

SPRAVIDE ET PRO

Revista

Enero 2014

33

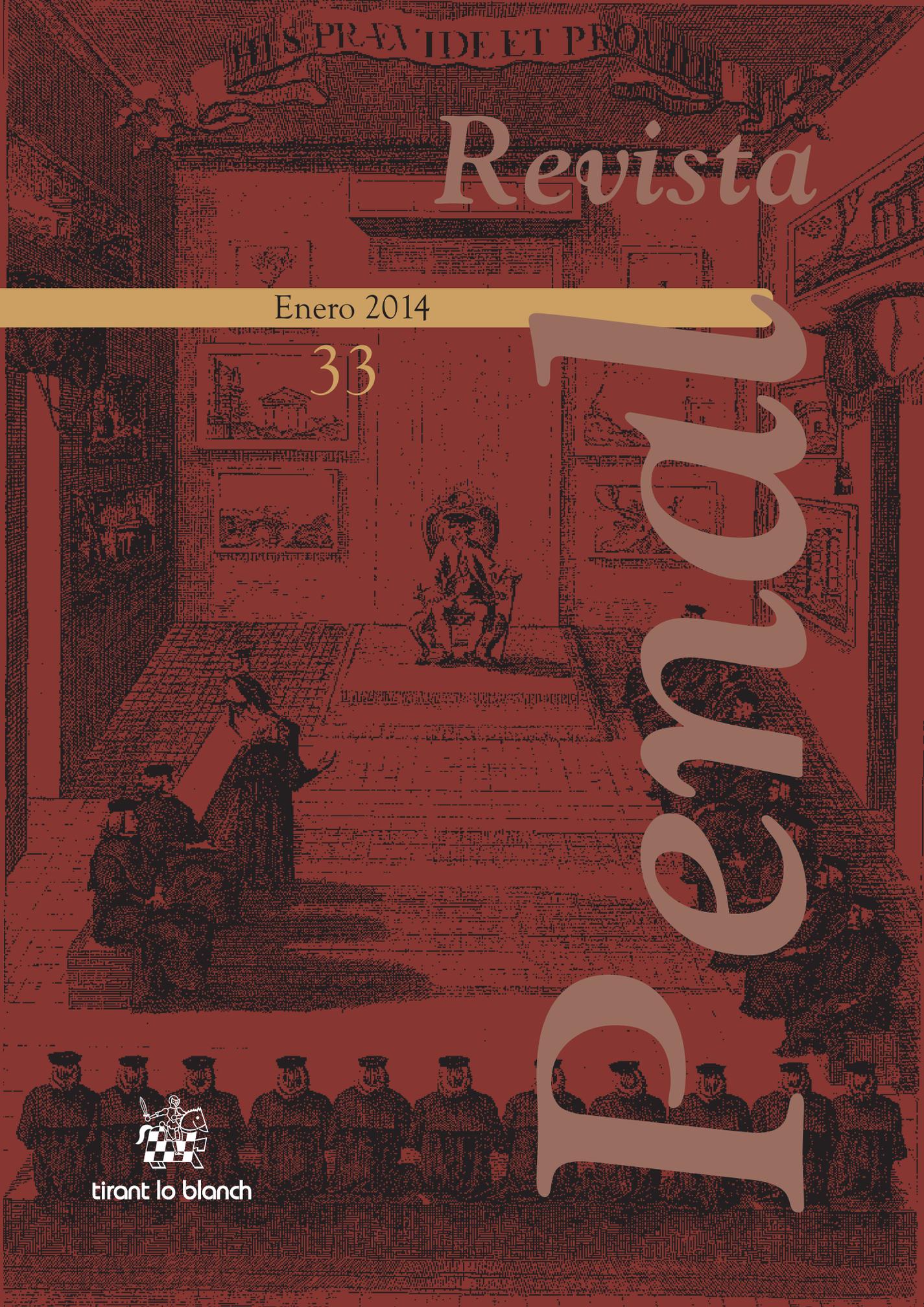
Revista Penal

Enero 2014

Penal



tirant lo blanch



Revista Penal

Número 33

Sumario

Doctrina:

– La agravante de reincidencia en el Código penal español. Consideraciones de política criminal, por <i>Viviana Caruso Fontán</i>	3
– Armonización europea y previsión de responsabilidad de las personas jurídicas en el Código penal español, por <i>Norberto J. de la Mata Barranco</i>	32
– Los desafíos de la política criminal frente a las generaciones futuras y al principio de precaución: el caso de los OGM, por <i>Donato Castronuovo</i>	66
– Recurso de apelación penal y debido proceso, por <i>María Luisa Escalada López</i>	80
– El bien jurídico protegido en los delitos tributarios, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i>	91
– Sobre la accesoriadad de la participación en los casos de tendencia interna trascendente, por <i>Andreas Hoyer</i>	108
– Dogmática jurídico-penal y Política criminal: Una relación conflictiva, pero necesaria, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	117
– La situación actual de la justicia penal en Italia, por <i>Enzo Musco</i>	130
– Retos político-criminales ante la delincuencia transnacional financiera, por <i>Ana Isabel Pérez Cepeda</i>	137
– Neoliberalismo y política criminal contemporánea, por <i>Fábio da Silva Bozza</i>	159
– La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código Penal. Un giro hacia el Derecho penal de autor, por <i>Margarita Roig Torres</i>	170
– Algunos planteamientos y reflexiones prácticas en relación al efecto directo de las Directivas Comunitarias en Medio Ambiente y la posibilidad de aplicar las mismas con el objeto de completar normas penales en blanco, por <i>Antonio Vercher Noguera</i>	208
Especial: Algunas notas sobre Filippo Grispigni y el Derecho penal fascista, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	218
Sistemas penales comparados: Derecho penal médico (Criminal Law & Medicine).....	230
Bibliografía Notas bibliográficas por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	281
In Memoriam	
– Joachim Vogel in Memoriam, por <i>Adán Nieto Martín y Luigi Foffani</i>	289
– Ruperto Núñez Barbero in Memoriam, por <i>Miguel Ángel Núñez Paz</i>	291
Crónica: Informe sobre el Congreso de Ciencias Criminales realizado el 5 de julio de 2013 en la ciudad de Göttingen (Alemania) “Imputación de comportamientos macrocriminales - aspectos empíricos y teóricos desde una perspectiva comparada”, por <i>Stefanie Bock</i>	293
Informe final del Grupo de Trabajo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	297



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
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
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
George P.Fletcher. Univ.Columbia	Claus Roxin. Univ. München
Luigi Foffani. Univ. Módena	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Luis González Cussac-Univ. Valencia	John Vervaele. Univ. Utrecht
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	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

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Frederico de Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Ana Cecilia Morón (República Dominicana)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Luca Ramponi (Italia)	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.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

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.



Dogmática jurídico-penal y Política criminal: una relación conflictiva, pero necesaria

Francisco Muñoz Conde

Revista Penal, n.º 33. - Enero 2014

Ficha técnica

Autor: Francisco Muñoz Conde

Adscripción institucional: Catedrático de Derecho penal Universidad Pablo de Olavide

Sumario: I. Ante todo una advertencia, para evitar malos entendidos II. Política criminal, bien; pero ¿cuál? III. Conclusiones.

Resumen: El presente artículo trata de las relaciones entre Política (criminal) y Ciencia del Derecho penal en la segunda mitad del siglo XX, centrándose principalmente en los cambios políticos habidos en Alemania durante esa época y en sus repercusiones en la elaboración jurídica del Derecho penal, llamada Dogmática jurídico-penal. A pesar del intento de hacer de la Dogmática una especie de gramática jurídica universal, inmune a los cambios políticos habidos en esa época tras el Nacionalsocialismo y la Segunda Guerra Mundial, ese intento no se logró plenamente y las más recientes reformas penales en materias como protección del medio ambiente y del sistema económico financiero, la corrupción, el crimen organizado y el terrorismo han repercutido también en la elaboración de nuevos conceptos dogmáticos y en una nueva concepción del Derecho penal, mostrando que la relación entre Dogmática jurídico penal y Política criminal es una relación conflictiva, pero necesaria.

Palabras clave: Alemania, Nacionalsocialismo, Segunda Guerra Mundial, Dogmática jurídico penal, teoría del Derecho penal, Política criminal, reforma del Derecho penal.

Abstract: This article is about the relationship between (Criminal) Policy and Legal Theory of Criminal Law in Germany in the second half of the XX. century. The political changes during this period of the history of Germany after the Nationalsocialism and the Second World War have influenced as well the legal theory of the Criminal Law, called Penal Dogmatic. As well the last reforms in the fields of environmental protection, financial crimes, corruption, organized crime and terrorism show that the relationship between Penal Dogmatic and Criminal Policy is a conflictive, but necessary relationship.

Key words: Germany, Nationalsocialism, Second World War, Dogmatic of Criminal Law, legal theory of Criminal Law, Criminal Policy, Penal Reform.

Observaciones: Conferencia de clausura pronunciada el 30 de agosto 2013 en el Congreso de IBCCRIM, celebrado en Sao Paulo (Brasil), 27/30 de agosto. El presente texto se utilizó en parte para impartir un curso del 16 de julio al 22 de agosto de 2013 en la Escola de Altos Estudos de la Universidad Federal de Curitiba. Agradezco al Prof. Dr. Paulo Cesar Busato la excelente organización del curso, así como sus atinadas observaciones en relación con los temas tratados en el mismo, y a los alumnos asistentes la atención prestada.

Recepción del artículo: 21-09-2013

Evaluación favorable: 01-11-2013

I. ANTE TODO UNA ADVERTENCIA, PARA EVITAR MALOS ENTENDIDOS

Parece evidente que cualquier concepto, sea el de “Sistema del Derecho penal” o “Dogmática jurídico-penal”, sea el de “Política” “Política criminal” o cualquier otro, puede ser usado en el sentido que a cada uno más convenga, y que una palabra, expresión o término conceptual por sacrosanta o respetable que parezca, puede ser rellenado con cualquier contenido, desde el más excelso y sublime, hasta el más perverso y miserable. De ahí que una proposición o frase como: “Adolf Hitler (o Stalin, el General Franco, o Bush, Pinochet o Videla) fue un buen gobernante”, pueda ser analizada desde el punto de vista puramente gramatical (sujeto-verbo-predicado), o como una declaración a favor de una determinada ideología.

Toda cultura tiene sus mitos, y es difícil, por no decir, imposible, conocer el alcance y el contenido que hay detrás de cualquier concepto, si separamos su formulación lingüística del contexto en que se formula. Existe hoy en día acuerdo en la Lingüística moderna en que no basta la Sintaxis para entender el sentido de una proposición lingüística, sino que es preciso recurrir también a la Semántica (interpretación en contexto) e incluso a la Pragmática (el uso de la expresión en una determinada situación)¹.

Por eso, cuando se trata de analizar la relación entre Dogmática del Derecho penal y Política criminal parece necesario situarse sobre todo en el contexto de un país determinado y en una época determinada y sacar después las conclusiones que parezcan oportunas. Por razones que voy a tratar de aclarar inmediatamente, para analizar este problema, voy a referirme sobre todo a Alemania y a evolución política que tuvo tras la Segunda Guerra Mundial, en la segunda mitad del siglo XX, que es la época en la que mejor se puede analizar la relación entre la Dogmática jurídico penal y la Política criminal en dicho país.

La elección de Alemania para exponer este problema es fácil de entender, si se tiene en cuenta que la Ciencia hispano y portugués parlante del Derecho penal de la última mitad del siglo XX ha sido y es, en mayor o menor medida, tributaria de una forma de elaboración sistemática y de interpretación del Derecho penal, que coincide con la elaborada por la Dogmática alemana del Derecho penal durante casi todo el siglo XX. Como de-

cíamos al principio de este trabajo, la Ciencia alemana del Derecho penal se ha esforzado sobre todo por elaborar un modelo de imputación de la responsabilidad penal a través de la construcción de una Teoría General del Delito, que, en sus diferentes versiones, constituye entre los penalistas de habla hispana y portuguesa (y en buena parte también italiana), una especie de lenguaje jurídico común que nos acerca científicamente y permite entendernos por encima de las peculiaridades que presenta la legislación de los distintos países. Basta con leer cualquier publicación monográfica o las obras de carácter general, Manuales o Tratados, sobre todo de la Parte General del Derecho penal, para darse cuenta hasta qué punto es grande esa influencia en los penalistas hispanoparlantes y portugueses y brasileños (en menor medida en los italianos). Es más, en algunos casos, cuando se lee algún Tratado de Derecho penal de algún autor hispano o portugués parlante, más de una vez uno creería que está leyendo un libro alemán traducido al español, tal es la cantidad de citas abrumadoras y exhaustivas que se hace de la bibliografía alemana, y además en su idioma original; por más que la mayoría de los hipotéticos lectores de esas obras, tanto más si se trata de alumnos, no hablan ni entienden el idioma alemán.

La elección de la época para analizar esta relación entre Dogmática y Política criminal, requiere quizás una explicación más detenida.

Como he demostrado en mi monografía “Edmundo Mezger y el Derecho penal de su tiempo, Estudios sobre el derecho penal nacionalsocialista”, 4ª ed. Valencia 2003 (traducida al portugués por Paulo Busato, Sao Paulo 2005, y en parte al alemán por Mortiz Vormbaum, Berlin 2007), buena parte de la discusión sobre los más complejos y profundos problemas dogmáticos del Derecho penal que se desarrolló en la República Federal de Alemania tras la Segunda Guerra Mundial en torno a la estructura causal o final del comportamiento humano y la pertenencia del dolo a la culpabilidad o a la tipicidad, pudo ser utilizada, en parte, para soslayar o no tener que hablar de las barbaridades que se llevaron a cabo con el Derecho penal nacionalsocialista y desvincularse de las directrices político-criminales de aquella época, que alguno de esos dogmáticos habían seguido pocos años antes con todo fervor. En este sentido, son bastante reveladoras las palabras sobre el pretendido carácter “apolítico” de la Dogmática con las

¹ Sobre estas diferentes formas de entender e interpretar una proposición lingüística, tanto más si esta es jurídica, véase HASSEMER, Fundamentos del Derecho penal, traducción Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Barcelona 1984, p. 221.

que en 1950 comienza MEZGER su monografía “*Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*”:

*“Durante mucho tiempo, la Dogmática penal ha estado apartada de los intereses jurídico-penales. Su más joven y mundana hermana, la Política criminal, la ha tenido en la sombra”*²

Es curioso que esto lo diga una persona que en los años anteriores, y en un contexto político diferente, se había esforzado, sobre todo, por traducir a la Dogmática o por convertir en nuevas categorías dogmáticas los postulados político-criminales del nazismo con conceptos como “culpa por la conducción de vida”, “ceguera jurídica” o “exterminio de los elementos perjudiciales a la sociedad y a la raza”. Era algo así como si se reconociera que ya que la Política criminal en la que él había colaborado o incluso creído firmemente, no se podía llevar a cabo (el horno no estaba ya, desde luego, para tales bollos biologicistas y racistas), era mejor volver a una Dogmática jurídico-penal abstracta, bastante confusa a veces, apartada de las necesidades diarias y sólo interesada en “atender a más profundas relaciones vinculadas a los nombres de Edmund Husserl, Nicolai Hartman y Martín Heidegger”³

Veinte años más tarde, aunque desde un punto de vista distinto y con diferente perspectiva, WELZEL considera incluso que la Dogmática sirve de valladar contra las posibilidades de manipulación política⁴ y manifiesta incluso, lo cual parece sin duda exagerado, que también cumplió ese papel en la época nazi:

*“La Dogmática no ha sido cultivada en Alemania únicamente “l’art pour l’art”, sino como un fuerte bastión contra las intromisiones políticas y así se mantuvo precisamente en el Tercer Reich. Entonces se produjeron graves ataques contra la Dogmática como “pensamiento analítico liberal”, pero, -continúa-, “que superara la tormenta política, que la ciencia, prácticamente intacta tras el derrumbamiento del Tercer Reich, pudiera reanudarse y continuar, tiene su fundamento en que había creado un espacio ideológico neutral. La Dogmática puede, en óptima medida, neutralizar el ámbito jurídico más susceptible de ser ideologizado, especialmente el del Derecho penal”*⁵.

No sé hasta qué punto WELZEL estaba convencido de que sus planteamientos dogmáticos estaban por en-

cima de las tendencias político-criminales que le tocó vivir en la primera etapa de su vida académica. Como es sabido, el reproche más firme que se ha hecho a su teoría es precisamente que, desde el punto de vista político-criminal, favorecía el “Derecho penal de la voluntad”, al subjetivizar en demasía el concepto de ilícito o injusto, preconizar que la tentativa fuera castigada con la misma pena que el delito consumado, ampliar la punibilidad de la tentativa inidónea a casos rayanos en la tentativa irreal o el delito imposible. Estas tesis eran evidentemente más afines, en todo caso, a un Derecho penal autoritario que a un Derecho penal liberal, y ello independientemente de si WELZEL, como otros penalistas de la época, tuvo o no una vinculación directa con el régimen nacionalsocialista.

En todo caso, lo que todo esto demuestra es que, al margen de los intentos más o menos sinceros de MEZGER o WELZEL por separar los planteamientos puramente dogmáticos de los políticos o político-criminales, el condicionamiento político de las construcciones dogmáticas en cualquier momento histórico no puede soslayarse. Desde luego, se hace difícil admitir que la Dogmática jurídico-penal que surgió en Alemania en los umbrales del siglo XX, en plena expansión del Imperio prusiano, regido por la férrea mano del Canciller Otto von Bismarck, haya llegado hasta nuestros días y atravesado todo el siglo XX sin más incidencias en su evolución que las motivadas por su propia dinámica; y que momentos tan dramáticos como las dos Guerras Mundiales y situaciones políticas tan distintas como la República de Weimar, el nacionalsocialismo, la división en dos Estados y la posterior reunificación a finales del siglo XX no hayan dejado ninguna huella, ni influido en su elaboración. Y aún más difícil todavía es admitir que esa Dogmática puede estar no sólo por encima del tiempo, sino del espacio y ser utilizada como un instrumento aséptico en cualquier lugar, independientemente de las particularidades políticas, sociales, culturales y económicas del respectivo país.

Pero admitamos que, efectivamente, la Dogmática jurídico-penal concebida desde los planteamientos filosóficos ontologicistas, en los que también se mueve expresamente MEZGER en “*Moderne Wege*”, está por

2 *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Munich 1950. Introducción. (traducida al español por Muñoz Conde, con el título “*Moderne orientaciones de la Dogmática jurídico-penal*”, Valencia 2000).

3 Como nota anterior.

4 WELZEL, *Zur Dogmatik im Strafrecht*, en *Festschrift für R.Maurach*, 1972, p. 4.

5 WELZEL, *ob. cit.* en nota anterior, p. 5

encima del bien y del mal, de las necesidades y utilidades de la vida diaria. ¿Significa esto que la Dogmática jurídico-penal es un fin en sí misma y que sólo ella es la que debe ser objeto de enseñanza y de estudio en las Facultades de Derecho y, por tanto, objeto específico también de la actividad judicial penal?

Éste fue, sin duda, el planteamiento que dominó en la Ciencia alemana del Derecho penal en los años 50 y 60 y hasta bien entrados los 70 del siglo XX, y, por tanto, en la de los países influenciados por la misma, sobre todo en los de habla española, en los que prácticamente, por lo menos en el ámbito del Derecho penal, no se hablaba de otra cosa más que de la polémica entre finalismo y causalismo, que se convirtió en una especie de guerra civil entre, por y para penalistas, en la que los planteamientos político-criminales estaban de más, o más allá de las cuestiones dogmáticas. Ello sucedió sobre todo en la España de la dictadura franquista, en el ámbito académico, en el que estas polémicas de carácter dogmático fueron el banco de prueba por el que tenía que pasar todo joven penalista que aspirase a alcanzar el más alto grado de la carrera académica: la plaza de catedrático de Derecho penal. Ay!, de quien en aquella época no dominase (o al menos pudiera fingir que dominaba) los más complicados vericuetos y entresijos del idioma alemán y de las construcciones más complejas de la Dogmática jurídico-penal alemana. Pero Ay! también de quien confesadamente causalista, tuviera la mala suerte de tropezarse en su concurso u oposiciones con un finalista, o a la inversa (por supuesto, en estas aparentes enemistades dogmáticas había también mucho de enemistades personales e ideológicas).

La discusión sobre la posición sistemática del dolo en el sistema de la teoría del delito, se convirtió así en los países de nuestro entorno lingüístico, en la polémica penal por excelencia. Es evidente que esto permitía también evitar el compromiso político en contra de los regímenes dictatoriales (en España la dictadura de Franco), y las posibilidades de criticar un Derecho penal vigente en nuestros países que por esa época no tenía nada de santo o justo o ni siquiera de mínimamente humano. Ello contribuyó a configurar también en el joven penalista aspirante de la carrera académica, una mentalidad que le permitía asumir, por así decir, todo lo que le echaran, fuera una reforma puramente coyuntural de una regla de determinación de la pena, fuera una legislación excepcional de negación de derechos humanos fundamentales.

Lo único que tenía que hacer como penalista, o como penalista cultivador único y exclusivo de la Dogmática, era analizar si dicha reforma confirmaba la tesis del dolo como elemento de la tipicidad o de la culpabilidad, o la estructura causal o final de la acción humana. De este modo, la ventaja, que en opinión de WELZEL, tenía la Dogmática jurídico-penal de constituir un bastión contra las intromisiones político-criminales, podía en algún caso ser más de lamentar que lo contrario. Quien considere, como WELZEL y aparentemente también como MEZGER a partir de “*Moderne Wege*”, que la misión primordial de la Ciencia del Derecho penal es la elaboración dogmática del mismo, no se puede extrañar luego de que las decisiones político-criminales se adoptaran en otros ámbitos en los que la Dogmática carecía prácticamente de influencia.

Pero independientemente de los peligros que puede representar para la defensa de derechos fundamentales el entendimiento de una Dogmática jurídico-penal pretendidamente “apolítica”, tampoco puede ignorarse el alejamiento que esta forma de entender la Dogmática produjo en la praxis del Derecho penal, es decir, en la Jurisprudencia. Efectivamente, si se analiza la Jurisprudencia de estos años, se observa inmediatamente que las discusiones dogmáticas llevadas a cabo en el ámbito principalmente académico, apenas tuvieron una influencia tan decisiva como cabía esperar, no sólo por su enorme complejidad y difícil accesibilidad a los prácticos del Derecho penal, sino también porque éstos están vinculados sobre todo a las particularidades del caso concreto, a la prueba del mismo y a las “impurezas” inherentes a la investigación y al proceso penal (escasez de medios, maniobras y argucias de las partes, etc.), que inciden más en sus decisiones que las elucubraciones de la Dogmática jurídico-penal, que apenas se ocupa de las mismas. No se puede ignorar que los mejores Tratados de Derecho penal que se han escrito en Alemania en los últimos años, como el de Roxin, Jakobs o Stratenwerth, ni siquiera llegan a ocuparse de las consecuencias jurídicas del delito, y que, con la excepción de Roxin y de su discípulo Schönemann, tampoco el proceso penal es objeto de especial atención, o cuando lo es, siempre a un nivel científico inferior al que suele darse en la Dogmática del Derecho penal material. No en vano se ha dicho alguna vez que la Dogmática no es más que la muleta que utiliza el Juez para fundamentar una decisión político-criminal⁶.

6 Así la calificué ya en mi artículo *Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform*, en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, edit. por Madlener y Papenfuss, Köln 1974; y en mi *Introducción al Derecho penal*, Barcelona 1975, pp. 179 y ss. (Hay segunda edición, con prólogo de

Desde luego, una Dogmática basada sólo en pretendidos datos ontológicos podrá ser todo lo neutra ideológicamente que se quiera, pero el objeto de referencia de la misma, el Derecho penal, no lo es en absoluto, sino que, como el propio WELZEL reconoce, es el sector más ideologizado de todas las ramas del Derecho. Y de ahí siempre surgirá una contradicción difícilmente superable y que, en todo caso, impide darle a la Dogmática jurídico-penal ese valor absoluto o casi exclusivo que tanto MEZGER (a partir de 1950), como WELZEL (parece que, en todo caso, no en sus primeros escritos⁷), pretenden darle, basándola en pretendidas estructuras lógico-objetivas de la acción, sean éstas entendidas de un modo causal (así MEZGER) o final (así WELZEL). Pero es que además con ello surge el peligro de que con unas bases tan evanescentes y abstractas como las que se derivan de los planteamientos ontologicistas de las teorías causal y final de la acción se puedan hacer todo tipo de valoraciones o asumirse cualquier decisión político-criminal.

Por lo demás, también en Alemania en los años 50 y 60, en pleno apogeo de la polémica entre causalistas y finalistas, los dogmáticos se ocupaban de la Política criminal, sólo que, como “El burgués gentilhomme” de Molière, hablaban en prosa sin saberlo o, en este caso, sin decirlo, pero sabiendo perfectamente lo que hacían. Como claramente demuestra la discusión en el seno de la Comisión de Reforma del Derecho penal en los años 50 del pasado siglo, de la que MEZGER fue Vicepresidente⁸, incluso cuando se discutía sobre las cuestiones

más puramente dogmáticas, se argumentaba con criterios político-criminales. Tras la discusión dogmática había en aquel momento también una determinada concepción política del Estado y político-criminal del Derecho penal que tácita o expresamente se aceptaba. Una política que, en general, recuperaba la vieja tradición iusnaturalista y una imagen conservadora del ser humano y de la sociedad⁹ y que se correspondía con la propugnada por el partido demócrata cristiano (CDU), con el lema de Adenauer “no a los experimentos” y con el anticomunismo visceral fomentado a ultranza por los Estados Unidos de América, el gran valedor de la recuperación económica de la República Federal Alemana, una vez que en plena “guerra fría” se habían dado cuenta del valor estratégico que tenía este país frente a los países socialistas del Este de Europa.

En todo caso, la Política criminal siguió desempeñando también después de la guerra una función importante, aunque no se confesara abiertamente, en los planteamientos dogmáticos. Como señala ROXIN¹⁰, la Política criminal alemana después de la Segunda Guerra Mundial hasta 1975 se caracterizó “por el recurso a elementos tradicionales que no fueron desacreditados por la dictadura nacionalsocialista”, citando, entre estos elementos, la fundamentación del concepto material de delito en la ley ética y en la doctrina cristiana del Derecho natural. Así, por ejemplo, recuerda ROXIN, el Tribunal Supremo Federal fundamentaba el castigo de la omisión de no impedir un suicidio del siguiente modo:

Gonzalo Fernández, Buenos Aires, 2003). Cfr. también MUÑOZ CONDE, Presente y futuro de la Dogmática jurídico-penal, Revista Penal 2000 (versión alemana con el título *Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik?*, en *Kritische Vierteljahresschrift für die Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, volumen especial dedicado a Winfried Hassemer en su 60 cumpleaños, 2000, pp. 129 y ss.; publicada también en ESER/HASSEMER/BURKHARDT, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, Rückbesinnung und Ausblick*, München 2000, pp. 199 y ss.). De esta última hay una versión al español publicada en Valencia 2004, en “La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio”, coordinación de Muñoz Conde (el artículo citado está en las páginas 229 ss. de esta versión).

7 Cfr. Monika FROMMEL, Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción, traducción de Francisco Muñoz Conde, ADP 1989; MÜLLER, *Furchtbare Juristen*, 1987, p. 223.

8 Sobre ella y concretamente sobre la intervención de MEZGER en la misma, tanto en la discusión sobre los fines de la pena a tener en cuenta en su determinación, como en el tema del tratamiento del error de prohibición, suministra una buena información THULFAUT, *Kriminalpolitik und Strafrechtslehre bei Edmund Mezger*, Baden-Baden, 2000, pp. 299 y ss.

9 Cfr. por ejemplo, JESCHECK, *Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform*, Tubinga 1957 (publicado también en JESCHECK, *Strafrecht im Dienste der Gemeinschaft*, Berlin 1980, pp. 3 y ss.).

10 ROXIN, La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Derecho procesal penal en la República Federal Alemana, traducción de Gómez Rivero y García Cantizano, prólogo de Muñoz Conde, Valencia 2000, pp. 17 y ss. En el mismo sentido HASSEMER, La Ciencia jurídico-penal en la República Federal Alemana, traducción de Hernán Hormazábal Malarée, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1994, p. 39. En este mismo trabajo destaca HASSEMER (p. 49) la dificultad de elaborar una Política criminal sobre las bases de este entendimiento de la Dogmática jurídico-penal; y en un trabajo posterior (*Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft*, en ESER/HASSEMER/BURKHARDT, pp. 28 ss.) dice: “*quien resucita y reelabora en la posguerra un Derecho natural y basa el Derecho penal en certezas aprioristas y estructuras lógico-materiales (...), dirige el reflector científico a un ámbito intemporal en el que se puede estar bastante seguro ante preguntas incómodas sobre el pasado reciente*” (véase también, la edición española de esta obra citada en supra en nota 6, en la que el artículo de Hassemer está traducido por María del Mar Díaz Pita, p. 21 ss., la cita corresponde a la página 43 de la edición española).

“Dado que la ley ética desapruueba enérgicamente... todo acto suicida..., el Derecho no puede admitir que la obligación de auxilio del tercero sólo de lugar a la desaprobación ética de la voluntad suicida”.

Los padres que toleraban que durante el noviazgo su hijo/a adulto tuviera relaciones íntimas con su novia/o en la vivienda paterna eran castigados con una pena de prisión, algo que el Tribunal Supremo Federal fundamentaba del siguiente modo:

“En la medida en que la ley ética ordena la monogamia y la familia como forma obligada de vida y en la medida en que también la ha convertido en fundamento de la vida de los pueblos y Estados, prescribe al mismo tiempo que las relaciones sexuales sólo deban tener lugar en un contexto monogámico...”.

Pero también la Gran Comisión de Reforma del Derecho penal, a la que pertenecían muchos profesores de prestigio, se movía en una línea parecida, en la medida en que, por ejemplo, pretendía castigar la homosexualidad masculina como medio de “conseguir mediante la fuerza ética de la ley penal una barrera contra la expansión de una práctica inmoral...”. Lo que en cierto modo fue un progreso, ya que en el Proyecto para el tratamiento de los llamados “extraños a la comunidad”, redactado por MEZGER y el criminólogo EXNER, lo que se proponía era simplemente la castración, además de su internamiento en los Campos de Concentración.

Como estos ejemplos traídos a colación por ROXIN demuestran, también la Dogmática de aquella época estaba impregnada de elementos político-criminales, entre los que no hay que olvidar la importancia de la discusión sobre los fines de la pena, que, por supuesto, se resolvía a favor de una teoría retribucionista e incluso expiacionista¹¹, pero para evitar los recuerdos del pasado se prefería pasar como de puntillas sobre estas cuestiones, o no mencionarlas expresamente en las discusiones dogmáticas. La utilización del adjetivo “político” o del sustantivo “Política” en el mundo del Derecho se había desacreditado hasta el punto de que cualquier referencia a ella para fundamentar o explicar una decisión jurídica quitaba valor a la misma. No dejaba de ser paradójico, sin embargo, que esto ocurriera sobre todo entre los que habían puesto sus conocimientos al servicio de una determinada política y, por tanto, los habían “politizado”, y luego, cuando esa política no estaba de moda porque se había desacreditado por

sí misma o simplemente ya se habían conseguido los fines políticos perseguidos, se dedicaran a conjurar el empleo de la palabra que para ellos tenía connotaciones peligrosas¹². Otra razón podía ser que la absoluta conformidad y confianza en las decisiones políticas que en la nueva época se adoptaban (restablecimiento de la ley y el orden burgués, defensa de los valores familiares y religiosos tradicionales, de los valores morales occidentales, tal como los había entendido siempre la burguesía conservadora alemana, frente al peligro soviético comunista o a los movimientos subversivos pagados por el “oro de Moscú”, etc.) hiciera innecesario preocuparse por ellas. La decisión jurídicamente correcta debía ser también, por tanto, políticamente conveniente, porque se partía de una coincidencia en los fines, que no tenían por qué llevar a soluciones contradictorias.

Pero cuando no es así, se plantea, un problema difícil de resolver. Negar la contradicción es esconder la cabeza debajo del ala y no querer ver la realidad. Resolverla dando la primacía a una de las partes en conflicto, es decir, a la Dogmática o a la Política criminal, es algo que no se puede decidir *a priori* sin saber de qué Dogmática jurídica o de qué Política criminal se está hablando. En el Estado nacionalsocialista está claro que la primacía se le dio a la Política y ciertamente a los fines políticos que caracterizaban dicho Estado, lo que traducido al Derecho penal suponía tanto como que éste tenía que perseguir, con sus medios específicos, estos fines, resumidos sobre todo en la idea de la pureza de la raza del pueblo alemán: la raza aria. La Dogmática jurídico-penal de la época no hizo, pues, otra cosa, que seguir fielmente esos postulados e intentar traducirlos en categorías dogmáticas básicas como la idea de “traición” (*Verrat*) como fundamento del concepto material de delito, y la idea de “eliminación” o “exterminio” (*Ausmerzung*) de elementos dañinos al pueblo y a la raza, como uno de los fines de la pena¹³.

Pero esto no quiere decir que ahora en el Estado de Derecho, la Dogmática no tenga que cumplir ninguna otra finalidad que la de reproducirse a sí misma y que goce de total autonomía respecto a la Política criminal. Por lo pronto, la Dogmática jurídico-penal en el Estado de Derecho está vinculada a un principio político-criminal, que los nazis siempre vieron con recelo y como un freno para llevar a cabo sus decisiones políticas: el *principio de legalidad de los delitos y las penas*, que

11 Cfr. ROXIN, lug. u. cit.

12 Sobre el pretendido “apoliticismo” de la Universidad alemana en los años de la República de Weimar, véase KÜHNEL, pp. 130 y ss.

13 Cfr. TELP, *Ausmerzung und Verrat*, 1999, cuyo título refleja precisamente este par de conceptos.

vincula a todos los poderes del Estado y, por supuesto, también a la Dogmática jurídico-penal. A veces se olvida que este principio es también un principio político-criminal, un postulado que ha adquirido carta de naturaleza en el Derecho penal democrático, precisamente porque una de las características fundamentales de una democracia es el sometimiento de todos los poderes a la ley, el llamado “imperio de la ley” o “Estado de Derecho”, que obviamente los juristas del Estado nazi intentaron desde el primer momento a destruir con la introducción ya en 1935 de la analogía “conforme al sano sentido del pueblo” como fuente de creación del Derecho penal. En este sentido, cuando VON LISZT decía que “el Derecho penal es la infranqueable barrera de la Política criminal”¹⁴, no quería decir otra cosa que la primera tarea de la Política criminal era configurar un Derecho penal altamente formalizado, que impidiera cualquier reacción visceral, espontánea o coyuntural, de carácter penal tanto en la definición de la conducta delictiva, como en la forma de castigarla, que no fuera la prevista previa y expresamente por el legislador en la ley penal como expresión democrática de la voluntad general. Si bien es cierto, que la “inocuidación” que el propio VON LISZT propugnaba como solución para los “reincidentes incorregibles” ya en su Programa de Marburgono era muy coherente con este carácter de “barrera infranqueable” de la Política criminal que otorgaba al Derecho penal¹⁵.

Pero el Derecho penal formalizado también pretende la consecución de otras metas que igualmente son de carácter político-criminal, y que son además las que caracterizan no sólo ya al Derecho penal del *Estado de Derecho*, sino, más modernamente, al Derecho penal del *Estado social y democrático* de Derecho: la protección de bienes jurídicos, estableciendo una jerarquía

valorativa entre ellos a partir de la primacía de los derechos humanos frente a los derechos de carácter transpersonalista o colectivos; la prevención general, creando a través de la amenaza penal y de la aplicación de la pena al responsable del delito un ambiente de respeto y confianza en la población hacia las normas jurídicas, y la prevención especial, procurando la resocialización o por lo menos no aumentando la desocialización del delincuente y allanando los obstáculos que éste tenga para reintegrarse a la sociedad, ayudándole a superar los obstáculos y problemas que le han llevado a cometer el delito. Naturalmente, estos principios son abstractos y algunos no se encuentran formulados expresamente en la Constitución o en las leyes penales, pero son los que directamente se derivan de los postulados característicos del Estado social y democrático de Derecho. Por tanto, sería excesivamente modesto reducir el papel de la Dogmática sólo al cumplimiento del principio de legalidad, que sí se encuentra recogido expresamente en la Constitución del Estado de Derecho, y no incluir en su construcción otros principios político-criminales que igualmente se encuentran, implícita o explícitamente, formulados en la concepción del Estado como Estado social y democrático de Derecho¹⁶. Reducir, por tanto, la tarea de la Dogmática jurídico-penal a la exposición puramente sistemática del Derecho penal, o, como decía WELZEL, “sólo al conocimiento de las relaciones internas del Derecho” porque ésta es la única posibilidad de elevar “la aplicación jurídica sobre la coyuntura y la arbitrariedad”¹⁷, significa prácticamente reducirla al cumplimiento de una única función político-criminal que, por importante que sea, no es, ni puede ser la única que debe cumplir el Derecho penal.

14 Cfr. VON LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1970, reimpresión de la misma obra de 1905, vol. 2, p. 80. Sobre el concepto de Política criminal de Von Liszt y lo que éste entendía como Derecho penal, véase el interesante trabajo de ORTIZ DE URBINA GIMENO, *La referencia político-criminal en el derecho penal contemporáneo (¿Es el derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella?)*, en Homenaje a Ruiz Antón, Octavio de Toledo y Ubieta/Gurdiel Sierra/Cortés Bechiarelli (coords.), Valencia 2004, pp. 859 ss. También del mismo autor, Roxin y la dogmática político-criminalmente orientada, en *La influencia de la Ciencia Penal alemana en Iberoamérica*, Homenaje a Claus Roxin, Inacipe, Méjico, 2003, tomo I, pp. 415 ss.

15 Sobre ello MUÑOZ CONDE, *La herencia de Franz von Liszt*, en *Revista penal*, 2011 (también publicada como monografía autónoma, en Méjico 2011. Versión original “Das Erbe Franz von Liszts”, en *Festschrift für Winfried Hassemer*, 2010).

16 Algunos de ellos, como algunas versiones del principio de culpabilidad, la jerarquización de los fines de la pena o el de exclusiva protección de bienes jurídicos, son todavía objeto de discusión doctrinal y, por eso, no encuentran siempre reconocimiento expreso en los textos legales; otros, como el de legalidad, por el contrario, son prácticamente objeto de reconocimiento universal en los países civilizados y se encuentran recogidos en casi todas las Constituciones y leyes penales del mundo. Pero el que haya principios político-criminales que no hayan sido formulados expresamente en la leyes, no excluye que la Dogmática jurídico-penal no los tenga en cuenta, sino que, por el contrario, le obliga a profundizar en ellos y a hacerlos fructíferos en la solución de los problemas dogmáticos; simplemente a veces como criterios metalegales, basados en reglas de la razón o la experiencia; cfr. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Valencia 1990, p. 79.

17 Así lo afirma expresamente WELZEL, *Das deutsche Strafrecht, eine systematische Darstellung*, 11ª ed., 1969, p. 1.

Está claro, pues, que la Dogmática no puede ser desvinculada de la Política criminal y que las finalidades político-criminales deben ser tenidas en cuenta en su elaboración.

El problema consiste en saber cuál es el modelo político-criminal que se debe tener en cuenta cuando se hace Dogmática.

II. POLÍTICA CRIMINAL, BIEN; PERO ¿CUÁL?

Y éste es un problema que, desde luego, no puede ser resuelto si no se tiene en cuenta el modelo de Estado y de sociedad en el que esa Dogmática se utiliza. Por eso, hay que ser muy cauteloso también al concebir la Dogmática jurídico-penal sólo como una “gramática universal” que puede ser empleada en cualquier tiempo y lugar, lo mismo en el Estado social y democrático de Derecho que en el Estado nacionalsocialista¹⁸, porque esto, aparte de ser bastante utópico, puede ser también muy peligroso y servir de legitimación de cualquier Derecho penal, incluido el del nacionalsocialismo o el de las dictaduras fascistas, la española, las latinoamericanas y las de cualquier otra parte del mundo donde se den tales modelos de forma directa o encubierta. Pues esto es, en definitiva, la conclusión a la que puede llegar un planteamiento dogmático tan aséptico y puramente sistemático como fue el que se cultivó en la Dogmática jurídico-penal alemana de los años 50 y 60.

Todavía tuvieron que pasar algunos años para que en un ambiente político diferente, más liberal y comprometido con los derechos humanos, como fue el que se desarrolló en Alemania desde finales de los años sesenta, con el gobierno de coalición presidido por el socialdemócrata Billy Brandt, que vivió exilado en Noruega en la época nacionalsocialista y no tenía, por tanto, ninguna concomitancia con dicho régimen, para que pudiera plantearse sin complejos la necesaria relación entre la Dogmática jurídico-penal y la Política criminal y ésta pudiera recuperar la dignidad como instrumento legítimo a utilizar en la elaboración de la Dogmática jurídico-penal.

El resultado de esta nueva orientación política en Alemania, fue la aparición de un grupo de jóvenes penalistas como ROXIN y otros, que por su edad ya no tenían una relación directa con el régimen nacionalsocialista, y que redactaron un Proyecto Alternativo (AlternativEntwurf) en el que, a través de varios

volúmenes comprensivos de la Parte General y de la Parte Especial, se expresaban orientaciones político-criminales diametralmente opuestas a las que se mantenían en el Proyecto gubernamental de Código penal de 1958/1960, en el que habían intervenido MEZGER o WELZEL. En este Proyecto Alternativo se proponía un Derecho penal más acorde con una Política criminal inspirada en los principios de un Estado de Derecho democrático y pluralista, destacando junto a la idea de protección de bienes jurídicos, la reinserción social del delincuente y la reducción del derecho penal en ámbitos como el Derecho penal político, el Derecho penal sexual, etc.

En la Dogmática penal es paradigmático en esta nueva orientación la breve monografía de Claus Roxin “Kriminalpolitik und Strafrechts system” (1ª ed. 1970, traducida al español de Muñoz Conde, Barcelona 2000, republicada en Buenos Aires, 2001, traducida también al portugués por Luis Greco, 2000), en la que aboga por introducir en el Sistema del derecho penal y consecuentemente en las diversas categorías de la teoría del delito, las finalidades político-criminales demandas del principio de legalidad (en la tipicidad), de los principios informadores con los que se deben resolver los conflictos entre intereses sociales y particulares y entre los particulares, en el ámbito de las causas de justificación, y la necesidad preventiva de pena, general y especial, que debe añadirse a la culpabilidad individual para justificar un castigo, dando lugar a lo que Roxin llama “responsabilidad”.

La caída del Muro de Berlín en 1989, veinte años más tarde, también dio lugar a interesantes cuestiones dogmáticas para resolver la responsabilidad penal de los antiguos Dirigentes de la República Democrática Alemana (DDR), entre las que destaca la aplicación que hizo el Tribunal Supremo Federal alemán de la tesis que treinta años antes había propuesto ROXIN ya en 1963, sin ningún éxito entonces en la teoría y jurisprudencia alemanas, sobre la autoría mediata por control de aparato de poder, con la que se fundamentaba la responsabilidad como autores mediatos de quienes dentro de un aparato de poder estatal y en sus distintos niveles controlaban en el régimen nacionalsocialista decidían la ejecución de asesinatos masivos que otros llevaban a cabo en los Campos de Concentración. Esta tesis no había sido, sin embargo, nunca aplicada por los Tribunales alemanes para juzgar a los pocos criminales nazis que llegaron a ser acusados de haber participado

18 Véase MUÑOZ CONDE, en ESER/HASSEMER/BURKHARDT a. cit.

de un modo u otro en los asesinatos masivos cometidos durante aquel régimen¹⁹.

También la aparición de nuevos problemas característicos de las sociedades modernas, como la polución medioambiental, el empleo de energías peligrosas como la nuclear, la fabricación de productos defectuosos de consumo masivo, la globalización del sistema financiero, la informática, el progreso tecnológico en general, dieron lugar en el último cuarto del siglo XX a una renovación de la dogmática penal para incluir en la misma nuevos instrumentos de criminalización en ámbitos tradicionalmente al margen del Derecho penal, con la utilización cada vez más frecuente de delitos de peligro abstracto, de normas penales en blanco, y de conceptos técnicos extraños al Derecho penal, produciéndose al mismo tiempo un debilitamiento del concepto de bien jurídico sustituido por el de función, la desaparición de la prueba de la causalidad material entre la acción y un determinado resultado sustituida por una teoría de la imputación objetiva para fundamentar la atribución del resultado a sujetos que habían realizado la acción prohibida aunque no pudiera demostrarse que ésta hubiera causado ese resultado (caso del “protector de madera”, en Alemania, o del “envenenamiento masivo por aceite de colza”, en España), o incluso un debilitamiento del principio de imputación subjetiva, propugnándose una teoría unitaria del dolo que prescinde del elemento volitivo referido al resultado, exigiendo sólo la voluntad referida a la acción peligrosa, o permitiendo una atribución directa de responsabilidad a los que se encuentran en la cúspide de un ente colectivo, sobre todo en el ámbito empresarial, o llegando incluso a exigir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Evidentemente, ante esta expansión del Derecho penal también se han levantado voces críticas, entre las que destaca la de los integrantes de la llamada “Escuela de Frankfurt” (Naucke, Lüderssen y Hassemer) con Hassemer a la cabeza, quien propone un Derecho de intervención que

reduzca la función del Derecho penal a los casos verdaderamente graves, proponiendo en todo caso de forma previa o alternativa al Derecho penal la utilización de otros remedios protectores del Ordenamiento jurídico, de carácter civil o administrativo, o también meramente tecnológicos²⁰.

Del mismo modo, la reacción de los USA tras el ataque terrorista a las Torres Gemelas el 11.09.2001, con la elaboración de una ley de excepción como la llamada “Acta patriótica”, que permite la violación de Derechos humanos fundamentales a la intimidad, la libertad, etc., y legítima centros de detención como Guantánamos, y el subsiguiente miedo que se ha extendido en los países occidentales, también en Alemania, a sufrir ataques similares, unido a la nuevas formas de criminalidad como el crimen organizado, el narcotráfico a gran escala, etc., están dando lugar a leyes de excepción al límite del Estado de Derecho cuando no claramente desbordándolo, infringiendo derechos fundamentales que constituyen la base del mismo. Tampoco ha faltado quien como JAKOBS en Alemania defiende o por lo menos asuma como inevitable este tipo de Derecho penal belicista al que llama “Derecho penal del enemigo” (Feindstrafrecht) que se caracteriza, según él, por una criminalización de conductas en el ámbito previo a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, por el empleo de “penas draconianas”, al margen del principio de proporcionalidad, y por una reducción de las garantías procesales del imputado que puede llevar a la admisión de pruebas obtenidas ilegalmente (por ej., mediante tortura) o a la admisión de tribunales de excepción, a la negación del derecho del imputado a permanecer en silencio o a ser asesorado por un abogado desde el momento de su detención, etc. Todo ello en mi opinión difícilmente compatible con los principios básicos del Derecho penal y procesal penal de un Estado de Derecho²¹.

19 Sobre las razones por las que la tesis de Roxin no fue aplicada entonces, véase MUÑOZ CONDE, La autoría mediata por control de aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado, en *Revista Penal*, 2013 (también en IBCCRIM, 2013).

20 Véase por ejemplo, HASSERMER/MUÑOZ CONDE, La responsabilidad por el productor en Derecho penal, Valencia 1995. Sobre la influencia de HASSEMER en el Derecho penal brasileño, véase la monografía, premiada en este Congreso de IBCCRIM, de Ana Carolina CARLOS DE OLIVEIRA, Hassemer e o Direito penal brasileiro, Direito de intervenção, sanção penal e administrativa, Sao Paulo 2013; también la de Helena Regina LOBO DA COSTA, Proteção penal ambiental, Viabilidade. Efetividade. Tutela por outros ramos do direito, 2010.

21 Véase JAKOBS, en ESER/HASSEMER/BURKHARDT, Die deutsche Strafrechtswissenschaft in der Jahrtausendwende, ant.cit. Posteriormente JAKOBS ha vuelto a insistir en su planteamiento en la obra JAKOBS/CANCIO MELIÁ, Derecho penal del enemigo, Madrid 2003. Esta tesis ha provocado una fuerte reacción entre muchos penalistas de diversa procedencia teórica o incluso ideológica, ya desde que la expuso en el Congreso de Berlín. Por lo que a mí respecta, me he ocupado de ella repetidas veces en sentido crítico; véase, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, en *Revista Electrónica de Derecho penal*, Universidad de Granada, 2003; el mismo, ¿Hacia un Derecho penal del enemigo?, en el diario *El País*, 15 enero 2003; el mismo, “El Derecho penal del enemigo”, Instituto Nacional de Ciencias Penales, IN-

Tampoco la crisis económica y financiera, en la Bolsa de Nueva York y como consecuencia en el resto del mundo financiero, está repercutiendo en un nuevo entendimiento del Derecho penal y en la elaboración dogmática del mismo. La tendencia político-criminal en tipificar expresamente determinados fraudes en el ámbito financiero, como la estafa de crédito o la gestión o incluso temeraria de las entidades financieras, introducir la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, convertir la corrupción pública y privada, también en el ámbito trasnacional, en delitos gravísimos (llevándola por ejemplo, en Brasil, a la categoría de “crimen hediondo”), reformar la legislación procesal reforzando los medios pruebas en el ámbito de la criminalidad organizada y trasnacional, como hace la reciente ley brasileña del 2 de agosto del 2013. A mi juicio no cabe duda de que esta nueva Política criminal obligará a la Dogmática a revisar sus planteamientos tradicionales también en este ámbito, intentado que la misma no traspase tampoco aquí los límites de las bases del Estado de Derecho, que en definitiva no son otros

que los derechos humanos. Como ya en su día expuso el profesor de la Universidad de Munich Joachim VOGEL, desgraciadamente fallecido de forma trágica en Venecia el 17 de agosto del 2013, no es ya el Derecho penal, como decía VON LISZT, sino la Constitución, y con ella todos los derechos fundamentales en ella recogidos, el verdadero límite de la Política criminal²².

Desgraciadamente, no tengo ya tiempo para ocuparme con detenimiento de estas nuevas tendencias en la Política criminal y de sus repercusiones en la terminar quisiera resumir todo lo anteriormente expuesto en las siguientes

III. CONCLUSIONES

La primera Conclusión importante que deducir de la exposición anterior se reduce a lo siguiente: Una Dogmática jurídico-penal, puramente sistemática, completamente neutra desde el punto de vista político y valorativo, no puede existir.

La relación, a veces contradictoria y atormentada, y en todo caso conflictiva, entre Dogmática jurídico-pe-

ACIPE, México DF, 2003; el mismo, El nuevo Derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado “derecho penal del enemigo”, en La influencia de la Ciencia Penal alemana en Iberoamérica, Homenaje a Claus Roxin, Inacipe, Méjico, 2003, tomo I, p. 103 ss.; el mismo, en Homenaje a Ruiz Antón, Octavio de Toledo y Ubieto/Gurdiel Sierra/Cortés Bechiarelli (coords.), Valencia 2004; el mismo, en El derecho ante la globalización y el terrorismo, Losano/Muñoz Conde (coords.), Valencia 2004; el mismo, De nuevo sobre el derecho penal del enemigo, en Revista Penal, 2005 (publicado también como monografía con el mismo título en la editorial Hammurabi, Buenos aires, 2005, segunda edición ampliada, Buenos aires 2007; también hay una traducción alemana de la primera edición realizada por Moritz Vormbaum, con prólogo de Winfried Hassemer, publicada con el título “Über das Feindstrafrecht”, LIT, Münster 2007; y otra de al portugués de Karyna Batista Sposato, Direito penal do inimigo, 2012); el mismo, “Derecho penal del enemigo y delito político”, en Homenaje a González Cuellar, Madrid 2006; el mismo, “¿Es el Derecho penal internacional un Derecho penal del enemigo?”, ponencia expuesta en el Curso del Consejo General del Poder Judicial, “Nuevas Tendencias del Derecho penal” dirigido por Santiago Mir Puig, Madrid, octubre 2007; el mismo, Los orígenes ideológicos del derecho penal del enemigo, en Revista Penal 2010 (hay traducción al portugués de Ana Elisa Bechara, publicada en IBCRIM, 83/93). Recientemente han aparecido dos obras colectivas sobre el tema, en las que se contienen aportaciones de diversos autores, lo que me exime de la cita individualizada de cada uno de ellos; cfr. CANCIO MELIÁ/GÓMEZ JARA, Derecho penal del enemigo, el discurso penal de la exclusión, 2006; también la recopilación de trabajos de las ponencias presentadas en el Congreso celebrado en Trento en marzo del 2006 sobre Derecho penal del enemigo y delito político, aparecido ahora como volumen colectivo bajo el título “Nuovo revisionismo penale. Delitto político e diritto penale del nemico”, a cargo de Alessandro Gamberini y Renzo Orlando, 2007 (véase mi crónica de este Congreso y del de los abogados penalistas alemanas celebrado en Frankfurt en marzo del 2006, donde también se dedicó una sección al tema, en Revista Penal, 18 2006, p. 336 ss., en la que se recoge como apéndice mi aportación al Congreso de Trento, publicada luego como artículo en Homenaje a González Cuellar, Madrid 2006). También en Alemania, aunque más tardíamente, la tesis de Jakobs ha sido mayoritariamente rechazada, sobre el estado de la discusión, puede verse el volumen colectivo “Kritik des Feindstrafrechts”, edit. por Thomas Vormbaum, Berlin 2010. La discusión en absoluto ha terminado y continúan publicándose trabajos sobre este tema tanto en Alemania, como fuera, si bien por lo que respecta a otros países, la mayoría de las publicaciones se han realizado en el ámbito hispano y latinoamericano, quizás debido a que la realidad política y social de muchos países latinoamericanos ofrece muchos motivos de reflexión sobre el tema, y por lo que respecta a España a que el fenómeno del terrorismo, no sólo etarra, sino islamista, es una desgraciada realidad siempre presente en la preocupación del pueblo español y de los dirigentes políticos españoles. Recientemente me he ocupado también de las repercusiones que tiene en el ámbito del proceso penal la tesis de Jakobs, véase, por ej. mi monografía “De las prohibiciones probatorias y el Derecho procesal penal del enemigo”, Buenos Aires, 2010; y mi ponencia al Forum de Pekin octubre 2011 “Law and the war on terror”, en The Basic Situation and Strategy of the International Fight against terrorism in the Bin Laden Era (He Bing song (editor in chief), Liu Yanping (Associate editor in chief), Pekin 2012.

22 Véase Joachim VOGEL, Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht, Berlin 2004, p.100: “Grenze der Kriminalpolitik ist im Verfassungsstaat nicht das Strafrecht, sondern die Verfassung” (En el Estado constitucional el límite de la Política criminal no es el Derecho penal, sino la Constitución“.

nal y Política criminal es inevitable. De lo que se trata es de saber de qué Política criminal hablamos; si de una coherente con los valores del Estado de Derecho, la democracia y el respeto de los derechos humanos; o de una basada en el mantenimiento de las desigualdades sociales, los privilegios de unos pocos a costa de la mayoría, la superioridad de la raza aria, la instrumentalización del ser humano al servicio de valores colectivos o estatales, o la negación de los derechos humanos más elementales, como ocurrió en el Estado nacionalsocialista y con otros Estados totalitarios, y sucede actualmente todavía en muchos Estados y puede suceder en el futuro en cualquiera de los nuestros. De lo que estamos tratando no es de un problema puramente teórico o metodológico, sino de algo que, como la Historia más reciente enseña, ha sido una realidad palpable del Derecho penal de los últimos años. Si algo puede habernos enseñado este paseo por la Historia de la Dogmática jurídico-penal de los últimos sesenta años, es que hubo una época en la que, por doloroso que sea para algunos tener que reconocerlo, muchos penalistas alemanes, y precisamente los mejores y de más influencia en el Derecho penal de su tiempo, que antes y después del nacionalsocialismo hicieron ostentación de su “apoliticismo” en el entendimiento de la Dogmática jurídico-penal, no tuvieron ningún inconveniente en renovar sus planteamientos científicos o metodológicos y en poner la Dogmática al servicio de los valores que propugnaba el Estado nacionalsocialista. Si lo hicieron por oportunismo, por convencimiento o por otras razones, es algo que pertenece a la conciencia de cada uno y que es difícil juzgar desde el momento presente. Ciertamente, hubo también una “mayoría silenciosa” que, desde luego, no opuso resistencia, pero que tampoco colaboró entusiasmadamente, o simplemente se dedicó a estudiar cuestiones técnicas o menos comprometidas políticamente. Por supuesto, tuvo que ser muy difícil sustraerse en aquel momento a aquella “locura colectiva” que se apoderó del pueblo alemán y lo llevó finalmente a la catástrofe. Pero también cuesta trabajo imaginarse que grandes científicos e importantes profesores asistieran imperturbables o incluso colaboraran activamente en la “depuración” de las cátedras universitarias, en la expulsión de sus puestos de eminentes personalidades, sólo porque eran “judíos” o “medio judíos”; en la desaparición o aparente deportación de familias enteras conducidas, de día o de noche, a campos de concentración en las que eran exterminadas, y en la

eliminación de “seres desprovistos de valor vital”, “extraños a la comunidad”, asociales, etc. Y que mientras tanto se hicieran leyes que permitían tales atrocidades, y que en los libros y Tratados más importantes de la época, entre los que se cuenta, por ejemplo, la “Política criminal” de Mezger, se considerara como fin de la pena la “Ausmerzung”, es decir, la eliminación de los “elementos perjudiciales para el pueblo y la raza”, y que con la llamada “teoría estricta del dolo”, expuesta en el Homenaje a Kohlrausch el año 1944, justificara la aplicación de la pena del delito doloso (a veces la de muerte) a quienes por no pertenecer a la “Volksgemeinschaft” (es decir a la comunidad del pueblo alemán de raza aria) no se preocupaban del carácter prohibido del hecho y cometían “crimina odiosa” como “el aborto, la homosexualidad y el ultraje a la raza” (sic)²³. Frente a esto cualquier discusión sobre los problemas básicos y sistemáticos de la Dogmática jurídico-penal parece un juego de niños, cuando no un pretexto para evadir la responsabilidad o aplacar la “mala conciencia” que, sin duda, más de uno de estos penalistas tuvo que tener por haber contribuido, aunque fuera como espectador de primera fila y no activamente, en tales hechos.

Pero de lo que no cabe duda es que una vez superados los complejos que hicieron desaparecer incluso el término de “Política criminal” del ámbito de la discusión dogmática alemana de los años 50 y 60 del pasado siglo, la reivindicación de la misma como un sector del que también tiene que ocuparse el penalista, supone un avance importante para la renovación de una Dogmática jurídico-penal que, por razones a veces inconfesables, estuvo anclada durante muchos años en unos planteamientos puramente sistemáticos, completamente desconectada de una dura y dramática realidad, con la que, se quiera o no, hay que enfrentarse necesariamente; eso sí, en última instancia, de acuerdo con la propia ideología y la conciencia (buena o mala) que todo penalista debe tener cuando adopta una determinada decisión sobre punibilidad o impunidad de una determinada conducta. A partir de ahí, y conociendo el contexto político e ideológico en el que se produjo la hipervaloración de la Dogmática jurídico-penal tanto en Alemania, como en España, como en Portugal, Brasil y en toda Latinoamérica, sería bueno que en este nuevo siglo y comienzo de un nuevo milenio, y ante las experiencias dramáticas

23 Sobre ello y para más detalles véase MUÑOZ CONDE, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, 4ª ed. Valencia 2003.

ya vividas en el mismo como el atentado terrorista a las Torres Gemelas e Nueva York el 11.09.2001, pero también con la respuesta norteamericana al mismo con el “PatriotAct” y el internamiento en duras condiciones de presuntos terroristas y “enemigos combatientes” en el Campo de Concentración de Guantánamo, nos planteáramos si esa hipervaloración de la actividad dogmática como única misión del penalista, debe ser revisada, no tanto para ignorar o minimizar su importancia y la necesidad de su existencia en el aseguramiento de valores fundamentales del Estado de Derecho, como son la seguridad y la certeza jurídicas, sino para convertirla también en un instrumento útil y, por tanto, político-criminalmente valioso, en la protección de los nuevos valores y bienes jurídicos fundamentales para la supervivencia de las modernas sociedades.

La existencia de una Corte Penal Internacional nos obligará en un futuro no muy lejano a elaborar, por encima de las diferencias lingüísticas, una gramática jurídica común, que sin duda estará muy influenciada, sobre todo entre nosotros, por la Dogmática jurídico-penal alemana, que, por su refinamiento y esmerada elaboración, puede ser una buena base conceptual para la argumentación jurídica universal²⁴. Pero sin olvidar que, por encima de las particularidades de la legislación penal de los respectivos países, la misma debe estar inspirada en una Política criminal dirigida a la protección de los derechos fundamentales en un marco de libertad, justicia y tolerancia, tal como se plasma en la Declaración Universal de los Derechos humanos de la ONU de 1948, en el Convenio Internacional de los Derechos políticos y civiles y en la Convención europea de Derechos humanos.

Mientras tanto, la relación entre Dogmática jurídico-penal y Política criminal seguirá siendo una relación difícil y a veces atormentada, y por eso mismo será difícil evitar, como ya advertía Hassemer en 1974, que se den intromisiones e ingerencias abusivas entre ellas, pero no por eso deben seguir caminos distintos o incluso contradictorios que harían del Derecho penal un instrumento ineficaz en la solución de los problemas humanos y sociales, o un sistema autónomo de imputación de responsabilidad penal completamente desconectado de la realidad de su tiempo y de las necesidades de la sociedad en la que vive.

Con esto llego al final de mi exposición. Hace ya cuarenta años en mi primera intervención en un Congreso internacional de penalista celebrado en la ciudad alemana de Ludwigsburg en octubre de 1973, patrocinado por la Fundación Alexander von Humboldt, tuve el valor de proponer, un tanto inconscientemente ante un auditorio de grandes penalistas, entre los que estaba Hans WELZEL, que la Ciencia del Derecho penal, y, por tanto, también la Dogmática penal debía ser una “Ciencia crítica del Derecho”, citando al respecto la famosa tesis XI de Marx sobre Feuerbach, modificándola un poco “Los penalistas hemos interpretado hasta ahora el Derecho penal, pero lo que hay que hacer es cambiarlo”. Me refería sobre todo al Derecho penal de la dictadura franquista, y probablemente esto y mi juventud hizo que no me miraran con antipatía o demasiado recelo, los allí congregados, pero a lo largo de estos cuarenta años he tenido ocasión de comprobar que esa misma actitud crítica debe seguir manteniéndose frente a otros Derechos penales, incluso en las sociedades democráticas, cuando claramente traspasan el marco del

24 Un ejemplo de esta posibilidad de “universalización” del instrumental conceptual elaborado por la Dogmática jurídico-penal alemana y su utilización para la interpretación y sistematización de otros Ordenamientos jurídico-penales aparentemente tan alejados de los centroeuropeos y latinos como es el Derecho penal de los países anglosajones inspirados en el sistema del “Common Law”, lo ofrece la por muchas razones interesante y ya clásica obra de George P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, 1978, en la que se intenta combinar ambas formas de elaborar el Derecho penal; véase también del mismo autor, *Basic concepts of Criminal Law*, 2001 (en español, *Conceptos básicos de Derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, Valencia 2000); el mismo, *The Right and the Reasonable*, en Albin Eser & George P. Fletcher, *Justification and Excuse: Comparative Perspectives*, 1987, vol. 1, pp. 67 ss. (traducido al español por Paulo Busato y Francisco Muñoz Conde, con el título “Lo Justo y lo razonable”, publicado en la editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2006). También más recientemente del mismo FLETCHER, *Grammar of Criminal Law*, Oxford University Press, 2007 (traducción española de Francisco Muñoz Conde, Gramática del Derecho penal, editorial Hammurabi, Buenos Aires 2009) (Para un resumen de las principales aportaciones de FLETCHER al Derecho penal comparado y a la elaboración de un sistema, gramática, universal del Derecho penal véase MUÑOZ CONDE, “Rethinking” the universal structure of criminal law, en *Tulsa Law Review*, 2004; también y en relación con el concepto de acción como elemento de la teoría del delito, véase MUÑOZ CONDE/CHIESSA, *The act requirement*, en *Cardozo Law Review*, Symposium about Fletcher’s Grammar, 2007; y MUÑOZ CONDE, *It is possible a universal system of criminal law?*, Ponencia al Congreso celebrado en Pekín del 26 al 30 de octubre del 2007: *The new system of Criminal Law in the era of globalisation*. También sobre las posibilidades de la Dogmática jurídico penal en la exposición del Derecho penal en China, véase mi artículo, *La universalización del sistema dogmático del derecho penal y su aplicación en el Derecho penal chino*, en *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho*, en Homenaje a Santiago Mir Puig, edit., por Diego Luzón, 2011, p. 207 ss.).

Estado de Derecho y de los derechos humanos. Posteriormente, presenté en francés un artículo al Congreso de Penalistas jóvenes celebrado en Varna (Bulgaria), en mayo de 1976, que, traducido por Esther Kosowsky, en fue publicado en 1978 en la Revista Brasileira de Derecho penal que dirigía el prematuramente fallecido Profesor carioca Heleno Claudio Fragoso, todavía en plena dictadura militar en Brasil.

Desde entonces han cambiado mucho las cosas en España, y en todo el mundo, también en Brasil, pero

en esta materia no tengo ningún motivo para cambiar lo que ya sostuve hace cuarenta años, sino más bien para lo contrario, para afirmar ahora más que nunca, ya casi al final de mi vida académica, la actitud crítica que siempre he mantenido tanto a la hora de interpretar, como de sistematizar y exponer el Derecho penal, sobre todo cuando evidentemente ese Derecho penal no es compatible o incluso viola principios fundamentales del Estado de Derecho y los derechos humanos que le sirven de base.