



IN S PRAVIDE ET PRO

Revista

Julio 2014

34

Penal



Revista Penal

Número 34

Sumario

Doctrina:

- La Corte Penal Internacional y el propósito común: ¿Qué tipo de contribución es requerida por el artículo 25(3)d del Estatuto de Roma?, *por Kai Ambos* 5
- El proyecto de reforma del código penal de 2013. Algunas reflexiones político criminales, *por Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Ana E. Liberatore S. Bechara* 19
- ¿Reglamentar o prohibir? Cuestiones abiertas ante la regulación jurídica del cannabis en Uruguay *por Pablo Galain Palermo* 34
- Presente y futuro de las insolvencias punibles, *por Alfonso Galán Muñoz* 54
- Las mujeres como víctimas de la denominada “violencia de género” y el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013, por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, *por Pastora García Álvarez* 83
- La (supuesta) supresión de las faltas en el proyecto de reforma del Código penal de 2013, *por Carmen López Peregrín* 102
- El ocaso de la pena de muerte en la Jurisdicción penal internacional. Un ejemplo para la abolición universal, *por Antonio Muñoz Aunión* 123
- La mujer en el umbral del delito, *por Miguel Ángel Núñez Paz* 131
- Algunas cuestiones en relación con la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en los delincuentes peligrosos, habituales y reincidentes en el Proyecto de Modificación del Código Penal 2013, *por M.ª del Valle Sierra López* 149
- Control de riesgos en la empresa y responsabilidad penal: la responsabilidad de la persona física (directivo, representante legal o administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica) por infringir los deberes de vigilancia o control, *por Javier de Vicente Remesal* 170
- El modelo chino para el tratamiento de los delitos de bagatela, *por Yu Wang* 204
- Autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, *por Gerhard Werle y Boris Burghardt* 212

Jurisprudencia:

- La sentencia del caso *Prestige* (Sobre la responsabilidad de las autoridades españolas), *por Carlos Martínez-Buján Pérez* 224

Sistemas penales comparados: Delitos de bagatela (The *de minimis* doctrine in criminal cases) 242

In Memoriam:

- Winfried Hassemer y la ciencia del Derecho Penal, *por Francisco Muñoz Conde* 293

Bibliografía, *por Francisco Muñoz Conde y Manuel Jesús Dolz Lago* 299

Noticias: Declaración de Göttingen sobre policía e investigación en Brasil 307



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
jcferreolive@gmail.com

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Enzo Musco. Univ. Roma
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	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 Piedecabras. 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
José Luis González Cussac. Univ. Valencia	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (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 y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero 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

Elisa Hoven (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Marco Aurélio Florêncio Filho (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Yu Wang (China)	Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Francesco Diamanti (Italia)	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.



Winfried Hassemer y la Ciencia del Derecho penal*

Francisco Muñoz Conde

Conocí a Winfried Hassemer hace ya casi treinta años. A principios 1972, un día de invierno muniqués, en casa de unos amigos comunes.

Entonces Hassemer, con apenas 30 años, acababa o estaba a punto de habilitarse, al lado de su maestro Arthur Kaufmann, bajo cuya dirección también había realizado su tesis doctoral, “Tatbestand und Typus” (Supuesto de hecho y tipo), en 1967. Con el correr del tiempo, su escrito de habilitación, “Theorie und Soziologie des Verbrechens” (Teoría y sociología del delito) (1972, 1980), iba a ejercer una enorme influencia en un nuevo modo de concebir las bases materiales del concepto de delito. Pero entonces no lo sabía; no lo podía saber porque ni siquiera lo había leído. Lo que sí se podía reconocer en aquella época era, en su mirada viva e inteligente, en su forma de expresarse en un alemán preciso y claro, el gran jurista, filósofo e intelectual del Derecho, que luego efectivamente ha llegado a ser.

Tras este fugaz encuentro, tan fugaz que él, como ya me ha dicho alguna vez, ni siquiera lo recuerda, no nos volvimos a ver durante los próximos diez años. Poco tiempo después recibía el *Ruf* para convertirse en Catedrático de Derecho penal, Teoría y Sociología del De-

recho en la Universidad “Johan-Wolfgang-Goethe” de Frankfurt am Main.

Naturalmente, esta pérdida de contacto directo personal no supuso, al menos para mí, la del contacto intelectual. Poco tiempo después aparecía su escrito de habilitación, en un formato de libro pequeño, casi de bolsillo, algo poco habitual en este tipo de obra predominantemente dirigida a un público estrictamente académico. Aunque de forma simbólica quizás, con ello Hassemer demostraba algo que ha sido una de las principales características de su obra en estos treinta años: la necesidad de sacar del “ghetto” estrictamente dogmático los problemas fundamentales del Derecho penal, que precisamente por serlos interesan a círculos más amplios que los puramente jurídicos. La conversión que hace, por ejemplo, en dicha obra de la teoría del bien jurídico en una teoría de la criminalización enseña ya cuál va a ser el camino que va a seguir en sus posteriores trabajos: analizar los conceptos básicos del Derecho penal en un contexto más amplio que el estrictamente jurídico, como problemas sociales, filosóficos y, en última instancia, políticos o político criminales también.

* El día 9 de enero del 2014 moría en Frankfurt am Main, el gran jurista, penalista, filósofo e intelectual del Derecho, Winfried Hassemer (nacido el 17 de Febrero de 1940 en Gau-Algesheim). Desde hacía algún tiempo, casi dos años, venía padeciendo una cruel enfermedad, que soportó con paciencia y sin perder su energía intelectual, su buen carácter y su amabilidad y el afecto que siempre mostró con sus amigos. Lo vi por último vez en su casa de Frankfurt el 4 de octubre pasado, y aunque se le notaban ya los signos de su avanzada enfermedad, hablamos como siempre de la vida, de amigos comunes, de la situación económica en España y de la traducción al español de algunas de sus obras, de otras que tenía proyectadas escribir. Nos despedimos con un fuerte abrazo y con la promesa de vernos muy pronto otra vez para seguir hablando del futuro, un futuro que para él desgraciadamente ya no existe.

En estos momentos, abrumado todavía por la emoción de la noticia de su muerte, aunque esperada no por eso menos dolorosa, y ante la premura de publicar lo antes posible una nota en su memoria, he preferido publicar el Texto de la intervención que tuve en la “Tavola Ronda” celebrada el día 20 de octubre del 2001 en la Universidad de Florencia (Italia), con motivo de una “Giornata di studio in onore di Winfried Hassemer”, en la que el mismo Hassemer pidió que fuera yo quien hiciera la laudatio de su persona.

No es por casualidad que su siguiente libro fuera “Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik” (Dogmática del Derecho penal y Política criminal) (1974), en el que somete a revisión la relación existente entre ambas formas de abordar el problema de la criminalidad, de su prevención y de sus consecuencias jurídicas.

Pero es en su “Einführung in die Grundlagen des Strafrechts” (Introducción a los Fundamentos del Derecho penal), de 1982, donde realmente Winfried Hassemer sienta las bases para una comprensión global del fenómeno punitivo. Debo confesar que la lectura de esta obra supuso un hito importante en la evolución de mi pensamiento. Por primera vez tenía ante mí una exposición completa, a veces esquemática, pero siempre original y sugerente, de los problemas fundamentales de la Criminología, la Política criminal y la Dogmática jurídico penal; de las diversas teorías de la criminalidad y la criminalización, de la victimología, de la Teoría General del Delito, del proceso penal, de la determinación de la pena y de las distintas teorías, preventivas y retributivas, que desde los tiempos de Platón han dividido y dividirán en polémicas sin fin a los penalistas y filósofos del Derecho penal de todo el mundo.

Por razones de tiempo no puedo ocuparme ahora de todas las cuestiones tratadas por Hassemer en este libro. Pero puedo decir que lo que más me impresionó de él, aparte claro está de su contenido, fue la brillantez y la claridad de su discurso, la utilización de una bibliografía entonces poco usual entre los penalistas alemanes, citando, por ejemplo a Habermas, a Luhman, a Merton, a Piaget o a Foucault, y la originalidad de la sistemática de la exposición, desvinculada de cualquier modelo de los muchos existentes en la rica tradición de las obras generales de Derecho penal en Alemania y en cualquier otra parte de nuestro mundo jurídico y cultural.

El caso, sus protagonistas, la producción del caso, su decisión y su solución, eran las secciones principales en las que se estructuraba el libro. Desde luego, aparentemente, nada que ver con el problema de las fuentes del Derecho penal, con la tradicional clasificación tripartita de los elementos del concepto del delito, con las reglas de la determinación de la pena, con la libre valoración de la prueba; y, sin embargo, todo eso y mucho más estaba también allí, sólo que expuesto en una forma distinta y, para mí, desde luego, mucho más interesante, amena y sugerente que en todos los Tratados de Derecho penal y proceso penal que había tenido que estudiar durante toda mi etapa de formación como penalista.

Sin dudar, pensé que una obra así debía ser traducida inmediatamente al español, para hacerla asequible a un público mucho más amplio, y con la ayuda de

mi buen amigo y compañero el Profesor Luis Arroyo Zapatero, así lo hice, apareciendo la versión española en Barcelona en 1984 con el título “Fundamentos de Derecho penal”.

Creo que aunque sólo hubiese escrito esta obra, merecería Winfried Hassemer pasar a la Historia del Derecho penal. Pero su posterior obra científica ha sido, a pesar de su otras actividades, primero, como Encargado de Datos del Estado de Essen y luego como Magistrado de Tribunal Constitucional Federal (del que luego llegó a ser su Vicepresidente), igualmente prolífica y de alto nivel, lo que sin duda hace difícil una exposición resumida de los principales rasgos característicos de la misma: No obstante, en el poco tiempo de que dispongo, voy a intentar hacerlo, aún a riesgo de que muchos de ellos quedarán fuera de mi consideración.

Si me preguntaran ahora cuál es, a mi juicio, la principal aportación de Winfried Hassemer a la Ciencia del Derecho penal diría sin dudar: su comprensión humanista del Derecho penal, más allá de los estrechos, fríos y abstractos límites en los que lo había encerrado la Dogmática jurídico penal alemana tras la Segunda Guerra Mundial con la famosa polémica sobre el carácter ontológico causal o final de la acción humana como base de la teoría del delito. En un momento, en el que la Ciencia alemana del Derecho penal, quizás con la única excepción de su maestro Arthur Kaufmann y la de Claus Roxin, prácticamente sólo se ocupaba de cuestiones sistemáticas, Hassemer supo ver que la problemática del Derecho penal iba más allá de lo que muchos penalistas de entonces, pero también de ahora, consideran que debe ser la tarea fundamental y a veces única de la Ciencia del Derecho penal: elaborar un sistema de imputación lo más coherente y lógico posible completamente desvinculado de cualquier referencia valorativa y, por tanto, de cualquier compromiso ideológico. Una aspiración que es algo más que criticable, es simplemente, como se ha demostrado también en Italia con la crítica al tecnicismo jurídico de Arturo Rocco, de imposible cumplimiento.

La cuestión a la que Hassemer trata de responder es ésta:

¿Cómo encerrar en una torre de marfil al jurista y especialmente al penalista y aislarlo de toda influencia del mundo circundante si el mismo forma parte de ese mundo y es portador, consciente o inconsciente, de las valoraciones, prejuicios e ideologías que en ese momento existen a su alrededor?

Tomemos como ejemplo el *concepto de bien jurídico*. Desde hace más de un siglo prácticamente todo el mundo sostiene en la Ciencia alemana, italiana y espa-

ñola del Derecho penal, con alguna excepción en los años treinta y actualmente en algún representante cualificado del funcionalismo sistémico, que sólo las acciones que lesionan o, por lo menos, ponen en peligro un bien jurídico pueden ser objeto de criminalización por parte del legislador. Vale. Pero ¿qué es exactamente un bien jurídico?

¿Es el orden económico un bien jurídico capaz de servir de base tanto a los delitos patrimoniales clásicos, como al “insider trading”, la estafa de subvenciones o el blanqueo de capitales?

¿Es el medio ambiente como tal, al margen de las condiciones vitales de las personas, un bien jurídico susceptible de protección directa por el Derecho penal?

¿Lo son también el genoma humano, la ordenación del territorio, o el Internet?

En otras palabras, ¿puede el legislador, cual Rey Midas, convertir en bien jurídico todo lo que se le ocurra que deba proteger con la ayuda del Derecho penal y sólo por el hecho de protegerlo de este modo?

Naturalmente, esta pregunta carecería de interés si el concepto de bien jurídico existiera ópticamente, antes de que el legislador le otorgase su protección “sacándolo”, por así decir, de la realidad en la que vive. Pero el concepto de bien jurídico es, como dice Hassemer, un concepto normativo, el producto de un consenso o de un proceso constitutivo, en el que necesariamente es reelaborado y a veces manipulado o pervertido en sus elementos esenciales. Por eso, advierte con razón, de nada sirve que digamos que el Derecho penal protege bienes jurídicos, si antes no nos ponemos de acuerdo sobre lo que hay que entender por tal.

En una primera aproximación al concepto, Hassemer propone una “teoría personalista del bien jurídico”, en base a una visión antropocéntrica del mundo, en la que los bienes jurídicos colectivos o universales, como el orden económico, el medio ambiente o la ordenación del territorio, sólo son legítimos en tanto sirvan al desarrollo personal del individuo. Pero Hassemer no se queda sólo en esta propuesta, y ya desde el primer momento advierte que tan importante como “el interés humano necesitado de protección penal” es el proceso social y político a través del cual este interés se configura como bien jurídico y es protegido por el Derecho penal. No hay, pues, para él, un concepto ahistórico, iusnaturalista, de bien jurídico, sino sólo uno relativo, condicionado históricamente, abierto a otros fenómenos relevantes que puedan modificarlo en el futuro. Lo que importa es que el eje y guía de este concepto no puede ser otro que su utilidad para la autorrealización del individuo en la sociedad

Esta estrategia definitoria tiene la ventaja de ofrecer más un argumento para elaborar y aplicar el Derecho penal, que un “salvoconducto” de la “*ratio legis*”, que es lo que normalmente hacen los conceptos tradicionales del bien jurídico. Poco más se puede esperar de este tipo de conceptos fundamentales, pero tampoco su vaguedad debe llevar a su abandono o, como algunos pretenden, a su sustitución por otros conceptos aún más vagos e imprecisos como es el de “funcionalidad” o “equilibrio funcional” de los sistemas sociales.

La importancia del concepto de bien jurídico consiste para W. Hassemer en que pueda servir como fundamento y límite del poder punitivo del Estado y, cuando sea preciso, como punto de apoyo para la crítica del Derecho penal positivo. Esto se demuestra sobre todo, cuando, como sucede actualmente en muchos sectores del “moderno” Derecho penal, el legislador recurre a la técnica de los delitos de peligro abstracto, y eleva a la categoría de delito simples ilícitos administrativos en el ámbito económico o medioambiental, en los que el bien jurídico protegido se pierde en una vaga referencia al funcionamiento de la economía de mercado o al equilibrio del sistema ecológico.

La crítica que hace Hassemer, como principal exponente de la llamada “Escuela de Frankfurt”, a lo que él llama “moderno” Derecho penal, no es más que la consecuencia de su firme concepción “personalista” del bien jurídico, que ve con reservas la expansión del Derecho penal a otros sectores mucho más vagos y difíciles de precisar como son los que se incluyen bajo el nombre de bienes jurídicos colectivos o universales, a los que se dota de una protección autónoma al margen o más allá de los intereses de la persona humana.

Esta expansión del “moderno” Derecho penal es todavía más cuestionable sobre todo cuando para llevar a cabo esa protección se utilizan instrumentos técnicos legislativos como las *normas penales en blanco* y *conceptos normativos vagos e indeterminados*, difícilmente compatibles con las estrictas exigencias que impone al Derecho penal el *principio de legalidad de los delitos y las penas*.

Creo que otra característica importante del pensamiento de Winfried Hassemer es su compromiso con el garantismo penal, con la *formalización* de la reacción penal y de sus presupuestos. A más de uno esto le parecerá una limitación a la eficacia del Derecho penal, que favorece a los grandes delincuentes, a los mafiosos, a los narcotraficantes, a los políticos corruptos. Y quizás sea verdad. En este sentido, ya decía Von LISZT que el “Derecho penal es la Magna Charta del delincuente”.

Bueno, ¿y qué? Para muchos, el Derecho penal ideal sería aquel en el que todo hecho delictivo es imputado a un culpable y éste es condenado. Para Winfried Hassemer, el Derecho penal del Estado de Derecho no está pensado para que todos los culpables sean castigados, sino para evitar que un inocente pueda serlo. Principios tan fundamentales como el de culpabilidad o la presunción de inocencia tienen su fundamento en este principio de legalidad que impide el coyunturalismo, la espontaneidad y la sorpresa, ofreciendo distanciamiento, objetividad y prudencia. La formalización del Derecho penal no debe entenderse, pues, como algo contrapuesto a la protección de bienes jurídicos, sino como una forma racional de llevarla a cabo. Precisamente lo que distingue al Derecho penal de otras instancias de control social, jurídicas y no jurídicas, es la forma en que lleva a cabo su misión protectora de bienes jurídicos. El Derecho penal está obligado a dar toda la información posible sobre sus normas, sus sanciones, y el procedimiento establecido para imponerlas. El Derecho penal no puede sorprender, ni engañar a los implicados en un caso penal, al delincuente y a la víctima, sin decir con la debida antelación y públicamente qué es lo que castiga y en qué forma lo hace. Principios como el de legalidad, seguridad y certeza jurídicas, prohibición de la analogía y de retroactividad de la ley penal desfavorable no son, pues, decisiones arbitrarias o argucias de los abogados de los delincuentes más poderosos, sino ingredientes fundamentales de nuestra cultura jurídica, a los que no puede renunciar el Derecho penal del Estado de Derecho.

Como tampoco se puede renunciar a los principios “formalizadores” del proceso penal, como el de la publicidad del proceso, el derecho a ser oído, el derecho a la asistencia del abogado, el in dubio pro reo, el derecho a proponer pruebas y a intervenir en el proceso.

Para el jurista, para el teórico y filósofo del Derecho penal, para el Encargado de la Protección de Datos en el Estado de Hessen, para el Magistrado del Tribunal Federal Constitucional de Karlsruhe, Winfried Hassemer, la formalización del Derecho penal no sólo debe realizarse en el proceso penal, sino también en la ordenación sistemática de los presupuestos de la pena, en la elaboración de la teoría del delito entendida como un proceso de imputación secuencial en el que, peldaño a peldaño, se van valorando y controlando los distintos presupuestos de la pena, de tal modo que sólo se permite pasar de una a otra categoría (de la tipicidad a la antijuricidad, o de ésta a la culpabilidad), en la medida en que queden plenamente comprobados los elementos que fundamentan cada categoría.

Y es eso lo que le permite criticar una jurisprudencia, que llevada por un sentido quizás apasionado, pero, en todo caso, incorrecto de la misión de la Administración de Justicia, ha llegado a condenar en casos de responsabilidad por el producto en los que no quedaba empíricamente demostrada la relación de causalidad entre la adulteración de un producto y los daños originados por su consumo.

Así, por ejemplo, en su libro “Produktverantwortung im modernen Strafrecht” (Responsabilidad por el producto en el moderno Derecho penal), en 1994, criticó la sentencia de un Tribunal alemán en el caso “Lederspray”, porque, a su juicio, no quedó demostrada suficientemente en el proceso penal la causalidad entre el uso de un spray para limpiar el cuero y las lesiones provocadas en varias personas que lo utilizaron. El Tribunal, al dar por probada esa causalidad, sin base empírica para ello, se ha comportado, dice Hassemer, como una presdicator, como un mago en el circo, que de la caja mágica (black box) donde ha metido una corbata saca una paloma, pero que no nos dice qué es lo que sucede dentro de la caja.

Cuando traduje este libro le añadí un capítulo sobre la responsabilidad por el producto en el Derecho penal español. En aquel momento todavía estaba reciente la sentencia del Tribunal Supremo español de 24 abril de 1992, por la que se condenaba por homicidio y lesiones dolosas (más de trescientos muertos, varios miles de afectados) a unos industriales que habían introducido en el mercado español para su consumo humano “aceite de colza desnaturalizado” que originariamente estaba destinado a uso industrial. En el proceso los peritos no se pusieron de acuerdo sobre cual fue exactamente el agente causante de tales intoxicaciones, ni la forma en que ésta se había producido, sin embargo, el Tribunal Supremo estableció que la llamada causalidad epidemiológica (todos los que resultaron afectados habían consumido el aceite, aunque no todos los que lo habían consumido resultaron afectados) era prueba suficiente para condenar a los acusados, imputándoles además que habían actuado dolosamente respecto a los resultados producidos, en base a la conciencia de la elevada peligrosidad de sus acciones, sin más exigencias de elementos volitivos respecto a esos resultados.

La crítica que Winfried Hassemer hacía en su libro sobre responsabilidad por el producto a la jurisprudencia alemana era, pues, perfectamente aplicable a la jurisprudencia española sobre el mismo problema, y pienso que también a la de otros muchos países, como Italia, donde se han dado casos similares. Desde entonces la doctrina española ha valorado las tesis

de Hassemer y las de toda la “Escuela de Frankfurt” hasta el punto de que es uno de los temas más tratados bibliográficamente entre nosotros en los últimos años. La razón de ello es evidente. El nuevo Código penal español, que entró en vigor el 24 de mayo de 1996, representa en buena parte de su articulado, quizás más que ningún otro texto punitivo general de nuestra época, lo que Hassemer y la Escuela de Frankfurt llaman, no precisamente en sentido elogioso, “moderno” Derecho penal: desmedida protección a bienes jurídicos colectivos o institucionales, difíciles de precisar y definir; proliferación de delitos de peligro abstracto que en nada se diferencian de simples infracciones administrativas; uso abusivo de la técnica de las normas penales en blanco que remiten continuamente a otras ramas del Ordenamiento jurídico, en las que las disposiciones jurídicas ni siquiera tienen rango de ley.

El dilema planteado por Winfried Hassemer en esta importante monografía no está ni mucho menos resuelto. En abril del año 2000 nos reunimos en Toledo, bajo el Patrocinio de la Universidad de Castilla-La Mancha y de su Magnífico Rector Luis Arroyo Zapatero, un grupo de treinta penalistas, diez alemanes, diez italianos y diez españoles, para debatir el análisis crítico que hace la Escuela de Frankfurt, uno de cuyos más calificados representantes es Winfried Hassemer, de las tendencias del moderno Derecho penal. Es evidente que si estas tendencias se consolidan, la Dogmática jurídico penal tendrá que desarrollar nuevos instrumentos técnicos como los delitos de peligro abstracto, sustituir el concepto de bien jurídico por el de funcionalidad de los sistemas sociales, anticipar la intervención del Derecho penal a campos previos incluso muy alejados de la lesión al bien jurídico, basar la imputación objetiva de resultados en la idea de peligro, incluso sin comprobación de la causalidad, convertir el dolo de lesión en un dolo de peligro, etc., etc. Pero también cabe que la Dogmática jurídico penal, en nombre de principios indeclinables del Estado de Derecho, como el de legalidad, ofensividad, culpabilidad, etc., ofrezca resistencia a dicha evolución, como proponen Winfried Hassemer y los representantes mas cualificados de la Escuela de Frankfurt, manteniendo un entendimiento estricto de las funciones del Derecho penal en el Estado Derecho, su carácter de ultima ratio y el principio de intervención mínima.

Desde luego, tampoco pueden descartarse las posibilidades de resolver estos problemas con otros medios jurídicos, no necesariamente jurídico penales, con un Derecho de intervención, como propone Winfried Hassemer, mezcla de Derecho sancionatorio administrativo

y de reparación civil de los daños, pero tampoco cabe ignorar la enorme importancia que puede tener aquí el Derecho penal para crear una conciencia colectiva, incluso a través de una legislación meramente simbólica.

La polémica está servida y no es previsible que se solucione a corto o medio plazo en una o en otra dirección. Pero lo que no se puede negar es que en este y otros trabajos sobre el moderno Derecho penal, Hassemer ha sabido tematizar las expectativas de su entorno y valorarlas críticamente de acuerdo con las posibilidades y funciones del Derecho penal en un Estado de Derecho, algo que muy pocos han sabido o han tenido el valor de hacer.

Y debo ya terminar; no quiero agotar más su paciencia ni el escaso tiempo de que dispongo. Pero no quiero hacerlo sin mencionar, siquiera rápidamente, una faceta que demuestra la enorme amplitud del planteamiento intelectual de Winfried Hassemer y las muchas facetas de su pensamiento. Me refiero a su interés por la Criminología, por el saber empírico sobre la criminalidad, por sus protagonistas y por sus consecuencias jurídicas y sociales. En realidad, muchos de los últimos trabajos, algunos de ellos todavía inéditos, que ha escrito en los últimos años, tratan de temas criminológicos: de Tolerancia Cero, en el Homenaje a Kaiser, de Abolicionismo penal, en el Homenaje a Lüderssen; de Victimología en un libro actualmente en prensa, escrito en colaboración con el sociólogo alemán J.P. Reentsma.

Recientemente acaba de aparecer en España una “Introducción a la Criminología” (Valencia 2001, reelaborada y publicada luego en el 2012 con el título “Introducción a la Criminología y a la Política criminal), que, aunque escrita en parte y redactada en español directamente por mí, se apoya en estos y otros trabajos criminológicos anteriores suyos, en sus Fundamentos de Derecho penal, en su Introducción al Alternativ-Kommentar, también publicada en español, reelaborada por mí. Característica principal de estos trabajos es su preocupación por el conocimiento empírico de la criminalidad y de la reacción social frente a la misma. Quien no conozca o conozca mal el aspecto empírico de la Administración de Justicia penal, difícilmente puede manejar bien las normas jurídicas. Pero también advierte Hassemer de la necesidad para los criminólogos de conocer los filtros normativos por los que tienen que pasar esos datos empíricos para poder ser utilizados en Derecho penal. En general, todos los ciudadanos, pero sobre todo los profesionales que se enfrentan diariamente con esos problemas (policías, sociólogos, psicólogos, trabajadores sociales) deberían conocer mejor cuales son los principios normativos que rigen

la elaboración jurídica de la criminalidad. Ello no sólo elevaría su cultura, sino que les permitiría comprender mejor por qué en el Derecho penal del Estado de Derecho no todo es válido y no se puede luchar contra la criminalidad a toda costa y a cualquier precio. Se evitarían así también “falsas expectativas” en la opinión pública y se reduciría la posibilidad de su manipulación política tan frecuente en este ámbito de la conflictividad social.

Desde esta perspectiva la obra de Winfried Hassemer, se caracteriza en su conjunto por poner sus profundas reflexiones teóricas y su alto nivel intelectual al servicio de una concepción del Derecho penal, en la que la responsabilidad penal individual, la teoría de la imputación, se basa en un discurso para construir un mundo que posibilite el desarrollo y la autorrealización en libertad de todos en una sociedad pluralista,

democrática y respetuosa con los derechos fundamentales y los principios del Estado de Derecho. Esta es, a mi juicio, su principal virtud y la que más justifica el Homenaje que hoy aquí le tributamos, en este marco extraordinario de la capital toscana. Felicito, pues, a los organizadores de este evento, a la Università degli Studi di Firenze, a los colegas de los Departamentos de Derecho penal y comparado y de Teoría e Historia del Derecho de esta Universidad, y especialmente al Profesor Francesco Palazzo, por haber tenido la feliz idea de haber elegido este año como uno de los protagonistas más destacados de la cultura jurídica europea al Profesor de Derecho penal de la Universidad de Frankfurt y Magistrado del Tribunal Constitucional Federal Alemán de Karlsruhe, Prof. Dr., varias veces honoris causa, mi excelente y buen amigo, maestro y compañero, Winfried Hassemer.