

36

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

S PRAVIDE ET PRO

# Revista

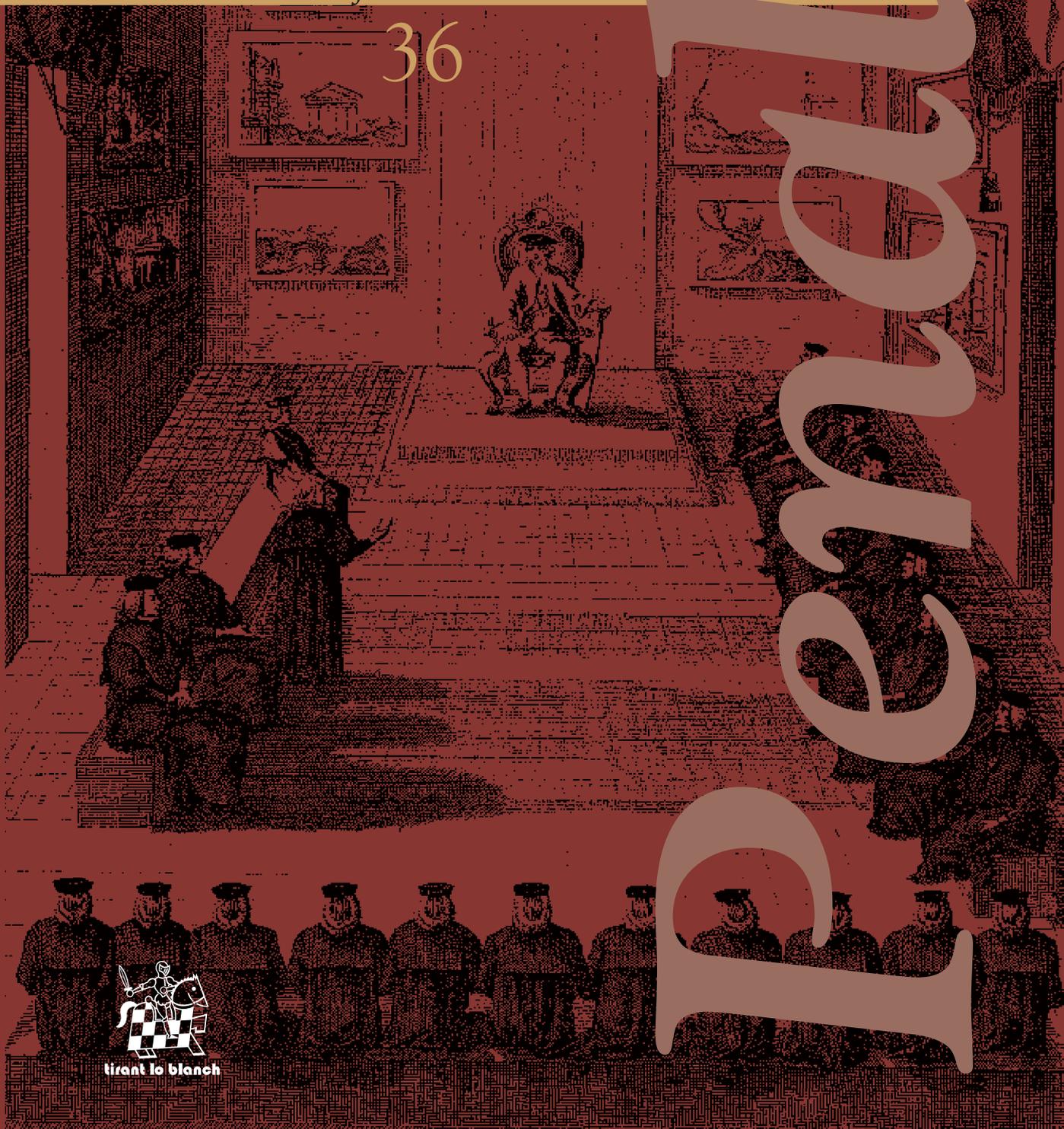
Julio 2015

36

Revista Penal

# Penal

Julio 2015



# Revista Penal

Número 36

## Sumario

---

### Doctrina:

- Política criminal sobre drogas en la era global y blanqueo de dinero, por *Miguel Abel Souto* ..... 5
- Historia y perspectivas respecto de la corrupción en Brasil, por *Paulo César Busato* ..... 14
- Sobre la realización iterativa de tipos penales y la necesaria delimitación entre la “unidad natural de acción” y el delito continuado, por *Viviana Caruso Fontán* ..... 36
- Clasificación en tercer grado y régimen abierto en el sistema penitenciario español, por *Salvador Cutiño Raya* ..... 61
- Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente, tras la reforma de 2015, por *José Luis de la Cuesta Arzamendi* ..... 86
- La nueva criminalización del proxenetismo, por *Alberto Daunis Rodríguez* ..... 105
- La culpa de la guerra en H. Arendt y K. Jaspers. Un comentario a la posición de A. Norrie sobre la imputación de responsabilidad y el Derecho penal internacional, por *Pablo Galain Palermo* ..... 122
- Del orden público al terrorismo pasando por la seguridad ciudadana: análisis de las reformas de 2015, por *Victor Manuel Macías Caro* ..... 133
- Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo, por *Joaquín Merino Herrera* ..... 145
- Dogmática penal y Política criminal en la Historia moderna del Derecho penal y en la actualidad penal, por *Francisco Muñoz Conde* ..... 172
- Medidas post-penitenciarias aplicables a los delincuentes sexuales: una visión desde el derecho norteamericano, por *Marc Salat Paisal* ..... 182
- El Derecho penal nacionalsocialista, por *Thomas Vormbaum* ..... 207

**Sistemas penales comparados:** Reformas en la legislación penal y procesal (2012-2015) “Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period (2012-2015)” ..... 217

**Notas bibliográficas,** por *Francisco Muñoz Conde* y *Gema Varona Martínez* ..... 296



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



**tirant lo blanch**

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

### **Dirección**

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

### **Secretarios de redacción**

Victor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad Complutense

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
David Baigún. Univ. Buenos Aires	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	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

### **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) 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) y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), 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**

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Yu Wang (China)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Frederico Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Ana Cecilia Morún Solano (República Dominicana)
Elena Núñez Castaño (España)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Ludovico Bin y Francesco Diamanti (Italia)	Pablo Galain Palermo y Sara Durán (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

[www.revistapenal.com](http://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](mailto: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](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.



## Dogmática penal y Política criminal en la Historia moderna del Derecho penal y en la actualidad penal

Francisco Muñoz Conde

Revista Penal, n.º 36. - Julio 2015

### Ficha Técnica

**Autor:** Francisco Muñoz Conde

**Adscripción institucional:** Catedrático de Derecho Penal. Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

**Resumen:** Tras la Segunda Guerra Mundial, la teoría alemana del Derecho penal (llamada Strafrechtsdogmatik) se convirtió en una teoría jurídica puramente sistemática del delito, basada en la estructura ontológica de la conducta humana, excluyendo de la misma la Política criminal. La polémica más importante en aquella época fue la discusión entre la teoría final y la teoría causal de la acción. Solo en el último cuarto del siglo XX empezó tener importancia la Política criminal, a partir de las reformas penales que se llevaron a cabo en aquella época. Desde entonces la relación entre Dogmática penal y Política criminal se hizo más estrecha, pero también más conflictiva. Actualmente las tendencias modernas político criminales han influenciado la Dogmática y provocado una expansión del derecho penal en nuevos sectores como el medio ambiente, la informática, las finanzas o el crimen organizado, lo que para la dogmática representa un importante reto al obligarle a renovar conceptos tradicionales como el de causalidad o responsabilidad individual. La actual discusión no se ocupa ya tanto de cuestiones sistemáticas como de los límites que puede oponer la Dogmática a las tendencias político criminales que no sólo provocan una enorme expansión del Derecho penal, sino incluso que éste pueda desbordar los principios del Estado de Derecho.

**Palabras clave:** Teoría alemana del Derecho Penal - Política criminal - Estado de Derecho.

**Abstract:** After the Second World War the German Criminal Law Theory (called Strafrechtsdogmatik) became a purely systematic Legal Theory of the Crime, based on the ontologish structure of the behaviour, the Criminal Policy was banned. The most important polemic of this period of time was the confrontation between the final and the causal theory of the action. Just in the last quarter of the last century with the penal reform became the Criminal Policy more important and was included by Claus Roxin in the system of the the theory of the crime. Since then the relationship between the dogmatic approach and the Criminal Policy became narrower and at the same time more conflictive. Now the modern tendencies on the Criminal Policy have influenced the German Dogmatic and caused an expansión of the Criminal Law to new fields like Environment, Computing, Finances, Organized criminality and so on; that present a challenge to the renovation of the traditional dogmatic concepts like causation, individual responsibility, etc. The theoretichal discussion now is not more the systematic approach, but how can the dogmatic put up resistance to this expansión of the Criminal Law according with the principles of the Empire of Law

**Key Words:** German Criminal Law Theory. Criminal Policy. Empire of Law

**Observaciones:** Traducción de Claudia Cárdenas Aravena. (Nota del Autor: Este trabajo fue publicado originariamente en lengua alemana en el Festschrift für Bernd Schünemann, Streibare Strafrechtswissenschaft, Berlin 2014, con el título: "Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in der modernen Strafrechtsgeschichte und dem strafrechtlichen Zeitgeschen" p. 787 ss. Posteriormente el texto en español, excelentemente traducido por Claudia Cárdenas, ha sido revisado y

actualizado por el autor (N. Del A.) añadiendo algunas referencias aparecidas posteriormente y las versiones en español de las obras citadas en el texto en alemán).

Rec: 17/5/2015 Fav: 25/5/2015

1. Al inicio de los años 40, el compositor alemán Paul Hindemith, que entonces vivía en el exilio, dijo: “la teoría de la armonía, que una vez fuera considerada y alabada como método de enseñanza imprescindible e insuperable, ha debido bajar del pedestal en el que ha sido puesta por la veneración” (Paul Hindemith, *Aufgaben für Harmonieschüler*, edición alemana de 1949, p. 5, Nota del Autor: Hay traducción española con el título: “Armonía tradicional, Libro 1º, traducida de la versión inglesa por Emilio Argel, Buenos Aires, s.f.).

¿Podremos decir lo mismo en relación con la Dogmática penal tradicional alemana?

Es evidente que en la actualidad la legislación penal y la jurisprudencia han seguido caminos que no han podido ser seguidos por la Dogmática penal. Conceptos como el de acción o de bien jurídico; diferencias como aquellas entre acción y omisión, dolo directo y dolo eventual, delitos de peligro abstracto y concreto, error de tipo y error de prohibición, o el apego estricto al principio de legalidad, se han reemplazado, en el terreno de la Dogmática penal del llamado Derecho penal “moderno” por bienes jurídicos universales, responsabilidad objetiva sin determinación de la causalidad, imputación de omisiones mediante cláusulas indeterminadas, conceptos técnicos y leyes penales en blanco. Estos son, entre otros, las causas de que la Dogmática penal tradicional se quedara atrás en la carrera entre teoría y práctica. “Si estuviésemos convencidos de que la Dogmática penal de cuño alemán todavía es la gramática más profunda y más ampliamente desarrollada de la imputación penal”, como ha dicho *Silva Sánchez* recientemente<sup>1</sup>, entonces hay que probar que también puede reaccionar adecuadamente, con sus instrumentos, a los desafíos y exigencias de esta época.

En los últimos años, las reformas en materia penal se han caracterizado sobre todo porque el legislador ha utilizado también instrumentos penales para la lucha contra los grandes riesgos modernos: la economía, el medio ambiente, el tratamiento de datos, el sistema público de salud, la responsabilidad por el producto, los impuestos, la corrupción, la criminalidad organizada. El Código penal español de 1995 y sus sucesivas reformas hasta hoy nos ofrecen un buen ejemplo de esta tendencia<sup>2</sup>.

También la jurisprudencia se ha visto expuesta a los nuevos problemas que plantean los desarrollos técnicos y sociales, como se vio en Alemania por ejemplo en los casos del “producto protector de la madera” (*Holzschutzmittel*), o del “producto protector para cueros” (*Lederspray*); y en España con la intoxicación masiva por consumo de aceite de colza adulterado<sup>3</sup>.

Es claro por qué la Dogmática penal clásica no responde a estas exigencias correctamente o de un modo suficiente. En ella se requiere una imputación del hecho delictivo a una sola persona humana, no a personas jurídicas o a grupos de personas; se exige una investigación precisa y determinada de las relaciones causales entre acciones y daños; y en ella son fundamentales las diferencias entre acción y omisión, entre dolo e imprudencia, entre autoría y participación. Por eso Winfried Hassemer se preguntó, desde que comenzó lo que él llamó “modernización” del Derecho penal, si éste, con sus garantías e instrumentos tradicionales, tenía que adecuarse a los desarrollos técnicos modernos, o si más bien se debían buscar otros instrumentos jurídicos que permitan reaccionar a esos desarrollos de mejor forma que con el Derecho penal (lo que Hassemer llamó “Derecho de la intervención” (*Interventionsrecht*)<sup>4</sup>.

1 SILVA SÁNCHEZ, en: GA, 11, 2013, p. 609.

2 Cfr. MUÑOZ CONDE, *Das Strafgesetzbuch Spaniens und seine Reformen (1995/2010): Zwischen modernen und Feindstrafrecht*, en: FS Imme Roxin, 2012, p. 789. (N del A: Estas tendencias hacia un derecho penal cada vez más autoritario se han reflejan aún con mayor claridad en la reforma que se ha hecho del Código penal español en el 2015).

3 Vid. por ejemplo la sentencia del Tribunal Federal alemán (BGH 1990, 2560, 2562) en el caso “Lederspray”. Sobre el particular HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 1994, p. 32 y ss.; o en España la sentencia del Tribunal Supremo en el caso del aceite de colza adulterado (STS 24.06.1992). Sobre ello, MUÑOZ CONDE, en: *Hassemer/Muñoz Conde*, La responsabilidad por el producto en Derecho penal, Valencia 1995; el mismo, *Causation and Evidence*, en Nijboer/Reintjes (editores), *Proceedings of the first World Conference on New Trends in Criminal Investigation and Evidence*, 1997.

4 Cfr. HASSEMER (nota 3), *loc. cit.* p. 1 y ss.

Esta alternativa conduce a los fundamentos de la Dogmática penal, y se presenta siempre en relación con las necesidades concretas político criminales que la han desencadenado. En el centro de la discusión están conceptos centrales de la dogmática penal como bien jurídico, principio de culpabilidad, responsabilidad individual, causalidad, error, responsabilidad de diversas personas. En realidad no existe una categoría básica de la Dogmática penal que no sea actividad por esta nueva realidad. La opción que se adopte en este contexto tiene múltiples consecuencias también para la Dogmática penal. Se trata, por una parte, de un sistema penal que respete las garantías tradicionales, medurado, y, por otra, de un Derecho penal que pueda reaccionar a las exigencias modernas de manera efectiva.

¿Qué puede hacer en este punto la Dogmática penal? ¿Saludar la expansión del Derecho penal y estar dispuesta a cambiar los conceptos tradicionales y adoptar los nuevos (a saber, bienes jurídicos universales, delitos de peligro abstracto, etc.) para poder adaptarse así a la “modernización” del Derecho penal? ¿O criticar esas tendencias y, encerrada en sí misma, alzar los conceptos centrales de causalidad, delitos de daño, culpabilidad, etc., como obstáculos insalvables contra esas tendencias? La discusión está en curso, y en todo caso cabe esperar aquí que lleve a una reformulación de los límites y consecuencias de la Dogmática penal. Esto solamente puede suceder si la Dogmática penal incluye a la Política criminal, es decir, las nuevas tendencias político-criminales, desarrollando sobre esa base nuevos conceptos e instrumentos, para estar en situación de colaborar en la solución de los problemas de la sociedad moderna de manera productiva. En este punto no puede olvidarse que la relación entre Dogmática penal y Política criminal en la historia moderna del Derecho penal no ha sido idílica, sino que ha estado llena de conflictos e, incluso en la actualidad, sigue estando llena de dudas, frágil e igualmente rica en conflictos<sup>5</sup>.

2. Si se mira la situación de la Dogmática penal alemana tras la Segunda Guerra Mundial, puede decirse que no tenía aparentemente ninguna relación con la Po-

lítica criminal. La estructuración escalonada del concepto de delito en los elementos básicos acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que desde Beling se consideraran como partes constitutivas de la Dogmática penal, seguían estando fuera de discusión después de la Segunda Guerra Mundial. También la clasificación de las eximentes de la responsabilidad penal en causas de justificación y de exculpación, una idea básica de la Dogmática penal alemana, continuaron siendo aceptadas<sup>6</sup>.

Como ya expresé en mi monografía sobre Edmund Mezger<sup>7</sup>, el principal tema de la Dogmática penal alemana de la postguerra fue la discusión sobre el concepto ontológico de acción y la clasificación sistemática del dolo en la teoría del delito. Si se recuerda la apasionada polémica entre los partidarios de la teoría de la acción causal y los de la teoría de la acción final en los años 50 y 60 del siglo XX en la República Federal Alemana, se tiene inmediatamente la impresión de que el principal exponente de la teoría de la acción causal, Edmund Mezger, también quería, con ello, echar tierra sobre su “pasado problemático” durante el nacionalsocialismo. Después de tantos pecados se impuso un castigo severo y duro. El medio elegido para ello fue una Dogmática penal a la que Mezger había contribuido de manera ejemplar durante la República de Weimar —vale decir antes de que Hitler asumiera el poder— con su “Tratado de Derecho penal” (“Strafrecht”, 1ra. edición 1931, 2da. edición 1933, N del A: traducido al español por José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid 1935). Ya en los años 50 volvió a acordarse súbitamente de esa Dogmática penal y la convirtió en el tema central de una monografía que debía servir de actualización de su “Tratado” (3ra. edición 1949, con texto idéntico al de la 2da. edición). Esta monografía se llama “Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik” (1950). En la primera página tras una cita del Fausto de Goethe “En el principio era el sentido”, se encuentra el siguiente texto:

*“Por largo tiempo, la Dogmática penal ha estado apartada del interés jurídico-penal. Su hermana más joven y mundana, la Política criminal, la había desplazado a las*

5 Sobre las diferencias entre la Historia moderna del Derecho penal y la actualidad penal, vid. VORMBAUM, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 2da. edición, 2010, p. 22 y s. (N del A.: De esta obra existe traducción al inglés y al italiano, y se preparan actualmente traducciones al español y al chino).

6 Sobre eso, SCHÜNEMANN, Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld, en: Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium für Claus Roxin, 1995, p. 161; el mismo, en: FS Roxin, 2001, p. 1 y ss.; MUÑOZ CONDE, Universalizing Criminal Law, Tulsa Law Review, 2005; el mismo, Is it possible an Universal System of Criminal Law?, en: He Bingsong (editor), Reflection and reconstruction of the theoretical System of Criminal Law in the Age of Globalisation, Pekín 2008.

7 “Edmund MEZGER, Beiträge zu einem Juristenleben”, Berlín 2007. (En español: “Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo”, 4ª edición, Valencia, 2003).

*sombras. En el último tiempo ha habido un cambio en esta situación, y ahora vuelven a tener más relevancia las cuestiones dogmáticas”<sup>8</sup>.*

Evidentemente ya no quería hablar del “exterminio (*Ausmerzung*) de los social o racialmente dañinos” como tarea política-criminal del Derecho penal, que había propuesto durante el Nacionalsocialismo<sup>9</sup>; el terreno no era ya el del Estado nazi racista. En su lugar, tomó parte, con real entusiasmo, en el debate sobre el concepto ontológico de acción y la ubicación sistemática del dolo en la teoría del delito, que en cierto modo inició con esa monografía escrita el año 1950, aunque con mucho menos ahínco que el que había empleado en colaborar con el régimen nazi en los años 30 y 40<sup>10</sup>.

Veinte años después, Hans Welzel, el representante de la teoría de la acción final que en los años anteriores discutió con Mezger sobre el concepto ontológico de acción, llegó a decir que la Dogmática penal solamente había podido resistir e nacionalsocialismo por haber creado “un espacio neutral”. Literalmente decía al respecto:

*“Pero en los destinos que la dogmática vivió y superó en el Tercer Reich, se muestra otro aspecto fundamental. El hecho de que haya sobrevivido a la tormenta política, que la ciencia haya podido volver a relacionarse con ella prácticamente intacta, y haya podido seguirla desarrollando luego del colapso del Tercer Reich, tiene su razón de ser en que había creado un lugar ideológicamente neutral. La dogmática puede neutralizar en una medida óptima al Derecho, ámbito muy vulnerable a la ideología, especialmente el Derecho penal”<sup>11</sup>.*

Si la Dogmática puede neutralizar de manera óptima el área altamente vulnerable a la ideología que es el derecho, en especial el Derecho penal, puede dejarse sin discutir aquí. Una cosa es, sin embargo, segura: con la subjetivación del Derecho penal, la teoría de la acción final de Welzel se situaba muy cerca de un “Derecho penal del ánimo” y tal vez también en las aguas de navegación del Derecho penal nacionalsocialista, provocando una expansión del Derecho penal con la teoría subjetiva de la tentativa y con el hecho de que la consecuencia de que la atenuación de la pena sea solo facultativa, el reconocimiento de elementos justificativos subjetivos y la consecuencia de que la comprobación de los requisitos objetivos de una justificación no sean suficientes, y la separación entre el error de tipo y el error de prohibición con un tratamiento del error de prohibición que resulta desventajoso para el ciudadano<sup>12</sup>. Estas son consecuencias político criminales de la teoría de la acción final, de las que ya bien podría haber sido consciente Welzel y son una buena prueba que la teoría de la Dogmática penal solo en apariencia es pura y que también tiene consecuencias político criminales y persigue, por tanto, finalidades político criminales.

Es hoy, sin embargo, claro que la discusión dogmática penal de entonces también fue utilizada por quienes directa o indirectamente habían seguido las directrices político-criminales del nacionalsocialismo, como una especie de “*refugium peccatorum*”. La vuelta a la dogmática y la discusión sobre la estructura ontológica de la acción también podía servir como pretexto y como

8 Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950, p. 1 (Hay traducción al español de Muñoz Conde, “Modernas orientaciones en la Ciencia del derecho penal”, Valencia 2000)).

9 Cfr. por ejemplo el prólogo a “Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage” (1934). Sobre el particular MUÑOZ CONDE, Edmund Mezger (nota 7), p. 3 y ss., 15 y ss.

10 En su obra “Moderne Wege” (1950) y en su libro de estudio (desde 1950, varias ediciones) puede verse que Mezger no prescindió completamente de algunas teorías que había defendido durante el nacionalsocialismo, en armonía con la política criminal nacionalsocialista. Así, por ejemplo, defiende, respecto del tratamiento del error de derecho la llamada teoría limitada del dolo (ceguera jurídica, “Rechtsblindheit”) que ya había propuesto en el libro en homenaje a Kohlrausch (1944, p. 180 y ss.), para castigar “*crimina odiosa*” (crímenes de odio), como la “profanación racial” (*Rassenschande*), aborto o prácticas homosexuales con la pena del delito doloso. También su participación como Vicepresidente de la “Grosse Strafrechtskommission” en los años 50 probó que, igualmente después de la guerra, seguía interesado en la política criminal y quería introducir intereses político-criminales en la dogmática jurídico penal. Sobre el particular, THULFAUT, Kriminalpolitik und Strafrechtslehre bei Edmund Mezger (1883-1962), 1999, p. 291 y ss.; MUÑOZ CONDE, Edmund Mezger (nota 7), p. 5, nota 18.

11 WELZEL, Zur Dogmatik im Strafrecht, en: FS Maurach, 1972, p. 5.

12 Cfr. VORMBAUM, Einführung (nota 5) p. 247/248, quien sin embargo niega que esa subjetivación forzosamente entre en las cercanías de un “Derecho penal del ánimo”. (N del A.: Sobre las vinculaciones de Welzel con el nacionalsocialismo, véase Monika FROMMEL, “Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción”, trad. de Muñoz Conde, en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1989; y más recientemente el trabajo de Jean Pierre MATUS ACUÑA, “Nacionalsocialismo y Derecho penal: Apuntes sobre el caso de H. Welzel. Un homenaje tardío a Joachim Vogel”, en Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 12/2014, p. 622/628, quien no sólo demuestra, con documentos irrefutables, las vinculaciones que tuvo Welzel con las autoridades y asociaciones académicas de profesores nacionalsocialistas en su etapa de profesor en Colonia y en Gotinga, sino también la afinidad de su concepción originaria del derecho penal con la de la ideología nacionalsocialista. Sobre la repercusión de la polémica entre causalismo y finalismo en el derecho penal español, véase MUÑOZ CONDE, “La polémica causalismo-finalismo en el Derecho penal español durante la dictadura franquista”, en Revista Penal 2015, p. 129 ss.

forma de correr un velo sobre el pasado. Con gran claridad lo puso de relieve Winfried Hassemer:

“Quien en la postguerra echaba mano del debate sobre el Derecho natural y fundaba el Derecho penal sobre seguridades apriorísticas y estructuras lógico-materiales, dirigía el foco de la ciencia a un aspecto atemporal y podía estar seguro frente a las preguntas incómodas por el pasado reciente”<sup>13</sup>.

Y la misma idea expresa Thomas Vormbaum<sup>14</sup>, cuando dice:

“Después de 1945 (...) una parte importante de la ciencia penal y de la práctica entraron en la aguas de navegación del Derecho natural conservador de la era de Adenauer. En Derecho penal, eso significó un renacimiento de una teoría dura de la expiación. Una Dogmática penal altamente artificial se entendió como reacción al ‘método de comprensión global e intuitivo’ de la época nazi”.

En la postguerra los representantes entonces más influyentes de la Dogmática penal, Edmund Mezger y Hans Welzel, tomaron parte de la reforma del Derecho penal como miembros de la “Gran Comisión de Derecho Penal” (“*große Strafrechtskommission*”), y en esta sede discutieron con argumentos políticos (criminales) y tomaron posición sobre cuestiones político criminales que aparentemente solo eran dogmáticas, como, por ejemplo, el tratamiento del error de prohibición<sup>15</sup>. Sobre todo se ve esto en algunos ámbitos de la Parte especial del Proyecto que emanó de la “*grosse Strafrechtsreformkommission*” en 1959, donde las cuestiones político-criminales jugaron un rol relevante; así, por ejemplo, como consecuencia de la Guerra Fría, tuvo una gran expansión el Derecho penal para la protección del Estado, en el que se decretaron la prohibición de ejercer profesiones (*Berufsverbot*) y la condena de miles de comunistas; y en el ámbito del Derecho penal sexual, el mantenimiento del adulterio, de las prácticas homo-

sexuales entre adultos y la sodomía o la introducción de la inseminación heteróloga como delitos. Estos ejemplos prueban cuán fuerte era el espíritu conservador que dominaba todavía la Política criminal de entonces<sup>16</sup>.

Pero es que además en aquel tiempo también se quisieron resolver algunos problemas políticos (criminales) con ayuda de la Dogmática penal. Esto puede verse claramente cuando se observa el tratamiento que se dio entonces a los homicidios y asesinatos cometidos por los partidarios del régimen nacionalsocialista. Así, por ejemplo, la jurisprudencia siguió sosteniendo férreamente una teoría subjetiva de la autoría y la participación, según la cual se considera que hay complicidad cuando la persona que ha ejecutado los elementos típicos ha seguido las órdenes de otro (Hitler, Himmler) y no actúa movido por intereses propios, de modo que aun en casos de los delitos más graves era posible aplicar penas privativas de libertad de corta duración y, aún más, suspenderlas condicionalmente<sup>17</sup>. A eso se agregó posteriormente una amnistía encubierta de las personas acusadas de estos delitos, con la entrada en vigor el 1 de octubre de 1968 de la ley introductoria de la ley sobre infracciones administrativas (*Einführungsgesetz zum Ordnungswidrigkeitengesetz*) de 1968, que mediante una reforma §50 pfo. 2 (en la actualidad §28, I) del Código Penal alemán (StGB)\* permitió aplicar la prescripción calificando ejecuciones masivas y el exterminio de miles de personas llevado a cabo en los Campos de Exterminio, como simples homicidios y no como asesinatos, considerando que no concurrían en los ejecutores el móvil racista, sino que simplemente llevaban a cabo las ordenes de exterminio impartidas por los Jefes superiores del aparato de poder nazi, Hitler, Himmler y Heydrich, en los que sí concurrían el móvil bajo racista, que, si hubieran vivido, hubiera determinado su condena como autores de asesinato<sup>18</sup>.

13 Cfr. HASSEMER, en: *Eser/Hassemer/Burkhardt*, Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, p. 21 ss. (N del A: Hay traducción española de esta obra colectiva, dirigida por Muóz Conde, “La Ciencia del Derecho penal en el cambio de Milenio”, Valencia 2000).

14 VORMBAUM, Einführung (nota 6) p. 245.

15 Vid. THULFAUT (nota 10), *loc. cit.*, p. 309 y ss., quien describe la discusión entre Welzel y Mezger dentro de la “*grossen Strafrechtskommission*” en relación a tratamiento del error, en la que Welzel criticaba a la teoría limitada del dolo, defendida por Mezger, que habría una relación directa entre las tests defendidas por Mezger y la dictadura nacionalsocialista.

16 Cfr. JESCHECK, Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform, Tübingen 1957.

17 Cfr. JUST-DAHLMAN/JUST, Die Gehilfen, 1988, p. 174.

\*Este precepto decía así; 2. “Si faltan en el partícipe las específicas cualidades, relaciones o circunstancias personales (elementos personales especiales), que fundamentan la penalidad del autor, la pena correspondiente debe ser atenuada conforme a la pena de la tentativa” (N del A.).

18 Vid. GREVE, Amnestierung von NS-Gehilfen - eine Panne?, en: Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte, 4 (2002/2003), p. 295 y ss. Sobre el particular VORMBAUM, Einführung (nota 5), p. 229 y ss., quien describe las distintas estrategias que había entonces para el tratamiento teórico penal y dogmático penal de los delitos del nacionalsocialismo. (N. del A.; Más recientemente me he ocupado extensamente de este tema en: “La atenuación facultativa de la pena del partícipe en los delitos especiales como instrumento para la

Tuvieron que pasar todavía muchos años, para que, con otra mentalidad acerca del tratamiento penal del pasado de los regímenes dictatoriales y, en este caso, el del régimen comunista de la República Democrática alemana antes de la caída del Muro de Berlín, el Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH) aceptara la teoría de Roxin de tratar constelaciones como esas como casos de autoría mediata por control de un aparato organizado de poder<sup>19</sup>, que fue la teoría que se aplicó en los respectivos procesos penales que se llevaron a cabo, tras la caída del Muro de Berlín, contra algunos miembros del Gobierno de la ex República Democrática Alemana, condenándolos como autores (mediatos) por los homicidios cometidos por los Guardias de la frontera, de la personas que intentaron huir a la República Federal de Alemania, cruzando el Muro de Berlín<sup>20</sup>.

En general, teorías como ésta de Roxin o como la del *dolus eventualis* en el delito de prevaricación judicial había sido desechadas anteriormente por la jurisprudencia y por la doctrina cuando se trató de juzgar los crímenes nacionalsocialistas y las sentencias injustas dictadas por el poder judicial durante el período nazi. Sin embargo, fueron aplicadas cuando se juzgaron los delitos cometidos por los dirigentes y autoridades judiciales de la República Democrática Alemana<sup>21</sup>.

Estos son solamente ejemplos que comprueban cuan fuerte fue la influencia de la Política criminal en algunas construcciones de la Dogmática penal de aquella época, aunque Welzel insistiera luego en su Tratado de Derecho penal que ella sólo se ocupaba de estudiar e investigar cuestiones puramente sistemáticas, para elevar “la aplicación del Derecho por encima de la casualidad y la arbitrariedad”<sup>22</sup>.

3. Sin embargo, en los años 60 la Ciencia penal alemana sufrió un profundo cambio, en cuanto la Política

criminal ganó cada vez más interés. Una razón para ello fue la reforma del Código penal alemán, que había comenzado ya a fines de los años 50 y que tras varios Proyectos (1959/1960) decantó en el Proyecto de 1962. Este Proyecto, de fuerte impronta conservadora como no podía ser de otro modo por ser ésta la impronta que tenían muchos de sus redactores, fue prontamente criticado por un grupo de penalistas más jóvenes, que no tenían implicaciones con el régimen nazi. Como consecuencia de esta crítica publicaron ya en 1966 un Proyecto Alternativo de Código penal (*Alternativ Entwurf*). Además, desde 1969 se dictaron una serie de leyes para la Reforma del Derecho penal, no solo de la Parte General del StGB (delitos de omisión impropios, error de tipo y de prohibición, la tentativa, autoría y participación, el sistema de sanciones), sino también de la Parte Especial (derogación de disposiciones que no se correspondían ya con los tiempos, como el adulterio, regulaciones sobre el duelo, sodomía o modificaciones en los delitos relacionados con la religión, regulando ahora los delitos sexuales bajo el título “delitos contra la autodeterminación sexual”, dando una nueva regulación a los delitos de protesta (*Demonstrationsstrafaten*), aborto, etc.)<sup>23</sup>.

Evidentemente, cuando se trata de reformar la legislación penal, no son los problemas de Dogmática penal, sino los de la Política criminal los que tienen prioridad. La importancia de la Dogmática penal, en cuanto se la entiende como una dogmática puramente sistemática y esotérica es muy limitada para una reforma penal. Pero ya inicios de los años 70 Claus Roxin, uno de los coautores de Proyecto Alternativo, propuso integrar en el análisis dogmático de la teoría del delito también a la finalidad político-criminal<sup>24</sup>. Roxin ya había criticado duramente las consecuencias limitadas a la sistemática

---

elaboración jurídica del pasado”, en Revista Penal, 2015, p. 313 ss.; también en Homenaje al Profesor Alfredo Etcheverry, Santiago de Chile, 2015.

19 ROXIN, GA 1963, p. 193 y ss.

20 BGH 40, p. 268. Sobre el particular MUÑOZ CONDE, Die mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate als Instrument der juristischen Aufarbeitung der Vergangenheit, en: FS Wolter, 2013, p. 1427. (N del A. Hay también una versión en español de este trabajo: “La autoría mediata por control de aparato de poder como instrumento de la elaboración jurídica del pasado”, en Revista Penal, 2013 (también en Homenaje Nodier Agudelo, Bogotá 2013).

21 Cfr. VORMBAUM, Einführung (nota 5), p. 234. Sobre la responsabilidad penal de los jueces de la RDA por prevaricación, vid. asimismo VORMBAUM, Anmerkungen zum Urteil des LG Berlin vom 17. August 1992, Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik, 2011, p. 157 y ss.; SPENDEL, Rechtsbeugung durch Rechtsprechung, 1984, p. 55 y ss.

22 WELZEL, Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 11a. edición 1969, p. 1.

23 Acerca de las diversas leyes para la reforma del derecho penal desde 1969 hasta 1975, vid. VORMBAUM, Einführung (nota 5), p. 242 y s. Sobre los proyectos de reforma desde 1959 hasta 1966, incluyendo el proyecto alternativo, vid. VORMBAUM/RENTROP, Reform des Strafgesetzbuches, 2008, tomo 3, 1 y ss., 367 y ss.

24 ROXIN, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1ra. edición, 1970 (En español traducción de Muñoz Conde, “Política criminal y sistema del Derecho penal”, Barcelona 1972).

ca interna de la teoría de la acción final en 1962<sup>25</sup>, y en su monografía de 1970 confrontó el sistema penal tradicional con la política criminal con las siguientes palabras:

*“¿En qué ayuda, empero, la solución de un problema jurídico, si con bella univocidad y regularidad yerra en lo político criminal? ¿Debería realmente preferirse a una solución satisfactoria, aunque imposible de integrar, del caso concreto?”<sup>26</sup>.*

Con el lema de que “la coherencia jurídica y la conveniencia político-criminal no se pueden contradecir entre sí, sino que deben ser llevadas a una síntesis”<sup>27</sup> Roxin quería integrar las consecuencias externas al sistema (para él la Política criminal) y proponer, como tarea de la Dogmática penal, “mirar, desarrollar y sistematizar a las categorías individuales del delito, desde el inicio, teniendo a la vista su función político-criminal”<sup>28</sup>.

Desde entonces ya no se puede decir que la Dogmática penal alemana no tenga relación con la Política criminal<sup>29</sup>.

Del otro lado, la llamada Escuela de Frankfurt, con Hassemer, Naucke y Lüderssen como sus representantes principales, había llamado la atención, desde inicios de los años 80, acerca de los peligros que conlleva una Política criminal demasiado pragmática para las garantías y derechos de los ciudadanos frente al poder punitivo del Estado, para el carácter de “ultima ratio” y para el principio de intervención penal mínima si, a cualquier costo, se quiere solucionar problemas con la ayuda del Derecho penal, que no son propios del Derecho penal o que podrían ser solucionados de manera menos radical y satisfactoriamente mediante otras ramas del derecho o mediante la aplicación de medidas puramente técnicas, como sucede por ejemplo con muchas de las graves contaminaciones del medio ambiente o con la responsabilidad por productos defectuosos<sup>30</sup>.

Sea como sea, los problemas político-criminales han pasado en la actualidad a ser problemas fundamentales del Derecho penal no solamente para los políticos que se ocupan de la elaboración de normas penales y deben dar cuenta ante los votantes y la opinión pública la eficacia de su forma de operar, sino también para los teóricos, Catedráticos y consultores políticos en este ámbito. Si la Dogmática penal sigue aferrada a los principios clásicos de la punibilidad echando mano de una interpretación estricta de los tipos que se encuentran en las leyes penales, determinando con precisión los requisitos objetivos y subjetivos de la responsabilidad penal; pero se muestra indiferente a los intereses político-criminales que deben ser alcanzados con el Derecho penal, o incluso se muestra bastante alejada de esos intereses; entonces se convertirá en una Dogmática contra productiva desde el punto de vista político-criminal; es decir, en un obstáculo para una Política criminal que quiera utilizar el Derecho penal como un instrumento relevante para la configuración de la vida social y para la solución de problemas que el progreso tecnológico y el desarrollo económico han creado en las sociedades modernas.

Pero frente a esta orientación puramente dogmática del Derecho penal, que se refleja en la conocida frase de Franz von Liszt, según la cual el Derecho penal debía ser “la barrera infranqueable de la Política criminal”<sup>31</sup>, pronto se formó una corriente, de acuerdo con los signos de los tiempos, que quiere adecuar la Dogmática penal, sus conceptos y sus construcciones sistemáticas a las nuevas necesidades político-criminales. Así, se comenzó primero a complementar y después reemplazar al concepto de causalidad por el de imputación objetiva; las diferencias entre acción y omisión se volvieron cada vez más deslavadas, cuando no se suprimieron del todo en beneficio de una construcción normativa que no basa tanto la imputación objetiva de

25 Cfr. ROXIN, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStW, 64 1962, p. 515 y ss. (N del A. Hay traducción española realizada por Diego Luzón Peña y publicada junto con otros artículo de Roxin, igualmente traducidos por Luzón Peña, bajo el título “Problemas fundamentales del Derecho penal”, Madrid 1976).

26 Kriminalpolitik (nota 24), p. 4

27 *Loc. cit.*, 10.

28 *Loc. cit.*, 15.

29 Sobre el particular SCHÜNEMANN (editor), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1991; *el mismo*, Claus Roxin in seiner Epoche, en: Claus Roxin, Person-Werk-Epoche, 2003.

30 Para todos. cfr. solo HASSEMER, Produktverantwortung (nota 3), p. 1 y ss. Crítico al respecto SCHÜNEMANN, en: GA 1995, p. 203 y ss.; *el mismo*, Zur Dogmatik und Kriminalpolitik des Umweltstrafrechts, en: FS Otto Tritfterer, 1996, p. 437 y ss.

31 Que von Liszt no fue siempre consecuente con esta función limitada del derecho penal en la política criminal, sobre todo en relación al tratamiento de reincidentes y de delincuentes consuetudinarios, ya se ha dicho reiteradamente, por todos cfr. solo MUÑOZ CONDE, Das Erbe von Franz von Liszt, en: FS Hassemer, 2010, p. 535 y ss. (En español: “La herencia de Franz von Liszt”, en Revista Penal, 2011).

lo que la persona de que se trata hace o no hace, sino que se basa en los deberes especiales que caen dentro del ámbito de sus atribuciones; el concepto de dolo se redujo al puro conocimiento de la peligrosidad de la conducta, en cuanto de prescinde de relaciones entre la voluntad y el resultado y de esa manera se expandió enormemente su ámbito de aplicación en detrimento de la imprudencia; el concepto tradicional de bien jurídico, que en primera línea se refería al desarrollo y la realización personal de individuos y que tenía un contenido material (vida, libertad, patrimonio), se reemplazó por el de la unidad funcional social o por conceptos vagos de carácter social o universal sin una relación determinable con lo material, como por ejemplo el medio ambiente, el equilibrio del sistema financiero, el orden socioeconómico o la ordenación territorial. Igualmente en lugar del delito de daño o del delito de peligro concreto, se desarrolló la figura del delito de peligro abstracto que fue tomando en la legislación penal y no sólo en la teoría cada vez más espacios. Lo mismo vale decir cuando se convierte la mera desobediencia de la norma en el contenido material de la antijuridicidad; y cuando el principio de legalidad como reserva de ley queda agujereado, como si se tratara de un queso suizo, por las llamadas “normas penales en blanco”, que se remiten permanentemente a regulaciones administrativas de rango inferior al de la ley, como sucede frecuentemente en los sectores más modernos del Derecho penal como el económico, el medioambiental, las relaciones laborales, la ordenación territorial, la salud pública y la seguridad de los alimentos y productos farmacéuticos.

Quien conoce las reformas penales de los últimos 20 ó 30 años en la mayoría de los países desarrollados técnica y económicamente compartirá que estas nuevas técnicas se encuentran en la mayoría de las normas penales desarrolladas en este periodo. El que un sector de la Dogmática penal haya adaptado sus conceptos básicos a las nuevas necesidades político-criminales es también consecuencia inevitable de un enfoque funcionalista del Derecho penal, para la que el Derecho penal no es más que un subsistema de imputación dentro de la unidad del sistema social global, a cuyo equilibrio debe colaborar restableciendo y sancionando penalmente a quienes han violado una norma penal, consi-

guiendo así fortalecer la confianza de los ciudadanos fieles al derecho<sup>32</sup>.

Cualquiera que sea la opinión se tenga acerca de estas nuevas tendencias, no cabe duda de que han enriquecido el debate siempre apasionado de las relaciones entre la Dogmática penal, entendida como un sistema que parte de las normas penales vigentes para la imputación de la responsabilidad penal, y la Política criminal, entendida como forma de obtención de efectos sociales determinados mediante el Derecho penal. Hoy en día nadie, o casi nadie, cuestiona la necesaria relación entre una y otra forma de entender el poder punitivo del Estado, aunque todos son conscientes de que se trata de una relación tormentosa, que solo difícilmente se puede reconducir a un concepto más genérico de una “Ciencia global del Derecho penal” (“*Gesamte Strafrechtswissenschaft*”) como la que propuso a finales del siglo XIX, aunque de forma bastante contradictoria, el catedrático de la Universidad de Berlín, Franz von Liszt<sup>33</sup>.

Mientras en los últimos años esta discusión se ha mantenido en el marco de los principios constitucionales propios de un Estado de derecho y sin poner en duda derechos humanos reconocidos nacional e internacionalmente, la discusión acerca de la labor de la Dogmática en relación con las nuevas tendencias del así llamado Derecho penal “moderno” —una feliz expresión forjada por Winfried Hassemer para caracterizar a este nuevo fenómeno<sup>34</sup>— no deja de ser una discusión académica o teórica que no altera profundamente las bases del derecho penal de un estado de Derecho. Pues luego sucedió, que el más convencido y más relevante representante de la dirección funcionalista de la Dogmática penal, el Profesor de la Universidad de Bonn Günter Jakobs, expuso, en una conferencia en un Congreso que tuvo lugar en Berlín a comienzos de octubre de 1999 sobre el tema “La ciencia penal alemana antes del cambio de milenio”<sup>35</sup>, de manera clara y enfática, también quizá con algo de provocación, que se debía reconocer y admitir que en las sociedades actuales, aparte de un Derecho penal, vinculado a los conceptos más o menos flexibles, pero respetuoso con las garantías del Estado de derecho, y cuya única labor sería restablecer, mediante la sanción penal, la validez de la norma violada por el delincuente y la confianza del ciudadano en el

32 A respecto JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976; *el mismo*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 1983.

33 Al respecto MUÑOZ CONDE, en: FS Hassemer (nota 31), *loc. cit.*

34 Cfr. *Produktverantwortung* (nota 3), p. 1 y ss.

35 JAKOBS, *Kommentar zum Hauptreferat von Hassemer*, en: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (nota 13), *loc. cit.*, p. 47 y ss.

derecho (seguridad normativa), existiría también otro Derecho penal, que él llama “Derecho penal del enemigo” (*Feindstrafrecht*) con el que el Estado debe reaccionar de manera mucho más fuerte contra algunos sujetos que se vuelven contra normas básicas de la sociedad, de manera grave y repetida, y son una amenaza para ella; y esto no sólo ya para mantener la seguridad normativa, sino también la cognitiva. En el ámbito de ese “Derecho penal del enemigo”, según Jakobs el Estado interviene para luchar eficazmente contra el enemigo, con penas desproporcionadas y draconianas, declara punibles conductas que en sí no son dañinas, u otras que están lejos de ser una amenaza o un peligro, y —lo que pesaría más— prescindiría de considerar o reduciría a un mínimo determinadas garantías y derechos del imputado en el proceso penal.

No creo que se pueda permanecer indiferente a esta tesis<sup>36</sup> o limitarse a constatar su existencia como algo inevitable, a lo que habría que acostumbrarse, sino que se debe tomar claramente postura a favor o en contra de la misma, mostrando, en todo caso, al mismo, que este “Derecho penal del enemigo” no es compatible con los principios y derechos fundamentales que conforman los fundamentos para una vida en comunidad según las normas jurídicas de más alto rango a nivel nacional e internacional. Esto es, en mi opinión, también para un sistema de aproximación puramente funcionalista y sistemática, una cuestión que afecta a la relación interna del subsistema del Derecho penal con el sistema jurídico más general, que se conforma con derechos y principios fundamentalmente reconocidos en la Constitución y en declaraciones Universales de Derechos humanos. Si se permiten excepciones a este sistema, se debiera admitir consecuentemente el fracaso de ese sistema general, con todas las consecuencias que se derivan de ello. Nadie niega la existencia del “Derecho penal del enemigo”, pero lo que queda por discutir es si es compatible con los principios del Estado de derecho y con el reconocimiento y respeto de los derechos fundamen-

tales. Lo que es evidente no requiere ser explicado de manera exhaustiva —existe y continuará existiendo—; lo que todavía se debe aclarar de manera satisfactoria es cómo los más representativos y poderosos de la comunidad internacional se relacionan ambivalentemente con los derechos fundamentales y a los principios del Estado de derecho, sobre todo cuando esa relación ambivalente resulta de una violación reiterada de estos últimos por parte de algunos Estados.

4. Con esto hemos llegado a la actualidad penal. Después de lo ya dicho no se puede negar que la Dogmática penal, en cuanto se remite a su entorno y tematiza expectativas que se dirigen a ella desde ese entorno, tiene estrechas relaciones con la Política criminal, y debe dar respuesta a las demandas de su tiempo<sup>37</sup>. El problema no es solo que la Dogmática penal deba tener en consideración y acomodarse a finalidades político criminales, sino *de qué Política criminal estamos hablando*.

Si la Política criminal, de la que hablamos, tiende a una expansión, funcionalización y a una mayor intensidad del Derecho penal, a una relajación del principio de legalidad y una reducción de las garantías procesales penales del acusado<sup>38</sup>, como lo proponen por ejemplo algunas teorías como las del Derecho penal del enemigo o la tolerancia cero, entonces la Dogmática penal corre el peligro de convertirse en una dogmática de la persecución penal (*Strafverfolgungsdogmatik*), es decir, en un mero auxilio técnico para hacer más efectiva la persecución penal<sup>39</sup>.

Pero si la Política criminal, en consonancia con los principios constitucionales de la justicia y la seguridad jurídica, sigue fines racionales y democráticos, entonces ya no es el propio Derecho penal, como proponía Von Liszt, sino como decía Vogel, la Constitución misma, “su barrera infranqueable”<sup>40</sup>. A partir de este límite constitucional, basado en el Estado de Derecho y en los derechos fundamentales, la Dogmática penal puede jugar el rol liberal de ser una ciencia de la limitación

36 Cfr. MUÑOZ CONDE, Über das Feindstrafrecht, traducción al alemán de Moritz Vormbaum, 2007, p. 15 y ss., nota 20; *el mismo*, Der Kampf gegen den Terrorismus und das Feindstrafrecht, en: Hassemer/Kempf/Moccia (editores), In dubio pro libertate, en: FS Volk, Munich 2009; *el mismo*, Politische Straftat und Feindstrafrecht, en: Vormbaum, Kritik des Feindstrafrechts, Berlin 2009 (N del A: Todos estos trabajos y artículos sobre el Derecho penal del enemigo, se encuentran recogidos, en “De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo”, 2ª ed., Buenos Aires, 2008).

37 Cfr. HASSEMER, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber der Herausforderungen ihrer Zeit, en: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (nota 13) *loc. cit.*

38 Sobre el particular VORMBAUM, Einführung (nota 5), p. 281.

39 Advierte en este sentido VORMBAUM, Einführung (nota 5) *loc. cit.*, p. 282.

40 VOGEL, Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht, 2004, p. 100: “Grenze der Kriminalpolitik ist im Verfassungsstaat nicht das Strafrecht, sondern die Verfassung”.

penal<sup>41</sup>, limitando al rudo poder punitivo del Estado, y con ello la Política criminal.

Naturalmente los dos conceptos, Dogmática penal y Política criminal, son solamente parte de la Ciencia penal cuyo alcance y poder definitorio en la realidad no pueden identificarse siempre de manera limpia; y, como ya prevenía Hassemer hace 40 años<sup>42</sup>, tampoco

pueden descartarse intrusiones entre una y otra, pero lo que en todo caso lo que he pretendido poner de relieve con breve exposición histórica que aquí he desarrollado, es que hoy en la Ciencia penal actual ya no es posible una separación abstracta entre Dogmática penal y Política criminal.

---

41 VORMBAUM, Einführung (nota 5), *loc. cit.* p. 281.

42 Vid. HASSEMER, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1974, p. 195 y ss.