

Muñoz Conde

COLECCIÓN
VANGUARDIA EN CIENCIAS PENALES

La Relación entre
Sistema del Derecho Penal
y Política Criminal

HISTORIA DE UNA RELACIÓN ATORMENTADA

Francisco Muñoz Conde



INSTITUTO DE FORMACIÓN PROFESIONAL

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
La relación entre el Sistema Penal
y Política Criminal:
Historia de una relación atormentada

345
M93r
Eº.2

V
E
E

01453

M482x
2008

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE, SEVILLA



La relación entre el Sistema Penal y Política Criminal: Historia de una relación atormentada



CLASIFICACION 345

CUTTER M483r

EJEMPLAR 2

No. DE ADQ. 13417

FECHA 5-10-2010

© Muñoz Conde

© UBIJUS Editorial

Av. Jardín N° 592, Col. Euzkadi, C.P. 02660
Del. Azcapotzalco, México D.F.
ubijus@gmail.com
(0155) 55564511
(0155) 53566888

Instituto de Formación Profesional

4ª y 5ª Cerrada de Av. Jardín sin número, Col. Ampliación
Cosmopolita, Del. Azcapotzalco, México D.F.
www.pgjdf.gob.mx
ifp@pgjdf.gob.mx
(0155) 5345-5900

Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal
Calle General Gabriel Hernández N° 56, Col. Doctores,
Del. Cuauhtémoc, C.P. 06720, México, D.F.

ISBN: 978-970-95113-7-6

Dirección de Arte y Diseño:
ROLANDO L. BARTOLO MESÍAS

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Índice

1. Introducción: La necesidad del sistema jurídico	7
2. Las relaciones entre dogmática del derecho penal y política criminal en la ciencia penal alemana de la posguerra	12
3. La tesis de Roxin	32
4. La tesis de Hassemer y de la llamada escuela de Frankfurt del Derecho Penal	38
5. La tesis de Jakobs.....	43
6. Conclusión.....	48

La relación entre sistema del derecho penal y política criminal: historia de una relación atormentada¹

Francisco Muñoz Conde, Catedrático de Derecho penal
Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.

1. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DEL SISTEMA JURÍDICO.

Los actuales sistemas del Derecho penal en los países de nuestra área de cultura están basados o influenciados por dos concepcio-

¹ El presente texto fue escrito originariamente para servir de base a la conferencia pronunciada por el autor en el solemne acto en el que se le confirió el título de doctor honoris causa por la Universidad Lusitana de Lisboa, el día 22 de octubre del 2004. En dicho acto también le fue conferido el mismo título al Profesor Dr.Dr.h.c. mult. Winfried HASSEMER. Posteriormente fue reelaborado para su publicación en el Homenaje a Rodríguez Mourullo, Madrid 2006. Una buena parte de este trabajo se encuentra ya en el Excurso del capítulo primero de mi libro, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, desde su primera edición en la editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2001 (también en la 4ª edición de esta obra, Valencia 2003, p. 95 ss.). La presente versión se ha elaborado expresamente para el Coloquio Internacional de Política Criminal y Derecho Penal celebrado del 23 al 25 de octubre de 2007 en el Instituto de Formación Profesional de la Ciudad de Méjico.

nes jurídicas diferentes: El "Common Law" y el Derecho continental europeo, sobre todo en la versión, también llamada dogmática, del sistema jurídico alemán.

El sistema del "Common Law", se aplica principalmente en los países formalmente o todavía asociados con la Corona británica. Este sistema es prácticamente desconocido en los países dominados por el sistema continental centroeuropeo, que tiene otras particularidades y aplica en su exposición teórica y en su aplicación práctica una metodología diferente. El sistema continental europeo, también llamado sistema del Derecho civil, se modificó profundamente a partir de la codificación napoleónica francesa a principios del siglo XIX. A partir de ahí se fue elaborando, sobre todo en Alemania, y para superar de algún modo las particularidades de las legislaciones de los distintos Estados alemanes que funcionaban como entes políticos independientes, un sistema teórico de exposición del Derecho vigente, abstrayendo una serie de conceptos generales abstractos aplicables a cualquier Ordenamiento jurídico. Surgieron así teorías generales del negocio jurídico, del contrato, de las obligaciones y, por supuesto, del delito, que no pretendían otra cosa que servir de base teórica y sistemática para interpretar cualquier Ordenamiento jurídico por encima del particular de cada nación.

El sistema del Common Law, en cambio, tiene muchas menos pretensiones de validez universal y no se preocupa, por supuesto, de cuestiones sistemáticas o demasiado abstractas a la hora de interpretar y aplicar el derecho positivo. Su interés principal radica en la solución del caso concreto, de ahí que también se le identifique con el nombre de "Case Law". Y esto que puede considerarse a veces como un defecto, también puede ser una ventaja. Los casos se deciden normalmente por los Jueces o Tribunales de Justicia, que en la tradición del "Common Law" representan un poder importante y actúan con absoluta independencia del poder político. Y una vez que se deciden se convierten en "precedentes", que, cuando están bien

fundamentados y adquieren prestigio, sirven como base de otras futuras decisiones judiciales y como instrumento para la enseñanza del derecho. De tal modo que la elaboración del "Common Law" más que en una exposición sistemática de estas decisiones, consiste en una recopilación de casos y decisiones jurisprudenciales, algunas de ellas muy antiguas, que por su propio prestigio se conviertan en una jurisprudencia creadora del derecho. Y ello sirve tanto para el Derecho privado, como para el público, el procesal y, por supuesto, también para el Derecho penal, aunque a veces y cada vez con mayor frecuencia se le complementa con disposiciones emanadas del órgano legislativo (Act Law).

De todos modos, no cabe duda de que a pesar de las indudables ventajas de este sistema, su elaboración sistemática teórica-abstrac-ta es bastante escasa, sobre todo si se la compara con la del sistema dogmático jurídico alemán, que lleva un gran adelanto sobre las tímidas construcciones sistemáticas que hacen los autores del "Common Law". Aunque el nombre de "dogmática" jurídica no sea muy afortunado, por sus connotaciones casi religiosas y teológicas (el mensaje revelado por Dios, o creado por el legislador, debe ser asumido como un dogma y elaborado a través de una actividad intelectual a la que se llama "dogmática"), está claro que la elaboración sistemática de la materia jurídica es indispensable, sobre todo dada la complejidad y amplitud que en el mundo actual tiene cualquier rama del Ordenamiento jurídico. Precisamente, la elaboración de un sistema pretende reducir esa complejidad, hacerla abarcable, evitando en lo posible las resoluciones contradictorias, y a veces la arbitrariedad y el coyunturalismo que por diversas razones se dan a veces en los Tribunales de Justicia. La identificación de un conjunto de conceptos y principios generales sistematizados adecuadamente, puede ser también una buena Gramática jurídica para la enseñanza y el aprendizaje del derecho.

Por lo que se refiere al Derecho penal, el principal mérito de la Dogmática jurídico-penal alemana es haber elaborado una exposición sistemática secuencial relativamente sencilla de los elementos comunes a todos los particulares tipos delictivos (homicidio, robo, violación, traición, fraude, etc) construyendo a partir de ellos una Teoría General del Delito. Estos elementos comunes a todos los tipos delictivos son por orden de aparición y comprobación:

1. La tipicidad, es decir, la definición normalmente general y abstracta que hace del comportamiento delictivo el legislador y la comprobación que hace el juzgador de si un determinado comportamiento humano se corresponde o es subsumible en la definición legal.

2. La antijuricidad, en la que se comprueba si el comportamiento humano típico, a pesar de su tipicidad puede estar excepcionalmente justificado o incluso mandado por una causa de justificación (legítima defensa, por ejemplo) que lo convierte en un hecho perfectamente lícito.

3. La culpabilidad o responsabilidad subjetiva del autor del hecho tipificado por la ley y no amparado por ninguna causa de justificación y, por tanto, antijurídico, que puede ser excluida por alguna causa de exclusión de la misma, como la enfermedad mental o el error.

Esta elaboración puramente sistemática de una Teoría General del Delito originada en Alemania hace ya más de un siglo, ha seguido siendo elaborada por los penalistas alemanes más prestigiosos durante todo el siglo XX hasta nuestros días, desde Beling hasta Roxin, pasando por Mezger y Welzel, que en sus distintas versiones de la misma han mantenido esta clasificación tripartita, si bien dándole a cada una de estas categorías distintas funciones y contenidos. Así, por ejemplo, para algunos la tipicidad y la antijuricidad se confunden en una misma categoría a la que se llama injusto, para otros se mantienen completamente separadas. También la culpabilidad se

concibe de manera distinta, según se incluyan en ella el dolo y la imprudencia, o se reserve sólo para incluir los elementos que fundamentan la reprochabilidad del hecho a su autor. Algunos, causalistas y finalistas, las fundamentan en datos o presupuestos ontológicos vinculantes, la casualidad y finalidad; mientras que otros las consideran de un modo puramente valorativo o normativo, como criterios de atribución o imputación de responsabilidad, meramente funcionales, etc.

Pero esta elaboración sistemática con ser tan importante, no es de por sí suficiente para garantizar resultados justos, sobre todo si no se tienen en cuenta las finalidades específicas del Derecho penal y de la pena y del Ordenamiento jurídico en su conjunto y el marco valorativo de principios y derechos fundamentales. Una elaboración sistemática realizada considerando el sistema como un fin en sí mismo, o incluso como el único fin, termina siendo tautológica y encierra al penalista en una especie de urna de cristal, aislado de la realidad en la que se aplica el Derecho penal y despreocupado de los efectos y consecuencias que tiene el mismo para los individuos y para la sociedad. Desde el momento en que el Derecho penal es un instrumento de configuración política y social, es necesario que también se tengan en cuenta en su elaboración sistemática los fines y funciones que se pretenden conseguir con él. Esta fue la intuición genial de mi maestro Claus Roxin, cuando en su monografía "Sistema del derecho penal y política criminal" en 1970, traducida por mi al español en 1972, reivindicó la necesidad de introducir en la elaboración sistemática del derecho penal las finalidades político criminales que se quieren conseguir con el mismo. De esta tesis nos ocuparemos más adelante, pero antes voy a exponer las razones por las que durante mucho tiempo, sobre todo en los casi treinta años que van desde la terminación de la Segunda Guerra Mundial y la derrota de Alemania en la misma hasta bien entrada la década de los años setenta del pasado siglo, el Sistema del Derecho penal

elaborado por los causalistas y los finalistas sobre bases puramente ontológicas, pretendió prescindir completamente de las finalidades político criminales. Pero también expondré los problemas que tiene incluir determinados postulados político criminales en el Sistema del Derecho penal, cuando estos se apartan de determinados principios y derechos fundamentales reconocidos tanto a nivel constitucional, como en las Declaraciones internacionales de derechos fundamentales, y que constituyen las bases del moderno Estado de Derecho y del Derecho internacional. Para ello me referiré también a las críticas que dirige la Escuela de Frankfurt, y principalmente Winfried Hassemer, al llamado "Moderno Derecho penal", y a la propuesta de Günther Jakobs de asumir junto a un Derecho penal para el normal ciudadano un "Derecho penal del enemigo", que son las tendencias que han dominado el debate científico alemán en la última década. Finalmente expondré mis propias Conclusiones.

2. LAS RELACIONES ENTRE DOGMÁTICA DEL DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL EN LA CIENCIA PENAL ALEMANA DE LA POSGUERRA.

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 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 como: "Adolf Hitler (o el General Franco, o 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 que incluso en un país como Alemania, que

sufrió y padeció el régimen nacionalsocialista y sus consecuencias hasta unos límites realmente extremos, pueda llegar a considerarse como un delito de apología del Holocausto. 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)².

Por eso, cuando se trata de analizar la relación entre Sistema 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, ese país no puede ser otro que Alemania y la época en la que mejor se puede analizar no puede ser otra que la difícil situación espiritual en la que se encontraba sumergida la Ciencia penal alemana tras la Segunda Guerra Mundial. La elección de este país para exponer este problema es fácil de entender, si se tiene en cuenta que la Ciencia hispano 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 decíamos 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

² 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.

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 que 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 hispanoparlante, 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.

Creo que, 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) 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 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"³

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. 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"⁴

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 política⁵ 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-

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

4 Como nota anterior.

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

“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”⁶.

No sé hasta qué punto Welzel estaba convencido de que sus planteamientos dogmáticos estaban por encima 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 Re-

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

pública 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 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 ale-

mana. Pero ay también de quien confesadamente causalista, tuviera la mala suerte de tropezarse en su concurso u oposiciones con un finalista, o viceversa. 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. Es evidente que 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 Dog-

mática 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, 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 criminal⁷.

7 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 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*, Manchen, 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).

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 escritos⁸), 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.

Paradójicamente, todo esto es lo que, sin embargo, facilitó que la discusión dogmática y sistemática del Derecho penal se convirtiera en el lugar común, o en el "refugium peccatorum" de la mayoría de los penalistas alemanes después de la Segunda Guerra Mundial, y de los más directamente influenciados por ellos, los portugueses y los españoles. Así sucedió, por ejemplo, con Edmund Mezger quien, al parecer, sin gran esfuerzo y a pesar de su ya avanzada edad, se pudo adaptar perfectamente a esta discusión y recuperar, si bien a un nivel más bajo, su antiguo interés por las cuestiones puramente dogmáticas que, sin duda, habían sido, como lo demuestra su Tratado, lo mejor de su producción antes de quedar contaminado por las tendencias político criminales, que hicieron de Alemania, un pueblo de

8 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.

"poetas y pensadores" ("Dichter und Denker"), un pueblo de "jueces y verdugos" ("Richter und Henker")⁹

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 penal¹⁰, 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 sociedad¹¹ y que se correspondía con la propugnada por el partido demócrata

9 La frase originaria "Dichter und Denker" ("Poetas y Pensadores"), que parece se debe a Madame von Staël (cfr. el trabajo de Hans MAYER, "Von guten und schlechten Traditionen deutscher Sprache und Literatur", en: *Sind wir noch das Volk der Dichter und Denker?* 14 Antworten, editado por Gert Kalow, p. 7); fue trasformada en sentido irónico, dada la similitud fonética, en la de "Richter und Henker" ("Jueces y Verdugos"), probablemente por el crítico literario Karl KRAUS. También la utilizó Kurt TUCHOLSKY, convirtiéndose en un lugar común, porque no cabe duda de que describe con bastante precisión y crudeza lo que ocurrió en Alemania en los años 30. Sobre las relaciones entre estos dos importantes escritores y el Derecho penal, véanse: MERKEL, *Reinhard, Strafrecht und Satire im Werk von Karl Kraus*, Frankfurt am Main, 1998; y GRENVILLE, *Kurt Tucholsky*, München 1983, pp. 45 y ss. (la cita se encuentra en la página 74).

10 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.

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

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.

Obviamente, esta política, que tenía también específicas consecuencias político criminales, podía ser aceptada sin mayores problemas por aquella generación de "viejos juristas" alemanes que pasaron del Imperio prusiano al nacionalsocialismo, sin querer siquiera enterarse de que en medio hubo una República democrática, la de Weimar (1918-1933), que se extinguió, entre otras cosas, por la falta de apoyo y de fe en la democracia que siempre mostraron los sectores más relevantes de la Ciencia jurídica de aquella época¹².

¹² Cfr., por ejemplo, Carl SCHMITT, *Die Hüter der Verfassung*, 1931, que en las páginas finales hace un canto de las facultades del Presidente del Reich (poco tiempo después fue nombrado Adolf Hitler como Canciller del Gobierno) como "protector y garante de la unidad e integridad del pueblo alemán" (p. 159); sobre el papel de Carl SCHMITT como ideólogo de la teoría política nazi, véase MÜLLER, pp. 50-52. Sobre el Derecho penal en la República de Weimar, cfr. *supra* capítulo I). Con razón dice Helmut HEIBER (*Die Republik von Weimar*, 1966, p. 276) que "el Estado de Weimar tiene más amigos ahora décadas después de su desaparición que en la época de su existencia". Véase también KÜHNEL, *La República de Weimar*, Valencia, 1991, que, en general, mantiene una actitud crítica frente a dicha República a la que acusa de haber entregado el poder sin resistencia a Hitler. El dato es conocido y viene en cualquier libro sobre el tema, por más que la bibliografía al respecto sea extensa y en ella abunden las interpretaciones más diversas. En todo caso, como muestra del grado de deterioro a que habían llegado algunos sectores de la Justicia se cita el caso ocurrido en Potempa el 16 de agosto de 1932, en el que cinco nacionalsocialistas mataron a golpes a un comunista. Una semana más tarde fueron condenados a muerte por un Tribunal especial, pero, tras un telegrama del propio Hitler en el que llamaba a los condenados "camaradas" y pedía su libertad "como una cuestión de honor", fueron indultados y, poco tiempo después de la ascensión de Hitler al poder, puestos definitivamente en libertad (véase las referencias al caso en h. Y e. Hannover, *Politische Justiz 1918-1933*, 1966, p.301 ss.). El Presidente del Tribunal era un tal Dr. Dietrich que, en 1933, publicó en una revista especializada el artículo "Der nationale

Muy sintomático y revelador de esta actitud de desprecio hacia la República de Weimar, es, por ejemplo, que Mezger en su Tratado de 1931, prácticamente no aluda nunca a la Constitución de Weimar, ni utilice argumentos dogmáticos apoyándose en dicha Constitución. Otro ejemplo puede ser su actitud respecto a la pena de muerte, expresada en *Für und wider die Todesstrafe*, una conferencia dada en Stuttgart el 23 de marzo de 1928, publicada en *Mitteilungen des Universitätsbundes Marburg*, Junio 1928, Núm. 20, pp. 17 y ss. En este trabajo, Mezger, como muchos otros penalistas de la época, se pronuncia a favor de la pena de muerte, aunque sólo sea para "eliminar la vida indigna de ser vivida de los asesinos más crueles", pero, al mismo tiempo, critica la Ley de Protección de la República, promulgada en 1923, siendo Presidente del Gobierno socialdemócrata Friedrich Ebert y Ministro de Justicia Gustav Radbruch, cuyo parágrafo 1,1 preveía la aplicación de la pena de muerte para el homicidio, o la tentativa de homicidio de un miembro del Gobierno. Mezger critica este precepto porque, a su juicio, supone un "abuso con fines políticos". Sólo que para valorar esta opinión en el contexto político en que se da, hay que tener en cuenta que dicha Ley se aprobó tras el asesinato en un atentado en 1922 del Ministro de Asuntos Exteriores Walter Rathenau a manos de dos miembros de un grupo antisemita

Zweck", en el que defendía la tesis de que los delitos de lesiones, secuestros y homicidios cometidos contra el "enemigo interno" debían ser justificados como las acciones de los soldados en guerra contra el enemigo (citado por MERKEL, p. 523). En este ambiente no es extraño que la Asociación Alemana de Jueces, que durante la República de Weimar había hecho gala de su "apoliticismo", el 19 de marzo de 1933, en nombre de sus 13.000 miembros, asegurara su total adhesión al régimen hitleriano (véase KÜHNEL, p. 95). Es de estos jueces de los que llegó a decir TUCHOLSKY: "El Pueblo tiene en sus Tribunales la confianza que éstos merecen. No merecen ninguna". Sobre el juicio que posteriormente en 1947 se hizo en Nuremberg a algunos jueces y fiscales nazis, véase la interesante película de Stanley Cramer, "¿Vencedores o Vencidos?", y el comentario a la misma de MUÑOZ CONDE-MUÑOZ AUNIÓN, "¿Vencedores o vencidos?", Valencia 2004 (hay traducción alemana publicada con el título "Das Urteil von Nürnberg", Berlin 2006).

de extrema derecha, pertenecientes a la Organización Cónsul, que acusaba a Rathenau de "traidor" y "judío". No conozco ningún artículo de Mezger que criticara, años después, a los pocos meses de haber llegado Hitler al poder, la imposición, *con efecto retroactivo*, de la pena de muerte al miembro del Partido Comunista van der Lubbe, acusado de haber incendiado el Reichstag, incendio que probablemente fue provocado por los propios nazis y en el que, en todo caso, no resultó nadie muerto.

Esta actitud de desprecio a la República de Weimar de muchos Catedráticos de Universidad, se describe muy bien por Walter Jens, en su libro sobre la Universidad de Tubinga (*Eine deutsche Universität. 500 Jahre Tübinger Gelehrtenrepublik*, Tubinga 1977, p. 330), que fue precisamente la Universidad en la que, como ya hemos dicho, se doctoró y habilitó Edmund Mezger:

"Aversión frente al extranjero; miedo a los rojos; desprecio a los judíos; lucha contra los destructores de la herencia protestante alemana: Nada extraño que una Universidad tan monolítica políticamente pudiera consumir casi sin ruptura la transición del Imperio a la Dictadura (la República en Tubinga no había tenido lugar)"¹³.

Puede ser que luego Mezger y alguno como él, abjurara o, por lo menos, tuvieran un cierto sentimiento de culpa por los horrores cometidos por el sistema nazi al que habían servido, pero a lo que seguramente nunca renunciaron fue a la fuerte impronta conservadora y autoritaria que caracterizó la formación jurídica de toda una generación de funcionarios, de servidores del Estado, de jueces y profesores de Derecho, en la Administración prusiana y que Hein-

13 Citado por THULFAUT, ob. cit., p. 7, quien, sin embargo, destaca que "tales consideraciones generales sobre la actitud político-social de los profesores universitarios de la época no deben ocultar la calidad de la enseñanza que recibió allí Mezger".

rich Mann tan gráficamente retrató en su magnífica novela *Der Untertan* ("El súbdito")¹⁴.

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 Roxin¹⁵, 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 nacio-

14 La obra comenzó a publicarse por entregas en un periódico antes de la Primera Guerra Mundial, pero su publicación fue interrumpida durante la Guerra. Publicada posteriormente en su integridad, fue duramente atacada por los sectores más reaccionarios que la acusaron de injuriosa para el pueblo alemán. Una imagen similar de crítica al provincianismo y conservadurismo de aquella época ofrece también su novela *Professor Unrat*, que igual que *Der Untertan* también fue llevada al cine con el título de "El Ángel Azul", consiguiendo un gran éxito, no en última instancia merced a la fama que alcanzó su principal protagonista, la estrella del cine Marlene Dietrich. Ni que decir tiene que Heinrich Mann abandonó Alemania en 1933 y murió en el exilio en Santa Mónica (USA) en 1950. Véase también sobre los sinsabores y penalidades que pasaron durante el período nacionalsocialista estos alemanes en el exilio, entre los que se encontraban otros ilustres escritores como B. Brecht, Tucholsky y el propio Thomas Mann, Premio Nobel de Literatura, la impresionante novela del hijo de Thomas y sobrino de Heinrich, Klaus MANN, *El volcán*.

15 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).

nalsocialista”, 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:

“Dado que la ley ética desapruueba enérgicamente... todo acto suicida..., el Derecho no puede admitir que la obligación de auxilio del tercero se diluya en 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 (entre otros el mismo Edmund Mezger), 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...”.

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 expiacionista¹⁶, 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 adje-

¹⁶ Cfr. ROXIN, *lug. u. cit.*

tivo “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 peligrosas¹⁷. 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

¹⁷ Sobre el pretendido “apoliticismo” de la Universidad alemana en los años de la República de Weimar, véase KÜHNEL, pp. 130 y ss. A modo de anécdota que refleja muy bien esa actitud, recuerdo una que se cuenta del General Franco, al que alguien le preguntó que cuál era el secreto que le había permitido permanecer tanto tiempo en el poder, y él, el dictador, el golpista contra el Gobierno legítimo de la II República española, contestaba: “no meterme nunca en política”. La palabra “política” estaba tan desacreditada que se decía que aplicada a una palabra tan noble como la de “madre” daba como resultado la “madre política”, es decir, la suegra; e incluso decir de alguien que era “un político” tenía unas connotaciones peyorativas rayanas en el insulto.

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 pena¹⁸.

Pero esto no quiere decir que 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 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 alemán" como fuente de creación del Dere-

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

cho penal. En este sentido, cuando Von Liszt decía que "el Derecho penal es la infranqueable barrera de la Política criminal"¹⁹, 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. Con razón decía Dannenberg en 1925, en su trabajo sobre *Liberalismo y Derecho en el siglo XIX*, que "El Derecho público de un Estado es la plasmación de las ideas políticas dominantes en el momento de creación de ese Derecho"²⁰. 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

19 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 Ubieto/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 Iberoamerica, Homenaje a Claus Roxin*, Miguel Ontiveros Alonso-Mercedes Peláez Ferrusca (coordinadores) Inacipe, Méjico, 2003, tomo I, pp.415 ss.

20 Cfr. DANNENBERG, *Liberalismus und Strafrecht im 19. Jahrhundert*, 1925 (citado por MERKEL, nota 40, p. 22). Sobre las diversas tendencias existentes en la Ciencia alemana del Derecho público del último tercio del siglo XIX y primer tercio del siglo XX (hasta 1933), entre sus autores más representativos (Von Stein, Laband, Jellinek, Otto Mayer, etc.), véase el libro de Francisco SOSA WAGNER, *Maestros alemanes del Derecho público*, vol.1 Madrid 2002. Ya en relación con el Derecho público en la época del nacionalsocialismo, véase del mismo autor, el volumen segundo de esta obra, parecido en el 2003.

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 lo 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 Derecho²¹. 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

21 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.

internas del Derecho” porque ésta es la única posibilidad de elevar “la aplicación jurídica sobre la coyuntura y la arbitrariedad”²², 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.

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.

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 nacionalsocialista²³, 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.

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

23 Véanse MUÑOZ CONDE, en ESER/ HASSEMER/ BURKHARDT cit.; MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, Parte General*, 7ª ed., Valencia, 2007, cap. XI, epígrafe 4: *La Teoría general del delito como teoría democrática de la imputación penal*.

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. Seguidamente me ocuparé de los hitos habidos en esta relación casi siempre atormentada y tormentosa entre Dogmática jurídico-penal y Política criminal en las más importantes construcciones de la Ciencia penal alemana de finales del siglo XX y comienzos de este siglo XXI.

3. LA TESIS DE ROXIN.

El primer penalista alemán en poner de relieve la necesidad de introducir en la Dogmática jurídico-penal planteamientos de carácter político-criminal fue Claus Roxin, quien en su monografía *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, expuesta primero como conferencia en Berlín en mayo de 1970, se planteaba con estas palabras el dilema en el que se había metido la Dogmática jurídico-penal alemana de los años anteriores²⁴:

“¿Para qué sirve la solución de un problema jurídico que, con toda su claridad e igualdad, es insatisfactoria desde el punto de vista político-criminal? ¿Debe

24 Cfr. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin, 1970, p. 4 (2ª ed. inalterada, con un apéndice, de 1973.) Una traducción española de la primera edición fue publicada en Barcelona en 1972, con el título de Política criminal y sistema del Derecho penal, traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde. Hay también una segunda edición de esta versión española, a la que se añade el apéndice escrito por Roxin para la segunda edición alemana, publicada en Buenos Aires en el 2000, también con introducción de Francisco Muñoz Conde. De esta obra hay también traducciones al inglés, al japonés, al italiano y al portugués.

ser preferible realmente a una solución satisfactoria del caso concreto, pero no integrable en el sistema?”

Para Roxin, “la vinculación jurídica y la utilidad político-criminal no deben contraponerse, sino que deben ser sintetizadas” y para ello propone un programa de vinculación del sistema del Derecho penal a las valoraciones político-criminales y la necesidad de reelaboración de las categorías tradicionales de la Teoría del Delito en función de los principios político-criminales que las informan: El principio de legalidad y la función motivadora preventiva general en la tipicidad; los principios de política social (proporcionalidad, ponderación de los bienes jurídicos en conflicto, prevalencia del Derecho frente al acto injusto) para la solución de los conflictos en las causas de justificación; la necesidad de pena tanto desde el punto de vista preventivo general, como especial, que debe añadirse a la culpabilidad y servir de fundamento a la responsabilidad penal²⁵.

Con ello no hacía más que culminar una primera etapa de su pensamiento, en el que ya desde 1962, en un extenso trabajo sobre el concepto de acción, criticaba los excesos ontológicos del finalismo de Welzel y ponía de manifiesto que la base de la Teoría del Delito no podía ser un concepto final, puramente ontológico, de acción, sino ésta tal como se plasmaba en los respectivos tipos delictivos de la Parte Especial. En el mismo año, en su escrito de habilitación sobre *Autoría y dominio del hecho*²⁶, el trabajo más completo habido hasta la fecha sobre el tema y que ya en Alemania ha alcanzado siete ediciones, no sólo aplicó y desarrolló la teoría del dominio del hecho como fundamento de las distintas formas de autoría, sino que lo complementó con el criterio de la “infracción del deber” como fundamento de la autoría en los delitos especiales y, en parte, en los

25 Cfr. ROXIN, *lug. a. cit.*, p.15

26 *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1962 (7ª ed., 1999; hay traducción española de la 6ª edición, de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid 1998).

delitos imprudentes. Posteriormente, publicó sus primeros trabajos sobre la teoría de la imputación objetiva, en la que consecuentemente con este planteamiento concibe el injusto típico, no ya como un suceso primariamente causal o final, sino como la realización de un riesgo no permitido dentro del ámbito de protección del respectivo tipo delictivo, consiguiendo así una restricción del ámbito de lo penalmente relevante en una medida razonable desde el punto de vista político-criminal, principalmente en los delitos imprudentes, y limitando el tipo objetivo a los casos de creación y realización de riesgos insoportables para la seguridad de las personas. Igualmente ha contribuido con sus ideas al desarrollo del concepto de culpabilidad, limitándola, y no sustituyéndola o confundiéndola, con criterios preventivos que configuran la categoría que él llama de la "responsabilidad"²⁷. En su opinión, la responsabilidad penal supone no sólo la culpabilidad del autor, sino además la necesidad de pena desde el punto de vista preventivo general y especial. Para Roxin, las necesidades preventivas nunca pueden conducir a la imposición de una pena a un sujeto que no es culpable. Pero la culpabilidad en sí misma tampoco puede legitimar la imposición de una pena, si ésta no es necesaria desde el punto de vista preventivo²⁸. Con esta idea ha resuelto y explicado satisfactoriamente en posteriores trabajos casos tan controvertidos como el exceso en la legítima defensa, el estado de necesidad suprallegal o la delincuencia por convicción. Y todo esto lo ha plasmado posteriormente en su impresionante Tratado²⁹,

27 Prácticamente todos sus artículos hasta 1976 están recogidos en su libro *Grundlagenprobleme des Strafrechts*, 1972, traducido al español por Luzón Peña con el título *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976.

28 Véanse los artículos de ROXIN sobre *Culpabilidad y Prevención*, traducidos y recogidos en un libro del mismo título con una introducción de Muñoz Conde, Madrid 1980.

29 Cfr. ROXIN, STRAFRECHT, vol.1., 4ª ed. 2006 (hay traducción española de la 2ª edición alemana de Luzón Peña, Díaz y García de Conlledo, y de De Vicente Remesal, vol.1., Madrid 1997).

cuyo primer volumen ha alcanzado ya cuatro ediciones, y ha sido seguido por un segundo volumen aparecido en el año 2003.

No hay, pues, ninguna razón para rechazar la estrecha vinculación existente entre Dogmática jurídico-penal y Política criminal y sí muchas para defender una interrelación entre ambas. Ahora bien, para mí, y creo que también para Roxin, la única Política criminal admisible es la que se encuadra en el modelo de Estado y de sociedad democrática respetuosa con los derechos humanos más elementales. Es en base a estos principios, que sin duda siempre pueden ser objeto de discusión en su contenido y límites, ha desarrollado Roxin en los últimos treinta años en su vasta obra todo un programa político-criminal³⁰, que debe ser tenido en cuenta tanto en la elaboración del Derecho penal, como en la de la Dogmática encargada de su interpretación y sistematización, y cuyas líneas fundamentales se pueden resumir del siguiente modo:

Un Derecho penal moderno debe tener como objetivo la mejor conformación social posible. Esto es: tiene que orientarse a impedir la comisión de delitos y practicar la prevención sintetizando las exigencias de un Estado de Derecho con las del Estado social. Ambos fines del Estado de Derecho —protección de la sociedad y salvaguardia de la libertad— son de naturaleza antagónica y tienen que encontrar un equilibrio que satisfaga ambos componentes: la prevención general, que en sus distintas formas de aparición sirve a la afirmación del Derecho y a su mantenimiento, tiene que estar siempre limitada por la exigencia de libertad ciudadana. Pero, por su parte, las tendencias del principio del Estado de Derecho tienen que conciliarse con las exigencias de un Estado social. En este elemento social se incluye la exigencia de que el condenado no sea expulsado de la sociedad, sino que conserve la posibilidad de su reintegración social. El Derecho penal tiene, por tanto, una tarea social frente al delincuente y eso significa, frente a una tendencia actualmente muy influyente en Alemania, que la prevención especial socializadora y resocializadora tiene que estar presente en la misma medida que la prevención general. Ni que decir tiene que la resocialización no es posible en tanto no se haya ensayado todo lo que puede contribuir a un aprendizaje exitoso y a la evitación de efectos desocializadores.

30 Cfr. ROXIN, La evolución de la Política criminal cit. (véase también el trabajo de SILVA SÁNCHEZ recogido en el mismo volumen, pp. 95 y ss., así como su monografía, *La expansión del Derecho penal*, 2. ed., 2004).

Incluso el delincuente condenado a cadena perpetua, pena que todavía existe en el Derecho penal alemán, tiene que conservar la posibilidad de su reincorporación a la sociedad, y el trabajo en prisión tiene que estar remunerado para que el autor comprenda claramente el sentido y el valor del trabajo reglado. Sin olvidar los derechos de la víctima, su indemnización, la reparación de los daños causados por el delito, como una de las metas político-criminales que deben igualmente ser incluidas en el Derecho penal y ser objeto de elaboración por la Dogmática jurídico penal. La mejor Política criminal consiste, por tanto, para Roxin, en conciliar de la mejor forma posible la prevención general, la prevención especial orientada a la integración social y la limitación de la pena en un Estado de Derecho, con la satisfacción de los derechos de la víctima y la reparación del daño causado.

Evidentemente, con un programa de este tipo no hay por qué temer que la Dogmática jurídico-penal y la elaboración del Sistema del Derecho penal incluyan también la Política criminal. No obstante, no cabe duda de que cuando se desciende de los principios generales a cuestiones más concretas, las relaciones entre ambas pueden ser más conflictivas. Es lo que está ahora sucediendo con el llamado "moderno" Derecho penal. En los últimos años, las reformas del Derecho penal se han caracterizado sobre todo por la utilización que hace el legislador del Derecho penal para luchar contra los grandes riesgos modernos: manipulación genética, economía, medio ambiente, utilización de datos informáticos, salud pública, responsabilidad por el producto, corrupción política, evasión de impuestos, criminalidad organizada, extremismo neonazi, apología de la violencia, del racismo, del terrorismo. El desarrollo técnico y social también ha enfrentado a la jurisprudencia con nuevos problemas, como el caso del spray de cuero o el del abrillantador de maderas en Alemania, el del aceite de colza en España o el de la sangre contagiada de SIDA en Francia, o las grandes catástrofes ecológicas que cada vez con mayor frecuencia se están dando en diversas partes del planeta, cuyas causas, aunque ciertamente también reconducibles a comportamientos humanos incorrectos, tienen muchas veces su origen en defectos técnicos, estructurales, organizativos y preventivos difícilmente atribuibles a responsabilidades individuales.

El Derecho penal clásico no puede reaccionar correctamente ante estos retos. Carece de información suficiente sobre el efecto preventivo de sus disposiciones, exige una imputación del injusto a personas físicas individuales y requiere una prueba precisa de la relación causal entre la acción y los daños. Por eso, se ha desencadenado tanto en España³¹, como en Alemania³², una amplia discusión sobre si el Derecho penal debe adaptarse en sus instrumentos y garantías al moderno desarrollo técnico, o se deben buscar otros instrumentos jurídicos que puedan responder mejor a ese desarrollo. Esta discusión afecta a las bases de la Dogmática jurídico-penal y es afectada por las necesidades político-criminales que la han desencadenado. En el centro de la misma están los conceptos de bien jurídico, principio de culpabilidad, imputación individual, causalidad, error, imputación a varias personas. En realidad, no hay una categoría jurídico-penal básica que no sea afectada por esta discusión. La opción que se adopte en este ámbito puede tener importantes consecuencias también para la Dogmática jurídico penal. Por un lado, se trata de un Derecho penal prudente, respetuoso con las garantías tradicionales; y, por otro lado, de un Derecho penal que responde eficazmente a las exigencias modernas. ¿Qué se puede considerar en esta disyuntiva como Dogmática jurídico-penal "afortunada"? ¿Una Dogmática que ve con alegría esta expansión del Derecho penal y está dispuesta a modificar los conceptos tradicionales o a introducir nuevos conceptos como el de bienes jurídicos universales, delitos de peligro abstracto, etc., para adaptarse al moderno Derecho penal; o una Dogmática que critique estas tendencias y quiera seguir utilizando los conceptos tradicionales de causalidad, delitos de lesión, culpa-

31 Cfr., por ej., MUÑOZ CONDE en: HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, 1995; también: Paredes Castañón/ Rodríguez Montañés, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995.

32 Cfr., por ej., HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 1994.

bilidad, etc., como barreras infranqueables de estas tendencias? La discusión está en marcha y en todo caso cabe esperar que también conduzca a una reformulación de los límites y consecuencias de la Dogmática jurídico penal, aunque no se sepa exactamente qué es lo que aquí se puede considerar como una Dogmática afortunada o como una Dogmática sin consecuencias. Lo que en ningún caso puede significar la adaptación a los "retos del tiempo" es que produzca la pérdida de identidad de la Dogmática jurídico-penal como instrumento garantista de los principios fundamentales del Derecho penal del Estado de Derecho, pues con esas malas consecuencias la Dogmática jurídico-penal debería ser calificada como una Dogmática "fracasada"³³.

4. LA TESIS DE HASSEMER Y DE LA LLAMADA ESCUELA DE FRANKFURT DEL DERECHO PENAL.

La discusión sobre la relación entre Dogmática jurídico-penal y Política criminal tiene también otro tipo de enfoque, que igualmente fue puesto de relieve por otro gran penalista alemán, que igual que su maestro, Arthur Kaufmann, y el maestro de su maestro, Gustav Radbruch, es al mismo tiempo un gran teórico y filósofo del derecho. Me refiero naturalmente a Winfried Hassemer, con quien hoy comparto el para mí inmerecido honor de ser nombrado doctor honoris causa por esta Universidad.

En 1974, publicó Hassemer su brillante monografía *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*³⁴, en la que defendía la necesaria relación entre una y otra, pero advertía también la necesidad de definir los ámbitos en los que cada una se mueve.

"La Política criminal -decía entonces Hassemer- elabora las metas del sistema del Derecho penal provisionalmente en las normas jurídico-penales. Estas nor-

33 Cfr. MUÑOZ CONDE, en ESER/ HASSEMER/ BURKHARDT, *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, citada supra en nota 6, p.229 ss.

34 HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Hamburgo 1974.

mas prescriben los criterios de relevancia. Definen las conductas que producen los conflictos penalmente relevantes y la forma y límites de la reacción jurídico-penal a las mismas. En esto se agota su poder de definición en relación con la Dogmática jurídico-penal.

La Dogmática jurídico-penal, por su parte, elabora las normas relevantes de la Política criminal. Y ejerce con ello su poder de definición. Las instituciones de la Dogmática jurídico-penal definen el sector de lo que provisionalmente la Política criminal ha determinado como relevante. Elabora continuamente reglas lingüísticas aplicadas para enfrentarse con la decisión del caso a que se refiere la descripción de la conducta y la definición de la reacción penal. En esto se agota el poder de definición de la Dogmática jurídico-penal en relación con el de la Política criminal³⁵.

Pero, como el mismo Hassemer reconoce, con esta delimitación no se eliminan las intromisiones o "abusos" ("Übergriffe") que cada una puede hacer en el terreno de la otra. La delimitación conceptual entre ambas, que, a su juicio, no quedaba bien perfilada en el ensayo de Roxin, es tanto más necesaria, cuanto un desequilibrio entre las mismas podía comprometer principios fundamentales del Derecho penal del Estado de Derecho, como el de la separación de poderes o el principio de legalidad de los delitos y las penas. ¿Hasta que punto puede el Juez introducir en sus decisiones planteamientos político-criminales y adaptar las normas al cambio social más allá de lo que el tenor literal de las mismas permiten? ¿Hasta donde puede el legislador vincular tan estrictamente al juzgador que no le permita ningún tipo de discrecionalidad en el ámbito de la determinación de la pena, imponiéndole marcos penales absolutos como la prisión perpetua o superagravaciones y límites máximos de duración que prácticamente la equivalen, o medidas de seguridad que prolongan indefinidamente la duración de la pena, como la "custodia de seguridad" para determinados supuestos de reincidencia o especial peligrosidad del delincuente?³⁶

35 HASSEMER, Ob.u. cit., p.194.

36 HASSEMER, Ob. u.cit., pp.195 ss.

Evidentemente, con esta advertencia, Hassemer ponía de relieve que la relación entre Dogmática y Política criminal no es, ni podía ser una relación idílica, sino conflictiva. Y esta preocupación por encontrar un punto de equilibrio entre una y otra marcó el destino de un grupo de penalistas que en aquellos años se estaba formando en la Universidad de Frankfurt, al que, además de Hassemer, pertenecían los profesores de la misma Universidad Wolfgang Naucke y Klaus Lüderssen, y que ha pasado a la Historia del Derecho penal alemán como la Escuela de Frankfurt.

Como se puso de relieve veinticinco años más tarde, en las Jornadas habidas en Toledo, bajo el patrocinio de la Universidad de Castilla-La Mancha y de su entonces Rector, Luis Arroyo Zapatero, en abril del 2000, sobre "Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt"³⁷, este problema no ha dejado de ser un leit-motiv distintivo de esta Escuela y una de las cuestiones más interesantes por debatir en la actual problemática del Derecho penal. En la reunión de Toledo, junto con diez penalistas alemanes, entre ellos Roxin, Stratenwerth y los principales representantes de la Escuela de Frankfurt (Hassemer, Lüderssen, Naucke y sus respectivos discípulos, Herzog; Kuhlen y Prittwitz), participaron diez penalistas españoles y diez italianos. En ellas se constató que la Dogmática jurídico-penal del presente tiene que ver hasta que punto debe incluir en sus planteamientos los graves riesgos a los que se enfrentan las sociedades modernas y a los que ya, de alguno modo, la legislación y la jurisprudencia han dado o están dando una respuesta, equivocada o no que eso es lo que se trataba de discutir, ampliando la intervención del Derecho penal a nuevos ámbitos distintos a los tradicionales, como la manipulación genética, el

37 Publicadas luego bajo el título: Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo, Arroyo Zapatero/Neumann/Nieto Martín (coordinadores), ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca 2003 (hay también una versión italiana de esta obra, bajo la coordinación de Stortoni y Foffani, 2004)

medio ambiente, la economía, etc., que son los ámbitos en los que se están planteando la mayoría de estos problemas. Si esta tendencia llega a consolidarse es evidente que la Dogmática jurídico-penal tendrá que desarrollar nuevos instrumentos técnicos (delitos de peligro abstracto y anticipación de la intervención penal a campos previos incluso muy alejados de la lesión de bienes jurídicos, sustitución del concepto de bien jurídico por el de funcionalidad de los sistemas sociales, imputación objetiva basada en la idea de peligro como alternativa a la relación de causalidad empíricamente constatable, dolo como dolo de peligro, etc.) que le permitan afrontar, explicar y sistematizar satisfactoriamente los nuevos textos legislativos y las decisiones jurisprudenciales que apoyan esta tendencia. Pero también cabe que la Dogmática, en nombre de principios político-criminales indeclinables (como los de legalidad, lesividad, culpabilidad, etc.), ofrezca resistencia a dicha evolución, aferrándose a un entendimiento estricto de las funciones del Derecho penal en el Estado de Derecho y del carácter de *ultima ratio* y al principio de intervención mínima del Derecho penal. Desde luego, todavía no están agotadas todas las posibilidades de resolver estos problemas con otros medios que no sean necesariamente jurídico-penales, pero tampoco cabe ignorar la enorme importancia que puede tener aquí el Derecho penal para crear una conciencia colectiva sobre la importancia y necesidad de estos nuevos ámbitos. La reunión de Toledo terminó en un empate técnico, en el que algunos de los ponentes alemanes, no pertenecientes a la Escuela de Frankfurt, como Roxin o Stratenwerth, se manifestaron a favor de una ampliación de la perspectiva dogmática para incluir los nuevos sectores, mientras que otros, y naturalmente los principales representantes de la Escuela de Frankfurt, mantuvieron sus posiciones escépticas respecto a las posibilidades de que el Derecho penal pueda ser un instrumento adecuado para la solución de estos problemas, sobre todo en la medida en la que puedan utilizarse de manera más eficaz y menos costosa otros instrumentos

sancionadores o reparadores del daño, como los administrativos o civiles, constituyendo así, como Hassemmer propone, una especie de "Derecho de intervención" ("Interventionsrecht") de contornos aún poco claros e indefinidos.

Lo que, en todo caso, quedó claro en la reunión de Toledo es que nadie considera hoy en día que la Dogmática jurídico-penal pueda elaborarse sin tener en cuenta las necesidades político-criminales que demanda el momento presente, bien sea para incorporarlas en su arsenal teórico, bien sea para denunciar los peligros que ellos encierra para los principios y funciones que tiene asignadas el Derecho penal en el Estado de Derecho. Afortunadamente, la Política criminal de hoy en los países democráticos no es, ni siquiera en sus versiones más extremas, la del Derecho penal nacionalsocialista de los años 30; pero, como la experiencia histórica demuestra, tampoco se puede bajar la guardia y hacer una Dogmática puramente servil ante las nuevas tendencias político-criminales, sobre todo cuando no está, ahora ni nunca, excluida la posibilidad de regresiones históricas a sistemas autoritarios que pongan en peligro las conquistas democráticas más elementales. Por eso, hoy más que nunca, hay que acentuar también el *carácter crítico de la Dogmática jurídico-penal*³⁸ que, como toda actividad intelectual que merezca ese nombre, no

38 Esta función crítica de la Dogmática jurídico-penal la he venido sosteniendo en diversos trabajos, desde mis primeras publicaciones, véanse, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, "Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform", en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Köln, 1975, p. 310 (hay versión española de esta obra publicada en Argentina en Revista Penal 1973); el mismo, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975, p. 187 (hay 2ª edición de esta obra publicada en Buenos Aires, 2002); el mismo, *Hacia una ciencia crítica del Derecho penal*, Doctrina Penal, 1978 (Buenos Aires); el mismo, *Para una Ciencia crítica do Direito Penal*, Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, vol. 24, 1977; el mismo, "Pour une Science critique du Droit Pénal", en *Quaderni del Instituto Superiore Internazionale di Scienze criminali*, mayo 1976; y últimamente, en MUÑOZ CONDE, en ESER/ HASSEMER/ BURKHARDT cit. en nota 6. Naturalmente, una tal función crítica sólo puede llevarse a cabo introduciendo o teniendo en cuenta en la elaboración de la Dogmática los criterios político-criminales.

sólo debe interpretar y sistematizar una determinada realidad, en este caso el Derecho penal positivo, sino también tematizar las expectativas que se le dirigen desde su entorno y valorarlas críticamente de acuerdo con sus posibilidades y funciones en el Estado de Derecho.

5. LA TESIS DE JAKOBS.

En este contexto no deja, por ello, de ser extraño y, en cierto modo, a la vista de la influencia que va ganando entre los penalistas más jóvenes y preparados de algunos países con graves problemas de violaciones de derechos humanos, preocupante, una nueva corriente de la Dogmática jurídico-penal alemana, la sistemática funcionalista, cuyo principal representante es el Profesor de la Universidad de Bonn, Günther Jakobs, que propugna una concepción de la misma que, en principio, parece compatible con cualquier sistema político-social³⁹.

Corresponde, sin duda, a Jakobs el mérito de haber desarrollado un sistema normativo coherente, opuesto al de carácter ontológico elaborado por su maestro Hans Welzel (y, como hemos visto, también por Mezger). Jakobs desarrolla una teoría dogmática de la imputación exclusivamente normativa, cuyo fundamento teórico reside en la teoría sistémica. Según esta teoría, la Dogmática jurídico-penal debe estar al servicio del mantenimiento del sistema social. La pena tiene como única misión confirmar contrafácticamente la vigencia de la norma quebrantada por el delito, fortaleciendo con ello "la fidelidad y la confianza de los ciudadanos en el Derecho", es decir,

39 Su obra fundamental es *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 1983. Dicha obra está traducida al español por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid 1996. También ha sido traducida la mayoría de sus artículos, publicados en un solo volumen con el título *Estudios de Derecho penal*, traducción de Suárez González, Peñaranda Ramos y Cancio Meliá, Madrid, 1998.

lo que hoy se llama “prevención general positiva”⁴⁰. De aquí deduce una serie de consecuencias dogmáticas que, a veces, pueden coincidir con las soluciones propugnadas por la Dogmática tradicional, pero con un fundamento diferente. Pero, al limitar así la función de la Dogmática jurídico-penal a la estabilización del sistema, es decir, a la imputación según exigencias preventivas generales, prescinde de otros elementos esenciales de la Política criminal que son también centrales para una concepción democrática de la teoría de la imputación, como son la prevención especial o los principios de proporcionalidad, intervención mínima, etc. Es decir, en los presupuestos sistémicos en los que se basa Jakobs no existe ningún contenido ni orientación político-criminal, fuera de la propia autoconservación del sistema, que puede ser el de cualquier modelo de Estado o sistema político o social. “La perspectiva funcional”, dice expresamente Jakobs, “no está comprometida con ningún modelo determinado. Quien sólo sabe que una sociedad está organizada funcionalmente, no sabe nada sobre su concreta configuración”⁴¹. Incluso el mandato jurídico de que hay que respetar al otro como persona no está contenido como tal en las premisas teóricas sistémicas. Jakobs sólo dice que eso es “conciliable con una perspectiva funcional, aunque también caben otras perspectivas”, como demuestra con el ejemplo de los esclavos en el periodo colonial o de “los tiradores del Muro de Berlín” en el anterior régimen de la República Democrática Alemana que, para él, deben quedar exentos de pena, porque actuaron conforme a un sistema político y jurídico ya desaparecido, que, de hecho, permitía estos excesos⁴². Incluso los excesos más discutibles

40 JAKOBS, Prologo a Strafrecht a. cit..

41 JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 97 (1985), p. 751 (Estudios, pp. 293 y ss.).

42 JAKOBS, *Untaten des Staates-Unrecht im Staat*, *Goltdammer's Archiv* 1995, pp. 1 y ss. (Crímenes del Estado. Ilegalidad del Estado, traducción de Pilar Giménez Alcover, Doxa 1995, pp. 445 y ss.

que el legislador alemán, y con él el de otros muchos países, está llevando a cabo en ámbitos que le preocupan especialmente como son el terrorismo y la delincuencia organizada (anticipación de la intervención penal a casos muy alejados de la puesta en peligro de bienes jurídicos, el castigo de la apología, la irrelevancia de la distinción entre complicidad y autoría, tentativa y consumación, etc.), Jakobs los considera simplemente característicos de lo que él llama un “Derecho penal para enemigos” (*Feindstrafrecht*), en el que sobre la confirmación de la identidad normativa de la sociedad predomina la necesidad de seguridad cognitiva y al “enemigo” se le define simplemente como “no persona” (*Feinde sind aktuell Unpersonen*)⁴³.

43 JAKOBS, en ESER/ HASSEMER/ BURKHARDT, (en la versión al español de esta obra, traducida por Teresa Manso, la cita corresponde a la p.53 ss.). Recientemente JAKOBS ha vuelto a insistir en su planteamiento en la obra JAKOBS/CANCIO MELIA, *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; cfr. por ejemplo, la crítica de ESER en ESER/ HASSEMER/ BURKHARDT, citada supra en nota 5, p.472. Por lo que a mi 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, INACIPE, 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 Iberoamerica, Homenaje a Claus Roxin*, Miguel Ontiveros Alonso-Mercedes Peñalé Ferrusca (coordinadores), 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, Münstrer 2007); 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

Naturalmente tiene razón Jakobs al constatar que una sociedad preocupada a toda costa por su seguridad cognitiva tiende a recurrir a un Derecho penal que haga tabla rasa con los principios limitadores del poder punitivo del Estado que pueden hacer ineficaz esta política de seguridad. Pero olvida que muchos de estos principios son vinculantes por imperativo constitucional y tienen que ser también asumidos en el plano teórico-sistémico por la Dogmática jurídico-penal, salvo que también se quiera poner a esa Dogmática por encima de los principios político-criminales característicos del Estado de Derecho. Desde luego, en un Estado de Derecho democrático y respetuoso con la dignidad del ser humano ni el "enemigo", ni nadie puede ser nunca definido como "no persona".

En todo caso, si la imagen que tiene la sociedad de sí misma y que se refleja en sus leyes y normas fundamentales es la de un sistema democrático, respetuoso con los derechos humanos, su modelo de imputación no puede ser compatible con lo que Jakobs llama "Dere-

penal" dirigido por Santiago Mir Puig, Madrid, octubre 2007 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 politico 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). 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.

cho penal de enemigos" y, desde luego, en la medida en que éste sea ya una realidad, parece evidente que es incompatible con un entendimiento democrático de la imputación penal. Por eso, en la medida en que el planteamiento funcionalista de Jakobs también sea compatible con sistemas políticos dictatoriales, brutalmente negadores de los derechos humanos más elementales, está claro que, desde el punto de vista de una concepción político-criminal característica de un Estado de Derecho, debe ser rechazado, porque convierte a la Dogmática jurídico-penal en un instrumento de legitimación de dichos sistemas, cuando no en cómplice servil de sus excesos.

El Derecho penal es, ante todo, un sistema de imputación en el que se establecen unas reglas; es decir, un *discurso*⁴⁴ en el que las personas que integran una sociedad se ponen de acuerdo sobre cuáles son los criterios, objetivos y subjetivos, que hay que tener en cuenta para imputar un determinado suceso llamado delito a una persona como responsable del mismo al objeto de poder imponerle una pena (o, en su caso, una medida de seguridad) y restablecer así la vigencia del Ordenamiento jurídico conculcado por el delito. Pero las distintas categorías o grados de la imputación penal, cuyo contenido constituye el objeto principal de la Dogmática jurídico-penal, no pueden desvincularse de un determinado contenido valorativo o, si se quiere, ideológico, es decir, de una determinada concepción del ser humano, de la sociedad y del Estado, por lo que su pretendida neutralidad debe ser aceptada con muchas reservas. Ciertamente, como conjunto de reglas de ordenación de los presupuestos de la imputación puede entenderse como una especie de "gramática universal" válida para toda época y para cualquier Ordenamiento jurídico. Pero el objeto al que se refiere esa gramática, el Derecho penal vigente en cada país en una época o momento histórico determina-

44 HASSEMER, *Persona, mundo, responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación*, traducción de Díaz Pita y Muñoz Conde, Valencia, 1999 (también publicada con el mismo título en Bogotá, 2000).

do, no es en absoluto neutro, sino quizás la parte más ideologizada de todo el Ordenamiento jurídico, que, como la Historia y el Derecho comparado muestran, no sólo ha servido o sirve para proteger y garantizar derechos y libertades fundamentales, sino también para reprimirlas y violentarlas desde el propio Estado. Por eso, considero preferible un sistema de la Teoría del Delito que sea compatible con una *concepción democrática de la imputación penal*⁴⁵, y no con cualquier otra que sirva para la represión de los derechos humanos más elementales. Esto naturalmente relativiza bastante la función de la Dogmática, pero por lo menos clarifica desde el primer momento el contexto político en el que nos situamos.

6. CONCLUSIÓN.

De todo lo expuesto anteriormente se deduce una Conclusión importante: Una Dogmática jurídico-penal completamente neutra desde el punto de vista político y valorativo, no puede existir.

La relación, a veces contradictoria y atormentada, entre Dogmática jurídico-penal 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 pal-

45 Así expresamente en MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, Parte General*, 7ª edición, lug. cit.

pable del Derecho penal de los últimos años. Si algo puede habernos enseñado este paseo por la Historia de la Dogmática jurídico-penal alemana 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. Entre ellos no se cuenta desde luego el gran tratadista de la Dogmática jurídico-penal alemana de la primera mitad del siglo XX Edmund Mezger, quien, según demuestran las recientes investigaciones llevadas a cabo por Telp y Thulfaut⁴⁶ en Alemania y por mi mismo⁴⁷ tanto en España, como en Alemania, fue uno de los penalistas más destacados del De-

46 Anteriormente citadas, supra notas 10 y 18. Respecto a estas obras, véase MUÑOZ CONDE, "Algunas notas bibliográficas sobre Edmund Mezger, su vida y su obra", en *Revista Penal*, 12, 2003

47 Cfr. MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, Estudios sobre el Derecho penal del nacionalsocialismo* (4ª ed., Valencia, 2003). Hay también varias versiones y publicaciones parciales de los diferentes capítulos de esta obra. Una versión completa en portugués de esta 4ª edición, en traducción de Paulo Busato, ha sido publicada en Brasil; Sao Paulo, 2004. En Alemania se han publicado varios capítulos de la misma en el *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, volúmenes 2,4 y 6, y han sido recogidos luego en un libro publicado con el título de "Edmund Mezger, Beiträge zu einem Juristenleben", traducción de Mortiz Vormbaum, con prólogo de Gerhard Werle, Berlin, 2007.

recho penal nacionalsocialista y uno de los que más contribuyeron a fundamentar la Política criminal de dicho régimen. 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". 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 el comienzo de un nuevo siglo y de un nuevo milenio 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 posibilidad de una Constitución europea, y la existencia real 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 universal⁴⁸. Pero sin olvidar que, por encima de las particularidades

48 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*

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.

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, actualmente en prensa en la editorial Hammurabi de Buenos Aires) (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 posible 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).

Este libro se terminó de imprimir
en el mes de abril de 2008

UBIJUS Editorial

México, D.F.

La edición consta de 1000 ejemplares
y sobrantes para reposición

Derechos reservados



70 
Vanguardia en
Ciencias Penales
Aniversario 1938 - 2008

Mediante investigaciones científicas que le tomaron varios años en bibliotecas de toda Europa, Muñoz Conde ha puesto en evidencia las fuertes contradicciones entre el discurso teórico de reconocidos penalistas y sus acciones en agravio de la dignidad de la persona humana. En esta nueva aportación que lleva por título "la relación entre sistema del derecho penal y política criminal", y que fue motivo de su participación como conferencista magistral en el Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, nuestro invitado hace un extraordinario repaso de las relaciones, que el denomina "atormentadas", entre la dogmática del derecho penal y la política criminal, para concluir con las tesis de Roxin, Hassemer y Jakobs. Se trata de un desarrollo lúcido elaborado por Muñoz Conde de donde el lector podrá obtener directrices muy claras de hacia dónde debieran transitar el derecho penal y la política criminal de corte moderno.


PGJ
PROCURADURÍA GENERAL
DE JUSTICIA DEL DF

ISBN 978-970-95113-7-6
