

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

DEI S. PRAVIDE ET PRO

Revista

Enero 2020

45

Revista Penal

Penal

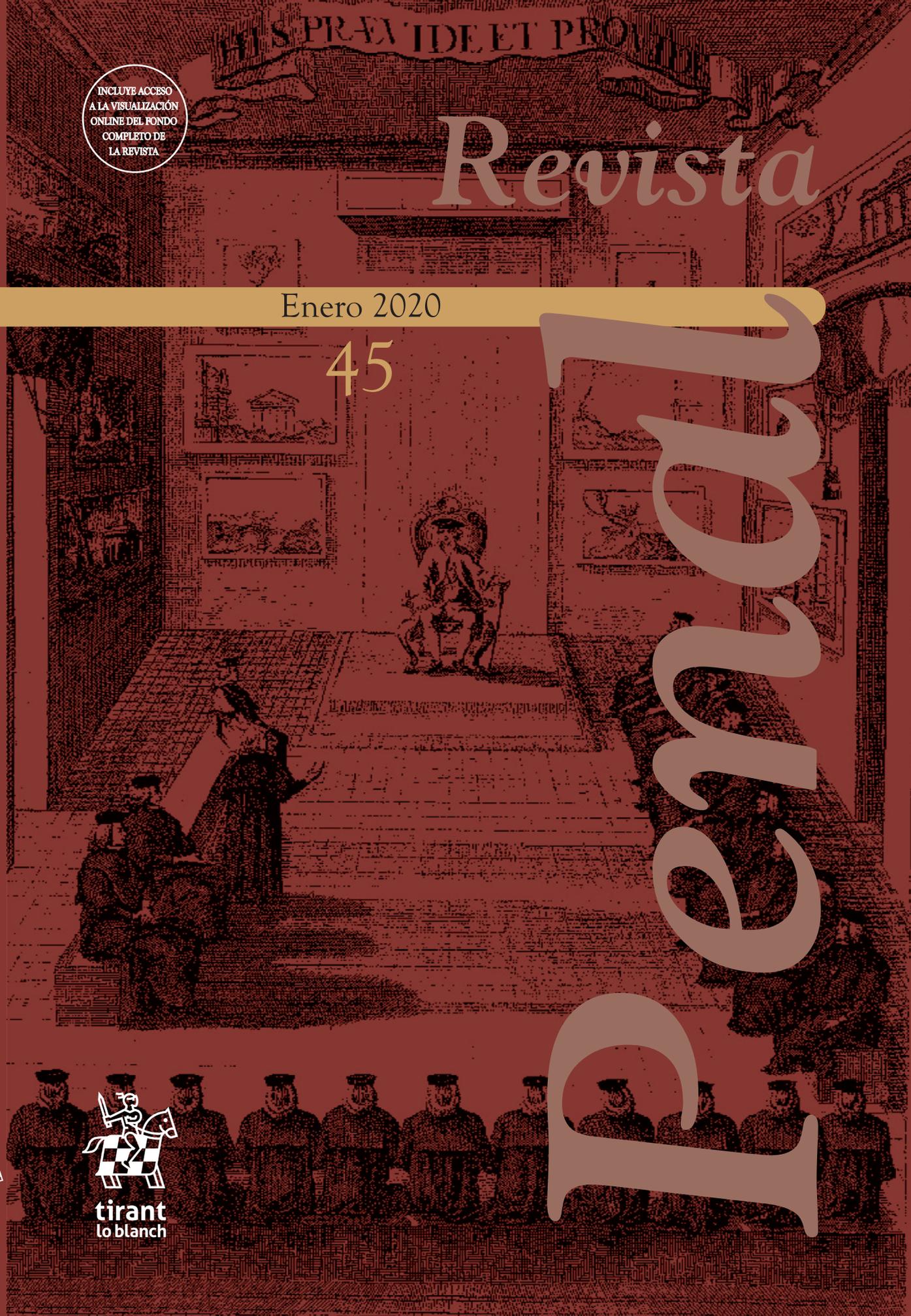
Enero 2020



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 Matedllán</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

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	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 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
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>



Thomas Vormbaum

Revista Penal, n.º 45. - Enero 2020

Me siento muy honrado y halagado por recibir hoy, por parte de vuestra prestigiosa y antigua Universidad, el doctorado *honoris causa* en Derecho, un honor ni previsto ni esperado. Doy un agradecimiento de corazón a los dos profesores Luigi Lacchè y Carlo Piergallini, que acaban de pronunciar la *laudatio*, y a los colegas que han participado en la mesa redonda de ayer.

Esta ceremonia y el congreso en mi honor representan la más feliz y grata experiencia de las que he tenido en el curso de la relación que, desde hace más de veinte años, tengo con los colegas y con las ciencias italianas del Derecho penal y de la Historia jurídica. Interpreto la concesión de este doctorado como el signo de un reconocimiento a mi esfuerzo dirigido a construir puentes entre las mencionadas ciencias de nuestros dos países. Hay también otro lado de mis experiencias italianas, el lado de todo lo que he aprendido traduciendo los textos de los colegas italianos y dialogando con ellos sobre el Derecho penal y la Historia penal. Por ello considero que este es el mejor lugar para dirigir mis más sinceros agradecimientos por haber podido vivir y compartir dichas experiencias.

Tanto en Italia como en Alemania es costumbre que el doctorando dicte una conferencia a través de la cual intente recopilar y presentar algunas de las ideas que hayan sido fundamentales para el desarrollo de su trabajo. Es esto lo que intentaré hacer en el tiempo a mi disposición para ilustrar mis principales concepciones en relación con aspectos problemáticos de la Historia penal y del Derecho penal.

Comienzo con la Historia penal. El campo de mi investigación es la *Historia contemporánea del Derecho* y, en concreto, la *Historia contemporánea del Derecho penal* (*strafrechtliche Zeitgeschichte*).

¿Qué significa *Historia contemporánea*?

Al contrario que la mayoría de estudiosos que trabajan en el campo de la Historia y de la Historia jurídica, que sostienen un punto de vista “subjetivo” según el cual la historia contemporánea sería la historia de las personas que actualmente viven, mi enfoque es “objetivo”, partiendo de una *estructura*, tal cual es la *época* (*Epoche*). La época puede ser entendida como un lapso de tiempo que muestra una cierta homogeneidad en razón de elementos dominantes y homogéneos en la política, en la cultura y en la vida social y económica. Desde esta perspectiva, el objeto de estudio del historiador contemporáneo es la época actual (*gegenwärtige Epoche*); la del historiador del Derecho contemporáneo, la *época jurídica actual*. Por regla general, las épocas no se distinguen de manera nítida, sino que entre estas se interponen períodos de transición “a caballo” (*Sattelzeiten*) entre una y otra, durante los cuales se van acumulando procesos que conducen finalmente a una nueva “situación” histórica.

¿Dónde se encuentra el período de transición que conduce a la época jurídica actual?

En mi opinión, este periodo se encuentra a finales del siglo XVIII y principios del XIX. Los *cambios políticos*, que finalmente concluirán con el Congreso de Viena (1815) y su nuevo y duradero ordenamiento, comienzan con la Revolución francesa (1789), a su vez preanunciada por la Revolución americana (1776), y prosiguen con la conquista de gran parte de Europa por parte de Napoleón, el cual difunde las ideas revolucionarias en los territorios conquistados, a pesar de que lo haga a veces de manera mitigada o autoritaria.

* Traducción, a cargo de Víctor Manuel Macías Caro, de la lectio doctoralis dictada por el Prof. Dr. Thomas Vormbaum en el contexto del otorgamiento del doctorado *honoris causa* por parte de la Universidad de Macerata (Italia). El texto original, en lengua italiana, está publicado en Conferimento della Laurea honoris causa in Giurisprudenza a Thomas Vormbaum, 24 ottobre 2018, eum, Macerata, 2018, pp. 41-53.

También tienen lugar *cambios sociales*: termina la era del Feudalismo y la nobleza, los campesinos se convierten en hombres libres y se inicia la construcción política de la burguesía. La *revolución industrial*, ya desarrollada en Inglaterra, llega al continente y, al mismo tiempo que esta se producen importantes *cambios económicos*: la construcción de los ferrocarriles exige una gran cantidad de capital; comienza la era de las sociedades anónimas y de los grandes bancos; la necesidad de hierro y acero para los ferrocarriles conduce a una expansión de la minería y la industria siderúrgica y, como consecuencia, a un aumento de la clase obrera.

Para el Derecho, naturalmente, son de particular importancia las *revoluciones culturales y de mentalidad*. La filosofía de la Ilustración encuentra un fundamental ámbito de aplicación en el Derecho y, sobre todo, en el Derecho penal. Eberhard Schmidt sintetiza las exigencias de dicha ciencia en los términos *secularización, individualización, racionalización y humanización*. Immanuel Kant, seguidor y al mismo tiempo superador de la filosofía de la Ilustración, pone al hombre, como individuo libre y autónomo, en el centro de su propia teoría: de su reflexión, por así decirlo, brotan los impulsos fundamentales para el posterior desarrollo del Derecho.

Por lo tanto, la época jurídica actual comienza con el periodo de transición localizable a finales del siglo XVIII y abarca el siglo XIX, el siglo XX y lo que llevamos de siglo XXI.

¿Hay una metodología particular de la Historia penal contemporánea?

Creo que sí. Ni la historia del Derecho ni tampoco la del Derecho penal ni, en particular, la Historia jurídica contemporánea, pueden ser entendidas hoy como una mera historia de dogmas. De hecho, el Derecho, en tanto que *factor y resultado* de los desarrollos políticos, culturales, sociales y económicos, puede ser entendido, también en su particular evolución, como parte de una dinámica que abarca todo lo anterior de manera integral. Por lo tanto, la Historia jurídica y particularmente la del Derecho penal debe ser entendida como la historia de un aspecto (*Aspektgeschichte*), es decir, como la reflexión histórica desde la particular *perspectiva* del jurista.

Volvamos la vista, en este punto, a un lado: si la Historia jurídica, como historia de un aspecto específico,

comprende, entre otros, también aspectos culturales, este es el punto de partida también para hacer reflexiones significativas sobre la relación entre Derecho y Literatura. Me gusta pensar que la interpretación de una obra literaria realizada desde la doble perspectiva jurídica y filológica pueda entrañar nuevo conocimiento para sendos ámbitos. Por ello, he promovido en nuestro Instituto de Hagen, en el ámbito de la colección *Juristische Zeitgeschichte (Historia jurídica contemporánea)*, una sección especial que contiene textos literarios a los que acompañan comentarios escritos, respectivamente, por un jurista o historiador jurídico y por un filólogo. De este modo hemos publicado, por ejemplo, los famosos escritos de Verri y de Manzoni sobre los propagadores de la peste de Milán¹, así como la novela de Sciascia *Il giorno della civetta*².

Un segundo aspecto metodológico: que la Historia jurídica contemporánea que delimitada por una *época jurídica* implica necesariamente la identificación en esta de algunos principios jurídicos reconocidos como válidos. Se sigue de esto la posibilidad de rastrear la transposición (o la no transposición) de estos principios en su evolución (o devolución). De ello resulta posible evaluar tales evoluciones como positivas o negativas a la luz de las preguntas formuladas, cosa que los historiadores ven con gran escepticismo, pero que, sin embargo, practican no pocas veces, y también, eventualmente, extraer indicaciones para el presente. Esto es para mí el punto de contacto entre Historia jurídica e Historia penal y Derecho penal actual que abre la posibilidad de superar la deplorable ausencia de un sentido histórico en la ciencia penal actual.

¿Cuáles son las etapas importantes de la Historia penal contemporánea?

Aquí me debo limitar a anotar siete puntos esenciales:

- 1) La infravaloración por parte de los ilustrados del componente humanista de los cuatro procesos citados³ en favor de su componente utilitarista.
- 2) La teoría penal liberal y objetiva de Kant y de Feuerbach, que contiene la teoría de la limitación del Derecho penal a las lesiones de derechos.
- 3) La ofuscación de tal teoría debido al recurso al concepto de *bien jurídico* introducido por el penalista Johann Michael Franz Birnbaum.

1 Vornbaum, Thomas (coord.), Pest, Folter un Schandsäule. Der Mailänder Prozess wegen "Pestschmierereien" in Rechtskritik und Literatur, BWV, Berlín, 2008, en el que están incluidos Betrachtungen über die Folter, de Pietro Verri, y Die Geschichte der Schandsäule, de Alessandro Mazzini, con comentarios de Ezequiel Malarino y Helmut C. Jacobs.

2 Sciascia, Leonardo, Der Tag der Eule (Il giorno della civetta), BWV, Berlín, 2010, con comentarios de Gabriele Negri y Gisela Schlüter.

3 Secularización, individualización, racionalización y humanización.

- 4) La difusión de tal concepción en la práctica en virtud, por un lado, del positivismo jurídico y, por otro lado, de los diputados liberales que operaban en parlamentos caracterizados por compromisos políticos.
- 5) La imposición de una convergencia de las teorías de Kant y Feuerbach, a los cuales se añadió Hegel, en el curso de gran parte del siglo XIX, caracterizada por una mezcla de la idea de retribución con la de prevención general⁴.
- 6) La revigorización de la idea de fin de la pena⁵ en combinación con el “descubrimiento” del autor hacia finales del siglo XIX, en particular por parte de Franz von Liszt, que se refirió —quizá por influencia de autores italianos⁶— a tres categorías de delincuentes⁷ con las respectivas funciones de la pena.
- 7) La extensión de la subjetivización desde el ámbito de la política criminal y de la medida de la pena, ámbito al cual Von Liszt la quiso restringir, al de la dogmática penal, ámbito este que Von Liszt, por el contrario, había proclamado como la *Magna Charta* del delincuente, culminando, dicho desarrollo, en la teoría penal nazi.

Análisis del Derecho penal nazi

Y he aquí que llegamos a un punto evidentemente importante para el debate penal y la Historia penal en Alemania, siendo la “cuestión nazi” el objeto de reflexiones en sendos campos de investigación: el problema central se identifica con los términos, alternativos, de “ruptura” o “continuidad”.

En la historiografía es pacífico: los doce años del Nazismo fueron años oscuros que representaron una

fractura en la historia alemana y, en efecto, la locución “ruptura de la civilización” (*Zivilisationsbruch*) se ha asentado ya desde hace algún tiempo. Esta conclusión es ciertamente correcta si se dirige a subrayar que en tal periodo han tenido lugar acontecimientos que, desde todos los puntos de vista, representan un momento catastrófico de la historia alemana. En efecto, antes de 1933 y después de 1945 no se puede encontrar nada equiparable a la eliminación, programada de manera logística y ejecutada de manera industrial, de millones de hombres “de raza diversa” en nombre una presunta teoría científica de la raza.

No obstante, en los últimos años, la investigación histórica ha encontrado numerosos “aspectos de normalidad” en el Nazismo, no solo a la luz de la banal consideración de que, bajo todo tipo de sistema político, los hombres conducen como pueden su vida cotidiana, sino también sacando a la luz numerosos factores de modernización. La crítica a estos análisis deriva en gran parte de una precomprensión positiva ligada al concepto de “moderno”. Yo no comparto *esta* precomprensión de lo “moderno”. El perfeccionamiento técnico-burocrático del homicidio de masa hasta el punto de poner en marcha un sistema de trenes de mercancía dirigidos a los campos de exterminio constituye también una espantosa forma de manifestación de la modernidad.

Por lo tanto, el régimen nazi, sin entrar a considerar su desmesura criminal, se inscribe en una estructura evolutiva que parte ya de antes de 1933 y no se interrumpe en 1945. Y elementos de tal modernización se pueden rastrear también en el Derecho y en el Derecho penal⁸.

4 La elaboración de teorías preventivo-generales en términos kantianos se vio favorecida sobre todo por el hecho de que, después de Feuerbach, los conceptos que eran entendidos previamente como transcendentales (p.ej., Estado, Derecho y Libertad), fueron traducidos a conceptos empíricos. La garantía de la libertad externa —que, según Kant, representaba la precondition de la posibilidad de actuar moralmente— se entiende, en el pensamiento de los juristas que se expresaban en términos kantianos, esencialmente como posibilidad de una vida tranquila y segura y, por lo tanto, de paz y seguridad. La filosofía kantiana se transforma así en un vehículo idóneo para representar como justa la idea de pena orientada a un fin.

5 Con la difusión de la teoría de los fines de la pena de Liszt cobra vigor un debate tradicional que, si bien había cumplido un papel importante ya en la filosofía de la Ilustración, había perdido relevancia de manera temporal desde comienzos del siglo XIX, al menos en la ciencia jurídica. Ya Beccaria había instaurado un preciso vínculo entre justicia y finalidad a través de la proposición “para ser justa, una pena no debe tener sino el grado de intensidad que baste para apartar a los hombres de los delitos”. De manera análoga, para Franz von Liszt: “la justicia en el Derecho penal reside en el respeto de la medida de la pena determinada por la idea de finalidad”.

6 Cf. Vornbaum, Thomas, “Echi della scuola positiva in Germania”, en *Diritto penal XXI Secolo*, 2011, pp. 505-516; y ahora en El mismo, *Saggi della storia del diritto penale moderno*, ESI, Nápoles, 2018, pp. 65-82.

7 Delincuente con capacidad y necesidad de ser reeducado; delincuente sin necesidad de ser reeducado; delincuente incapaz de ser reeducado.

8 Se puede demostrar mi tesis de la continuidad haciendo referencia a disposiciones legislativas emanadas durante el régimen nazi y que todavía están en vigor.

1) El parágrafo 23, apartado 2, del Código penal alemán prevé para la tentativa de delito una mera atenuación potestativa de la pena y, por lo tanto, el autor puede ser castigado con la pena prevista para el delito consumado. Por el contrario, el Código penal imperial de 1871 preveía como obligatoria la atenuación de la pena. La actual regulación se remonta, en una versión ligeramente modificada, al Decreto de adecuación del Derecho penal de 1943 (*Strafrechtsangleichungsverordnung*). En este decreto, por otra parte, se establecía lo que ya

Es necesario, en consecuencia, volver la mirada atrás y preguntarse sobre la relación entre la legislación penal nazi y la legislación penal previa a 1933. De este modo, se puede constatar que dichos problemas, sin excepción, se discutían ya en la reforma del Derecho penal de la República de Weimar y, a veces, incluso antes. De hecho, se inscriben en determinadas tendencias de la legislación y la ciencia penal que pueden ser relacionadas con los factores de *flexibilización*, *moralización*, *materialización* y *subjetivización* del Derecho penal: *flexibilización*, es decir, la prevalencia de la idea de finalidad entre los elementos de la idea de Derecho; *moralización*, es decir, el rechazo a la separación de la legalidad por un lado y la moral por el otro, del Derecho por un lado y de la ética por otro; *materialización*, es decir, la reducción de las garantías del Estado de Derecho y la llamada a “intervenciones energéticas” sobre la base de valoraciones de contenido, en particular a través del argumento de las lagunas de tutela; *subjetivización*, es decir, la sobrevaloración de los elementos relacionados con la personalidad del autor en lugar del desvalor del hecho.

En la legislación penal, los cuatro factores descritos convergen sobre dos aspectos: en el aumento del número de tipos penales (y, por lo tanto, en el aumento de la *criminalización*) y en el aumento de normas penales indeterminadas. Y esta tendencia de la legislación penal no se ha frenado después de 1945. Poner el acento en los perfiles de continuidad no implica una infravaloración del periodo nazi. Al contrario: la identificación de las continuidades hace evidente que también el periodo posterior a la monstruosidad nazi se ha revelado funesto para el ordenamiento jurídico y, en particular, para el Derecho penal. Desde un punto de vista recíproco: cuando el Derecho penal de ese periodo se revela en

gran parte compatible con el actual es el momento de plantear cuestiones críticas sobre este último.

Por otra parte, las criticadas tendencias del Derecho penal sufrieron de manera evidente una particular aceleración durante el régimen nazi. Este aspecto se puede sintetizar con el concepto de *radicalización* o *aceleración*, el cual tiene la ventaja de partir de la continuidad con el periodo anterior y tener en cuenta también las peculiaridades de aquel periodo. Efectivamente, no pocas de las normas controvertidas que se promulgaron durante el Nazismo habían sido discutidas ya en el periodo previo, aunque no habían entrado en vigor. En cualquier caso, la constatación de que un determinado elemento jurídico proviene del periodo nazi me parece un momento heurístico y, por tanto, un simple punto de partida para un análisis y una discusión proficua sobre la actual política criminal. La compatibilidad de una norma o cualquier otro elemento con el nazismo es sin ninguna duda motivo de crítica.

En definitiva, el examen del desarrollo del Derecho penal de los últimos doscientos años no puede confirmar la con frecuencia evocada tendencia del Derecho penal moderno hacia la suavidad y la humanización. El Derecho penal parece haberse hecho en este periodo más moderno. No obstante, más liberal, humano y suave lo ha sido, si acaso, en sectores específicos y en breves fases temporales, y a estas fases no pertenece el presente.

Este resumen demuestra, en mi opinión, que la dogmática del Derecho penal vigente y la Historia penal no son ámbitos separados de manera rigurosa de la investigación científica. Desde la perspectiva del Derecho penal vigente se puede intentar sintetizar el desarrollo descrito en un catálogo de elementos que, sin embargo, por razones de tiempo, debo desarrollar en las notas al

se había contemplado en el Proyecto de Código penal de 1936 y estaba previsto en distintas leyes penales especiales. Por el contrario, el último proyecto de reforma del Derecho penal del periodo de Weimar, de 1930, seguía estableciendo una atenuación obligatoria de la pena. A pesar de las sucesivas reformas del Derecho penal, la regulación de 1943 no ha sufrido variaciones esenciales.

2) La regulación legislativa de las medidas de seguridad (hoy previstas en los párrafos 61 a 72 del Código penal alemán) se remonta, como ya hemos adelantado, a una de las primeras iniciativas legislativas del nazismo, la Ley sobre la delincuencia habitual de 24 de noviembre de 1933. Por el contrario, el Código penal imperial de 1871 desconocía el sistema “de doble vía” de las consecuencias del delito: por un lado, las penas, que dependen de la culpabilidad, y por otro, las medidas de seguridad, que tienden a estar desvinculadas de dicho presupuesto. No tenían lugar medidas que no se fundamentaran en la culpabilidad y que estuvieran orientadas meramente a la prevención. Por lo tanto, también en este caso se dan una expansión y una exasperación del Derecho penal, uno de los más rigurosos de los últimos cien años, que hace su primera aparición durante el periodo nazi.

Naturalmente, hay conocidas explicaciones dogmáticas y político-criminales para muchas de las soluciones legislativas descritas. La posibilidad de que la tentativa de delito pueda ser castigada como el delito consumado se puede explicar a la luz del hecho de que el fundamento de la punibilidad de la tentativa reside en la actitud contraria al Derecho que el autor ha demostrado y, por lo tanto, en el desvalor de su conducta. Y dicho desvalor es idéntico en la tentativa y en la consumación. Por otra parte, las medidas de seguridad se pueden justificar a la luz de las exigencias preventivo-especiales del Derecho penal. Se trata, por lo tanto, de sólidas razones político-criminales. Sin embargo, haciendo referencia a las mismas se demuestra poco desde la perspectiva del historiador del Derecho, dado que bien puede ser que estas se fundamenten de cualquier manera en formas de pensar que se han formado, o al menos afirmado, en el periodo nazi.

pie⁹. Obviamente, los elementos de un catálogo de este tipo, que constituyen, a mi parecer, desde una perspectiva de un Derecho penal liberal, un catálogo del horror, no se han formado sobre un terreno social yermo, sino que están relacionados con las transformaciones sociales de los últimos más de cien años.

1) El desarrollo tecnológico, que es fuente de grandes riesgos en caso de error humano o técnico, desde la motorización del tráfico vial a la tecnología atómica.

2) El desarrollo del Estado moderno, de las instituciones, de la intervención y la protección, que hace uso de la ley penal como uno de sus instrumentos de gobierno.

3) La disolución de estructuras y condiciones sociales estables, desde la familia a los ámbitos subculturales (en particular sociales y religiosos) y el consecuente debilitamiento de los mecanismos de control social primario. Nuevos emprendedores morales, incluidos los partidos políticos, han ido y han venido para colmar las lagunas. Cada cual desea tener su parte en la utilización, que ya no es mínima, del Derecho penal: los conservadores por un Derecho penal que tutele al Estado; los socialdemócratas y los socialistas en el Derecho penal económico; los verdes en el Derecho penal medioambiental; las feministas en el Derecho penal sexual; los liberales en el abuso de las prestaciones sociales.

Estos factores se ven acentuados por una dramatización de la criminalidad que contradice todo el conocimiento proporcionado por las estadísticas criminales, que se refuerza por parte de la prensa y que al final suele producir lo que la política interpreta como necesidad de intervención.

¿Cuáles son, en mi opinión, las posibles consecuencias para la legislación, la ciencia penal y la aplicación de la ley?

Cuando se habla de **legislación**, no hay que olvidar que precisamente en el proceso legislativo democrático

co concurren muchos vectores que dan finalmente un resultado cuya formación depende legítimamente del compromiso político y de la decisión de la mayoría. Este es un lado del problema. El otro lado está constituido por la peculiar intensidad de la intervención penal en los derechos de los ciudadanos, lo cual llama a una reflexión en favor de una delimitación del arbitrio político en este ámbito. Ciertamente, no será posible substraer del todo el ámbito de la penalidad a la libre discrecionalidad de una mayoría parlamentaria, así como el arte o la religión, aunque solo sea por el motivo de que los criterios de las estructuras de base de esta materia son objeto de controversia en la propia ciencia penal.

Sin embargo, se podría pensar en una construcción *formal*. En este sentido, se puede recordar la propuesta que Knut Amelung formuló en adhesión al penalista ruso Jalinski, es decir, que se exija para la introducción de normas penales el requisito de una mayoría parlamentaria correspondiente a la que modifica la constitución. En Italia, por ejemplo, Giuseppe Losappio se ha expresado en tal sentido. En efecto, es discutible que los representantes del 50,1% de los electores puedan declarar con fuerza de ley como reprochable en el plano ético-social un comportamiento que el 49,9% no considera tal: y ello con efectos para la libertad y el honor de los ciudadanos involucrados. En un artículo publicado hace poco he intentado demostrar en detalle las consecuencias de este enfoque¹⁰.

Por lo que respecta a la **ciencia penal y a la política criminal**, propongo un enfoque que mi colega de Frankfurt Wolfgang Naucke llama “ciencia de los límites del derecho a castigar”. Esta propuesta tiene su origen en la distinción entre *pena* y Derecho penal, asignando a este último la tarea de delimitar el deseo de la sociedad, de la prensa y de la política de utilizar las *penas* y las medidas de seguridad como instrumentos de gobierno obvios y baratos. Mientras que Naucke basa

9 – Anticipación de la punibilidad (Vorfeldkriminalisierung) y expansión de la punibilidad al “campo circunstancial” (Umfeldkriminalisierung) mediante delitos de peligro abstracto, delitos asociativos y los llamados delitos de emprendimiento (Unternehmertatbestände), es decir, delitos en los que la tentativa se castiga legalmente como delito consumado.

– Inobservancia de los principios de determinación en el momento de la descripción del supuesto de hecho y de prohibición de la analogía en el momento de la interpretación de este.

– Catálogos de reglas ejemplificadoras en lugar de catálogos de casos taxativos.

– Elementos subjetivos del tipo como compensación de elementos objetivos del tipo demasiado amplios, en particular componente de la voluntad en lugar de una consumación objetiva del delito.

– Condiciones objetivas de punibilidad en lugar de elementos objetivos del tipo.

– Incremento y extensión de las posiciones de garante en los delitos omisivos impropios.

– Concesiones de amplios espacios para el juez en la determinación cualitativa y cuantitativa de las sanciones penales.

– Previsión de sanciones penales (medidas para la reeducación y medidas de seguridad) para autores no culpables, en particular para los no imputables.

– Tendencias a retornar a un modelo procesal burocrático-inquisitorio, caracterizado entre otras cosas por un debilitamiento creciente del principio de legalidad, por un reforzamiento de la posición de la acusación pública, por la exclusión y el control de la actividad de la defensa.

10 Vornbaum, Thomas, “Strafgesetzbuch als Verfassungsgesetz”, en Juristenzeitung, 2018, pp. 53-63; reimpr. en El mismo, Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik, 2ª ed., LIT, Münster, 2018, pp. 99-128.

esta tarea en argumentos sustanciales o de Derecho natural, por mi parte sugiero un enfoque para su concreción o estructuración basado en la tríada de Radbruch: *justicia, seguridad jurídica* y —sí también— *utilidad* (conformidad con la finalidad). Los tipos de delito y su interpretación no deben producir ni resultados injustos ni nocivos y deben satisfacer las exigencias de la seguridad jurídica. Si no se satisface alguno de estos tres requisitos, el tipo de delito o su interpretación deben ser modificados.

De los tres elementos indicados, la justicia y la utilidad —en términos operativos— contienen cada una por sí mismas un potencial tanto expansivo como restrictivo, mientras que la seguridad jurídica se expresa por regla general solo en clave restrictiva. En el actual momento histórico, la idea de la finalidad me parece el elemento del cual deriva el mayor peligro para un Derecho penal restrictivo, pero ha habido periodos en los que la argumentación mediante la conformidad a una finalidad ha tenido efectos prevalentemente en la dirección de un Derecho penal mejor delimitado.

Concebir de modo operativo el enfoque a una ciencia de los límites al castigo significa comprenderlo de manera dialéctica o, mejor dicho, dialógica, es decir, como un diálogo con los deseos punitivos en el curso del cual la carga de la prueba recae sobre la parte adversaria, de acuerdo con el principio *in dubio pro libertate*.

Sobre el tema del **concepto sustancial de delito**, actualmente no es posible llegar a nada mejor —en el sentido de un Derecho penal liberal— de lo que ofrece la teoría del bien jurídico. En todo caso, es importante que el argumento del bien jurídico —por retomar las palabras del penalista Lüderssen, colega recientemente fallecido— se utilice de manera asimétrica, es decir, no con la finalidad de realizar interpretaciones extensivas. Además, es necesario evitar la argumentación basada en el concepto de lagunas de punibilidad: *solo existen lagunas precisamente donde no hay punibilidad*.

Presumo que algunas de las propuestas que he formulado puede parecerles “utópica”, casi “fuera del mundo”, a alguno de Ustedes. Como historiador, sin embargo, sé que las utopías de ayer se convierten a veces en las realidades de hoy y que las utopías de hoy podrían ser un día la realidad. Hace trescientos años, ninguno creía en la posibilidad de un futuro en el que pudiera haber ciudades sin muros. Yo y otros pocos colegas penalistas pensamos que probablemente escribimos para una generación futura que ya no crea, como sucede hoy, que la política criminal es la mejor política social. Por el contrario, para el presente valen las palabras del poeta Gottfried Benn:

“No obstante, hay que seguir con la espada en la mano / Ante la hora del mundo.”**¹¹

** N. del Trad.: la traducción de los versos corresponde a José Manuel López de Abiada, en Gottfried Benn. Los poetas, Ed. Júcar, Madrid, 1983.

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