Ferrajoli) ha sido el Derecho penal del enemigo de Jakobs. Günther Jakobs y Miguel Polaino-Orts: *Persona y enemigo: teoría y práctica del derecho penal del enemigo*, Ara, Lima 2011; Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá: *Derecho penal del enemigo*, Thomson Civitas, Navarra, 2006; Nieves Sanz Mulas: "De las libertades de Beccaria, al todo vale de Günter Jakobs", *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14, 2012; Eduardo Demetrio Crespo: "Del «Derecho penal liberal» al «Derecho penal del enemigo»", en Fernando Pérez Álvarez (coord.): *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004; Francisco Muñoz Conde: "De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»", en Fernando Pérez Álvarez (ed.): *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007; Guillermo Portilla Contreras: "Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal", en Guillermo Portilla Contreras (coord.): *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad Internacional de Andalucía—Akal, Madrid, 2005; y Francisco Muñoz Conde: "Los orígenes ideológicos del derecho penal del enemigo", *Revista penal*, núm. 26, julio, 2010.

16 El retribucionismo es la defensa de la imposición de un "castigo justo" o "justo castigo" regulado por la legislación penal imperante. Desde esta posición filosófico-penal se fundamenta el castigo en el merecimiento, lo que equivaldría a decir que una persona es castigada porque se lo merece y se lo merece en la medida en que es castigada. Para considerar válida la imposición del un castigo, las condiciones fijadas por el Derecho positivo deberán ser acordes a los juicios correctos del merecimiento. En el retribucionismo adquiere un papel importante la idea de responsabilidad penal, una responsabilidad que nos lleva a plantearnos cuestiones relativas a la responsabilidad moral. Éste es fundamentalmente el punto de interés de la obra de Michael Moore, que intenta establecer y defender puentes entre las condiciones necesarias para la existencia de responsabilidad penal y las discusiones filosóficas con las que se corresponden esas condiciones.

trinales que, por su escasez, adquieren un gran protagonismo.

En definitiva, tal y como están las cosas, debemos hacer el esfuerzo de empezar a pensar el Derecho penal, verlo en toda su dimensión y con todas sus aristas. Si nos dedicamos únicamente a investigar y a enseñar dogmática y Derecho positivo, podemos caer en el error de asumir este Derecho penal, vulnerador en exceso de derechos y libertades, como la única verdad posible.

4. Hacia un aprendizaje crítico del Derecho Penal

Por todo lo expuesto, resulta necesario que el alumnado que asiste a clases de Derecho Penal aprenda esta disciplina de forma crítica. El Código Penal se ha ido modificando sucesivamente desde su entrada en vigor en 1995. Todas las reformas a las que ha sido sometido nos muestran lo difícil que comienza a hacerse la compatibilidad entre esta codificación y el artículo 25 del texto constitucional. El endurecimiento progresivo de las penas, la introducción de la prisión permanente revisable, el relajamiento de las garantías son sólo ejemplos que nos muestran cómo la rehabilitación del condenado está en las antípodas de las intenciones reales del legislador. Sobre esto debe detenerse el estudiante de Derecho Penal y el docente deberá enseñarle no sólo a reflexionar y a cuestionarse la incoherencia entre los fines de la pena establecidos y el Derecho positivo vigente, sino a replantearse, desde una posición crítica, cuál debe ser el enfoque del Derecho penal. Esto es, si debemos adecuar el Derecho penal a la finalidad resocializadora de la pena o si debemos realizar cambios en el texto constitucional y adaptarlo a la línea seguida por el legislador penal (un Derecho penal del enemigo despiadado que parece haber llegado a un punto de no retorno). En definitiva, juntos debemos preguntarnos cuál es el Derecho penal que mejor se adecúa a nuestra realidad, que mejor resuelve los problemas de la criminalidad española y cómo lo podemos encajar en un Estado de Derecho.

Las nuevas o viejas, según como se interprete, filosofías penales están adquiriendo mucha fuerza en los últimos tiempos. El Derecho penal del enemigo y el auge del retribucionismo liberal que encuentra en el merecimiento la fundamentación no sólo de la graduación de la pena, sino de su imposición, hacen del Derecho penal un sistema matemático ajeno a la política criminal. En este sentido, considero errada la exclusión de la po-

lítica criminal del estudio de la pena; pues ésta resulta imprescindible, ya que el problema de la criminalidad es algo mucho más profundo que lo que reflejan estas teorías del castigo y va mucho más allá de una cuestión meramente matemática¹⁷. En suma, todo tipo de argumentación que se realice a favor de estas filosofías penales (ajenas a la rehabilitación de los delinquentes y defensoras del castigo merecido) o de las favorables a la resocialización y a un cambio en la política social que pueda evitar la comisión del primer delito y de la reincidencia (redistribución justa de la riqueza, medidas contra la subalternidad, límites y frenos a la competitividad¹⁸, entre otras) deben hacerse desde la filosofía. No se puede pensar sin filosofía. El Derecho, concebido como un todo cerrado, si es pensado únicamente desde los mecanismos que el propio Derecho establece, nos llevaría a realizar una visión sesgada, por no utilizar calificativos peores, de las distintas problemáticas sociales que inciden en la tasa de delincuencia. Ésta es la razón que me lleva a defender que docentes, investigadores y estudiantes de Derecho Penal tienen que atreverse a reflexionar y ello pasa necesariamente por la incorporación de la filosofía a nuestro bagaje intelectual y académico.

5. Bases para un nuevo Derecho penal

El estudio y la enseñanza del Derecho Penal tienen que avanzar en un cambio de rumbo que cada vez se hace más necesario, con el que se invite a explorar nuevas vías pedagógicas y penológicas que posibiliten la construcción de las bases de un nuevo Derecho penal.

Por ello, resulta primordial comenzar a trabajar aspectos educativos con el fin de modificar la visión legalista desde la que miramos esta parte del ordenamiento jurídico. En los párrafos anteriores he perfilado las categorías con las que se concibe, mayoritariamente, la investigación y la enseñanza del Derecho Penal para fijar unas líneas de revisión que permitan indagar por dónde deben caminar la investigación científica (construcción de un nuevo relato penológico o filosofía sustitucionista del castigo) y la docencia de esta materia para ser compatibles con los límites establecidos por el Estado de Derecho, y para fomentar el pensamiento crítico del alumnado y de la ciudadanía. Esta revisión deberá mostrar que el equilibrio entre Derechos humanos y gestión de la delincuencia pasa por una teoría de la pena que ponga en el centro la resocialización; por erigir nuevas realidades penitenciarias no basadas en

¹⁷ Debe ser tenida en cuenta porque los que nos dedicamos al estudio de estas cuestiones sabemos que la mejor política criminal es una buena política social. Para ahondar sobre ello puede consultarse Nieves Sanz Mulas: *Política criminal*, Ratio Legis, Salamanca, 2017 y Laura Zúñiga Rodríguez: *Política criminal*, Colex, Madrid, 2001.

¹⁸ Se considera desde diversos sectores de la criminología crítica que la competitividad inherente a nuestra sociedad influye a la hora de cometer determinados delitos, genera delincuencia.

la incapacitación como única posibilidad de actuación ante los “incorregibles privados de corrección”¹⁹.

A su vez, hay que señalar que el camino que permite construir un relato penal afín a los Derechos fundamentales implica reivindicar la importancia de la Filosofía como disciplina necesaria para pensar el Derecho penal y como recurso de base para fundamentar visiones alternativas del Derecho. Por tanto, para hacer reflexión penal será necesario poner en diálogo la Filosofía con el Derecho Penal con el propósito de abordar la problemática penal y penitenciaria con un elenco más amplio de herramientas intelectuales que con el que se está abordando actualmente. No es posible pensar el Derecho Penal únicamente desde el Derecho positivo, pues este pensar con lo “ya pensado” no permite mayor revisión que la delimitada por el compartimento estanco del Derecho legislado.

Es preciso insistir en que la historia de las penas es una historia de crueldad con los delincuentes; pero también con aquéllos que, sin haber cometido ningún delito, se vieron señalados por el dedo penal en sistemas no garantistas o garantistas con penas duras en los que en ocasiones se cometen errores. Las sociedades que pretendan sacar la crueldad de sus instituciones y sustituirla por formas diferentes de afrontar el delito deben aprender a resistir (no faltarán presiones), a construir un nuevo relato penal, a desobedecer y salir a la calle (no para mantener la cadena perpetua, sino para eliminarla), y a tomar partido en una lucha que imposibilite el retorno del viejo sistema penal.

Por otro lado, después de las constantes alusiones a los límites, conviene destacar la importancia de los mismos en el marco de un Estado de Derecho para evitar los continuos excesos que podrían cometerse y que llevarían a desestabilizar los cimientos que lo sostienen. Además, debe insistirse en la autolimitación individual, dado que el sentimiento vindicativo inherente al dolor humano, y el reconocimiento de uno mismo en las víctimas y sus familiares pueden llevarnos a mantener ideas de justicia penal basadas en la emoción, que se encuentran en confrontación con las humanizadoras bases que debe tener el Derecho penal del porvenir. Esto, a su vez, enlaza perfectamente con la popular distorsión que se hace del Derecho penal, que es entendido como una forma de sustituir la venganza individual por una venganza estatal o gubernamental (tú no puedes castigar, sólo puede castigar el Estado). Nada más lejos de la realidad, puesto que el Derecho penal debe

representar la racionalidad frente a la emoción de las víctimas o sus familiares.

En cuanto al nuevo relato penal, que pasa necesariamente por una reflexión filosófica sobre el castigo y por una forma distinta de enseñar el Derecho, debe insistirse en que éste tendrá que abarcar dos áreas de prevención: la de la delincuencia y la de la reincidencia. Esto llevaría a iniciar un profundo proceso de discusión sobre las causas que originan la delincuencia con el objetivo de buscar fórmulas adecuadas para garantizar esa prevención²⁰. Desde los orígenes del movimiento correccionalista, aunque fundamentalmente con la demostración empírica de los positivistas, se ha conocido la existencia de una relación estrecha entre el delito y la pobreza. Esto significa que el nuevo relato penal debe comenzar cuestionándose el discurso hegemónico de la propiedad privada y buscar formas de redistribución de la riqueza que mantengan a las personas fuera de la miseria y de la subalternidad. En el siglo XIX, siglo en el que escribieron sus obras los grandes teóricos del correccionalismo y del positivismo, la escasez de recursos, la miseria, la enfermedad, etc. potenciaron la comisión de numerosos delitos y, entre ellos, todos los derivados del ejercicio de la violencia política. No obstante, la delincuencia tiene un origen multifactorial que debe ser estudiado para realizar una política criminal adecuada y ofrecer propuestas de prevención primaria. En lo que respecta a la reincidencia, cuando se ha intentado atajarla en el pasado, se ha hecho por medio de medidas incapacitadoras, medidas que en la actualidad se han mantenido por medio de la prisión, entendida más como una vía de aislamiento social que como un centro para recibir resocialización. Por esta razón, la construcción de unas bases para un nuevo Derecho penal pasaría por una apuesta firme por la prevención especial positiva o rehabilitación del recluso, que para poder ser llevada a cabo de forma efectiva tendría que ser individualizada. A partir de estas dos dimensiones del prevenciónismo se deberán desarrollar las bases del nuevo Derecho penal.

No puede ser de otra manera, teniendo en cuenta todo lo dispuesto, que la penología que se deberá desarrollar a partir de esas bases tendrá que ser una penología sustitucionista de la inocuidad como vía preventiva del delito y también del castigo o retribución (fin esencial del Derecho penal desde la antigüedad sin una función utilitarista).

El relato penal del porvenir tendrá que basarse en un modelo próximo a los Derechos humanos que hagan

19 Es cosa común en nuestros días aludir a la incorregibilidad de ciertos sujetos cuando reinciden después de haber pasado una larga temporada en prisión. No obstante, esto se hace sin tener en cuenta que jamás recibieron psicoterapia dentro de las cárceles.

20 Las actuales teorías de la prevención situacional del delito (funcionalismo tecnócrata), tan alabadas por ciertos sectores criminológicos, deberían, en mi opinión, no ser tenidas en cuenta porque pongo en duda su compatibilidad con los principios del Estado de Derecho y por su incapacidad para frenar la delincuencia, resultando únicamente útiles para desplazarla hacia otros lugares.

del delincuente y, posteriormente, del penado un sujeto menos vulnerable. A su vez, debe fomentarse la humanización del recluso frente a su despersonalización y cosificación, algo que puede lograrse a través de programas de intervención adaptados a sus necesidades de resocialización. La función retributiva de la pena que, de forma más o menos visible, sigue estando presente en el Derecho penal español es la causante de que determinados delincuentes sean percibidos por la población como monstruos incorregibles. Esto es debido a que en ciertas ocasiones reinciden una vez cumplida su pena en una prisión. Esa reincidencia o reiteración delictiva es percibida por las mayorías sociales como una imposibilidad de rehabilitación y una garantía de incorregibilidad (sobre todo cuando nos referimos a delitos especialmente graves). Se omite o no se tiene en cuenta que el sujeto en cuestión no se sometió a terapia o no formó parte de un programa de intervención, debido, en numerosas ocasiones, a una decisión personal bien porque no estaba interesado en recibir terapia o bien porque no se le garantiza en su propio centro penitenciario, lo que le obligaría a desplazarse incluso a otra parte de país para poder realizarlo²¹. Sea como fuere, cuando se conoce un caso de reincidencia, la ciudadanía no se detiene a pensar cómo ha podido suceder, por qué motivos ha sucedido y cómo podemos evitarlo; sino que actúa de forma impulsiva e inicia un debate penal, señalando que es necesaria la vigencia de la prisión permanente revisable y la introducción de medidas más duras, como la pena capital. A su vez, se repite de manera constante el mensaje de que existen personas tan perversas y con trayectorias tan desviadas que son incorregibles. Todo ello sin valorar o prestar una mínima atención a la escasa inversión en resocialización, a la desocialización producida por la incapacitación (largas temporadas de reclusión o internamiento) y a la ineficacia del castigo.

En suma, la función del penalista contemporáneo es desvelar tanto a su alumnado como a la ciudadanía el riesgo que depara un Derecho penal basado en la incapacitación y el castigo. A su vez, debe hacer entender que formar parte de la solución de este problema es un trabajo de todos, puesto que el penalista tiene un campo de actuación y de transformación muy limitado si no cuenta con el apoyo de las mayorías sociales. Para conseguirlo, fomentar la capacidad crítica desde las aulas y llegar a las personas será fundamental; ya que el camino hacia un Derecho penal compatible con el Estado de Derecho es, en tiempos del Derecho penal del enemigo, un camino por construir. Sin embargo, no se tratará de

emprender esta senda a ciegas, sino que debe hacerse teniendo en cuenta los criterios que he establecido y que servirán para marcarnos el rumbo. Todo ello sin perder de vista que la única certeza de la que partimos es que hay formas de mirar y de entender el Derecho penal que nos apartan de los Derechos humanos y de las democracias sanas. Ellas no deben formar parte de nuestro bagaje.

6. Conclusiones

Inicié este texto aludiendo a cómo los físicos, tal y como criticó Charles Percy Snow, habían decidido prescindir de la literatura a pesar de la belleza y de la sensibilidad que ésta, me parece a mí, le podrían haber legado a la física. Los penalistas, en cambio, se han olvidado de la filosofía a pesar de que sólo a través de ella se puede abordar de forma crítica y fundamentada el grave problema de la criminalidad. Ésta es la analogía que desde el principio quise realizar.

El castigo siempre había sido objeto de preocupación y reflexión jurídica y filosófica²² porque castigar a alguien, privarlo de lo que se podría denominar una “vida digna de ser vivida” es realmente aterrador. Precisamente por ser aterrador no deberían realizarse modificaciones populistas en la codificación penal²³, ya que éstas tienen una gran incidencia en todos aquéllos que las sufrirán. El aumento de penas por el rédito electoral que esto implica está llevando a numerosas personas a encierros (hasta perpetuos) en las cárceles españolas. En cierto sentido, se está mandado el mensaje de que cualquier castigo es poca cosa, que es algo banal y no equiparable al daño producido. Desde esta perspectiva, quitándole al castigo todas sus implicaciones, es fácil que nos justifiquemos a nosotros mismos un Derecho penal de mano dura porque, entendemos, que esta mano nunca será lo suficientemente dura.

Hace unos años conocí un caso que me llevó a cuestionarme aún más la imposición de penas duras, a apostar por el abolicionismo punitivo y a realizar una apología del pensamiento penal con el objetivo de no volver a cometer los errores del pasado, errores que no fueron otra cosa que un continuo espectáculo de crueldades en nombre del Derecho penal. En una residencia de ancianos de Gerona vivía una mujer que sufría demencia en un estado avanzado (no sabía quién era, no reconocía a sus hijos...) y que tenía la costumbre de que en cuanto veía unas tijeras las utilizaba para cortarse el pelo a mechones. No hablaba, no gritaba, no reía, apenas comía, pero se cortaba el pelo siempre que encontraba unas ti-

21 El hecho de que un recluso deba decidir si se somete o no a un programa de intervención que se realiza en una cárcel que puede encontrarse a 800 kilómetros de la suya denota el fracaso y el desinterés estatal por la resocialización.

22 Ahora lo sigue siendo; en cambio, no lo para los penalistas españoles o no lo suficiente.

23 Este fenómeno es conocido como populismo punitivo.

jas. La causa de este comportamiento la encontramos en su niñez, cuando finalizada la guerra civil española, pero en el mismo año 1939, su padre fue asesinado por rojo. En cambio, a ella y a su madre no les esperaba un destino mucho más amable. Les raparon la cabeza, las desnudaron y les hicieron beber cantidades ingentes de aceite de ricino para provocarles fuertes diarreas. De esta forma las sacaron a la plaza del pueblo para que, haciéndose sus necesidades encima, desnudas y sin pelo, dieran vueltas alrededor de la iglesia. Este castigo, evidentemente, no era un castigo legalizado, no se encontraba recogido en una codificación penal. Era el castigo que los falangistas les imponían a las mujeres de los republicanos para humillarlas y lo hacían impunemente. No fueron perseguidos por ello. Hoy en día, esa mujer, incapaz de reconocer a sus seres queridos, incapaz de pronunciar una palabra, busca unas tijeras con las que cortarse el pelo porque esos terribles momentos vividos supusieron un daño y un trauma tan fuerte que generó una herida que ni una demencia ha conseguido ocultar. Con esto quiero decir que no subestimemos la importancia del castigo. Nunca se sabe hasta qué lugar del alma humana puede llegar su influencia. Por eso necesitamos urgentemente empezar a pensar en él.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN ONECA, J., “La teoría de la pena en los correccionales españoles”, en AA.VV., *Estudios jurídico-sociales: homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra*, vol. II, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1960.
- ARENAL, C., *Obras completas de Concepción Arenal. Tomo 5. Estudios Penitenciarios, Volumen 1*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1895.
- ARENAL, C., *Obras completas de Concepción Arenal. Tomo 6. Estudios Penitenciarios, Volumen 2*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1895.
- BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, 1994.
- DEMETRIO CRESPO, E., “Del «Derecho penal liberal» al «Derecho penal del enemigo»”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (coord.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- DOLINKO, D., “«Using persons» and the justification of punishment”, *The Internet Journal of Rutgers School of Law*, vol. 38, 2010-2011.
- DOLINKO, D. y DEIGH, J. (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- DORADO MONTERO, P., “Fundamentos racionales de la libertad de enseñanza”, *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, Tomo XIV, núm. 312, núm. 313, núm. 314, 1890.
- DORADO MONTERO, P., “Sobre el valor de la ley como única fuente de derecho en materia penal”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 41, núm. 82, 1893.
- DORADO MONTERO, P., *Problemas de derecho penal*, Tomo Primero, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1895.
- DORADO MONTERO, P., *De Criminología y Penología*, Viuda de Rodríguez Serra, Madrid, 1903.
- DORADO MONTERO, P., “Educación correccional”, *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, Tomo XXIX, Madrid, 1905.
- DORADO MONTERO, P., *Bases para un nuevo derecho penal*, Depalma, Buenos Aires, 1973.
- DUFF, A. y GREEN, S. (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2006.
- FERRANTE, M., “Filosofía del Derecho Penal”, en FABRA ZAMORA, J.L. y SPECTOR, E. (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2015.
- GINER DE LOS RÍOS, F. y CALDERÓN, A., *Principios de Derecho Natural*, Imprenta de la Biblioteca de Instrucción y Recreo, Madrid, s. a. [1875].
- HUSTVEDT, S., *La mujer que mira a los hombres que miran a las mujeres. Ensayos sobre feminismo, arte y ciencia*, Seix Barral, Barcelona, 2017.
- JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Thomson Civitas, Navarra, 2006.
- JAKOBS, G. y POLAINO-ORTS, M., *Persona y enemigo: teoría y práctica del derecho penal del enemigo*, Ara, Lima, 2011.
- KANT, I., *Crítica de la Razón Pura*, Almaguza, Madrid, 1977.
- KANT, I., *¿Qué es la Ilustración?: y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*, Alianza Editorial, Madrid, 2004.
- KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, Porrúa, México, 2005.
- LASO PRIETO, J. M., “Sobre el uso alternativo del Derecho”, *El Basilisco*, núm. 2, mayo-junio, 1978.

- LÓPEZ CALERA, N. M., SAAVEDRA LÓPEZ, M., y ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Sobre el uso alternativo del derecho*, Fernando Torres editor, Valencia, 1978.
- MOORE, M., *Act and Crime: The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 1993.
- MUÑOZ CONDE, F., “De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed.), *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007.
- MUÑOZ CONDE, F., “Los orígenes ideológicos del derecho penal del enemigo”, *Revista penal*, núm. 26, julio, 2010.
- PASCUAL MATELLÁN, L., “Pedro Dorado Montero. Un pensador heterodoxo”, *Azafea. Revista de Filosofía*, núm. 20, Salamanca, 2018. [En prensa].
- PORTILLA CONTRERAS, G., “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en PORTILLA CONTRERAS, G. (coord.), *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad Internacional de Andalucía—Akal, Madrid, 2005.
- RIVAYA GARCÍA, B., “Anarquismo y Derecho”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 112, 2001.
- RIVAYA GARCÍA, B., *Filosofía anarquista del Derecho. Un estudio de la idea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- RÖDER, C. D. A., *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del Derecho Penal*, Librería de Victoriano Suarez, Madrid, 1876.
- SANZ MULAS, N., “De las libertades de Beccaria, al todo vale de Günter Jakobs”, *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14, 2012.
- SANZ MULAS, N., *Política criminal*, Ratio Legis, Salamanca, 2017.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, Colex, Madrid, 2001.