

Víctor Gómez Martín



# ¿Tiene cabida el Derecho penal de autor en un Estado liberal?

PRÓLOGO  
Santiago Mir Puig





VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN  
Profesor Titular de Derecho penal  
Universidad de Barcelona

# ¿Tiene cabida el Derecho penal de autor en un Estado liberal?

Apuntes sobre el Programa de Marburgo, la Concepción Sim-  
tomática del delito, el Derecho penal nacionalsocialista  
y el actual Derecho penal del enemigo

Prólogo  
Santiago Mir Puig



Autor : Víctor Gómez Martín  
Cuidado de edición : Alicia Casco Guido  
Diseño interior : Alicia Casco Guido  
Diseño de portada : Sergio Flores Balmaceda  
Foto de portada : Tomada de los archivos  
de la Agencia *Associated Press*  
(AP), con su autorización

ISBN: 978-99924-0-661-8

Todos los derechos reservados conforme a la Ley  
© INEJ, 2007

Impreso en Nicaragua  
por Servicios Gráficos

Esta publicación fue posible gracias al apoyo económico de la Asamblea Nacional, a través de la Comisión Económica, con base a la Ley No. 615/2007, Ley Anual de Presupuesto General de la República de Nicaragua 2007, anexo No I-B, Asociaciones y Fundaciones, publicada en La Gaceta, Diario Oficial de la República, No 56, el día 20 de Marzo de 2007, en concepto de apoyo institucional y al trabajo de Centro de Estudio e Investigación Jurídica (CEIJ), hoy Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), conforme al art. 1 de la Ley 604/2006.

El contenido de la presente publicación es responsabilidad exclusiva de su autor, y en ningún caso debe considerarse que refleja la opinión del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).

## **Dedicatoria**

---

*Para mis queridos padres Carmen y José, y para mi hermana Sonia, por su cariño y su apoyo incondicional*



# Índice

---

Dedicatoria	
Índice de abreviaturas	
Prólogo	
Planteamiento	

## PRIMERA PARTE EL DERECHO PENAL DE AUTOREN SENTIDO AMPLIO

CAPÍTULO PRIMERO	
Franz VON LISZT y el Programa de Marburgo	
I. Introducción.....	27
II. El Programa de Marburgo en la “Ciencia Penal Total” ( <i>Gesamte Strafrechtswissenschaft</i> ) de VON LISZT .....	28
III. Toma de posición .....	40
1. Planteamiento .....	40
2. La teoría de los tipos de autor de VON LISZT no pretendió ser un instrumento útil para la interpretación de los tipos penales .....	41
2.1. Introducción.....	41
2.2. Derecho penal positivo contemporáneo a VON LISZT como Derecho penal del hecho, y no de autor .....	42
2.3. Inidoneidad de la Criminología para incidir en la Dogmática jurídico-penal en el marco del “Derecho penal total” de VON LISZT.....	43
2.4. La teoría de los tipos de autor de VON LISZT como manifestación de la teoría criminológica de la formación de tipos de delincuente .....	71
3. La crisis de la idea de resocialización .....	85

## SEGUNDA PARTE EL DERECHO PENAL DE AUTOR INTERMEDIO

CAPÍTULO SEGUNDO		
La concepción sintomática del delito .....		91
I. Introducción .....		91
II. La teoría sintomática del delito .....		92
1. TESAR .....		92
2. KOLLMANN .....		94
III. Toma de posición .....		98

TERCERA PARTE  
EL DERECHO PENAL DE AUTOR EN SENTIDO ESTRICTO

CAPÍTULO TERCERO

El Derecho Penal Nacionalsocialista .....	105
I. Introducción.....	105
II. Las teorías inmediatamente anteriores al inicio del régimen nacional socialista: la formulación de Erik Wolf en <i>vom wesen des Täters</i> (1932) .....	112
III. Las Teorías de los tipos de autor durante el período nacionalsocialista (1933-1945) .....	123
1. Primera etapa: 1933-1938 .....	123
1.1. La legislación .....	123
1.2. La doctrina .....	129
1.3. E. WOLF ( <i>Tattypus und Tätertypus</i> , 1936) .....	131
1.4. MEZGER ( <i>Die Straftat als Ganzes</i> ”, 1938) .....	133
2. Segunda etapa: 1939-1945 .....	139
2.1. La legislación .....	139
2.2. La doctrina. Especial referencia a DAHM ( <i>Der Tätertyp im Strafrecht</i> , 1940).....	148
IV. A modo de recapitulación: los tres elementos del Derecho Penal nacionalsocialista.....	156
1. Introducción.....	156
2. El elemento ideológico. O la pretensión de superación del liberalismo político clásico en favor de un nacionalsocialismo intervencionista radical .....	157
3. El elemento metodológico y sus cuatro principales manifestaciones.....	161
3.1. Abandono del racionalismo teleológico filosófico en favor del irracionalismo ético-moral .....	161
3.2. Superación del idealismo abstracto ilustrado en favor de una filosofía realista concreta (E. WOLF, DAHM) o del pensamiento fenomenológico de HUSSERL (SCHWINGE / ZIMMERL).....	163
3.3. Superación del pensamiento legal normativista y decisionista del positivismo jurídico-legal en favor del pensamiento del orden y configuración concretos (Carl SCHMITT).....	166
3.4. Abandono del “método separador” ( <i>trennende Methode</i> ) en favor de una “consideración “global” ( <i>Ganzheitsbetrachtung</i> ) del delito (MEZGER, SCHAFFSTEIN).....	170
4. El elemento sociológico: ¿DURKHEIM EN EL HORIZONTE? .....	176
V. Toma de posición .....	177
1. Planteamiento .....	177
2. Sobre la lucha nacionalsocialista contra el derecho penal liberal ...	179

2.1. Planteamiento .....	179
2.2. Sobre la lucha nacionalsocialista contra el concepto de bien jurídico.....	179
2.3. Sobre la lucha nacionalsocialista contra el concepto de tipo .	202
2.4. Sobre la lucha nacionalsocialista contra la separación de injusto y culpabilidad.....	208
3. Sobre la definición nacionalsocialista de delito como infracción de un deber .....	229
4. Sobre la teoría nacionalsocialista de los tipos de autor. Al mismo tiempo, algunas consideraciones metodológicas sobre si el derecho penal nacionalsocialista fue, o no, positivista...	236
 CAPÍTULO CUARTO	
El actual “Derecho penal del enemigo” (*).....	245
I. Introducción.....	245
II. El primer Jakobs (1985).....	249
III. El segundo Jakobs (1999 / 2003).....	250
IV. Toma de posición .....	259
1. Sobre JAKOBS y su Derecho penal del ciudadano .....	259
1.1. A propósito del concepto de delito como “quebrantamiento de la vigencia de la norma” .....	259
1.2. A propósito de la prevención general positiva en JAKOBS .....	263
2. Sobre JAKOBS y su Derecho penal del enemigo .....	269
2.1. Acerca del primer JAKOBS (1985).....	269
2.2. Acerca del segundo JAKOBS (1999 / 2003) .....	274
 EPÍLOGO.....	 293
BIBLIOGRAFÍA.....	311



## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

---

AFD	Anuario de Filosofía del Derecho
AJCI	Auto Juzgado Central de Instrucción
AP	Actualidad penal
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Sentencia del Bundesgerichtshof
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Comp.	Compilador
Coord.	Coordinador
CP	Código penal de 1995
CPC	Cuadernos de Política Criminal
DJ	Deutsche Justiz. Rechtspflege und Rechtspolitik
DJZ	Deutsche Juristen Zeitung
DR	Deutsches Recht
DuR	Demokratie und Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DSt.	Deutsches Strafrecht. Strafrecht, Strafrechtspolitik, Strafprozess
ed.	editor
EPC	Estudios Penales y Criminológicos

FG-	Festgabe für
FS-	Festschrift für
FGE	Fiscalía General del Estado
FG-Frank	Festgabe für Reinhard von Frank, II, 1930 (reimpresión 1969)
FS-Arthur Kaufmann	Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993
FS-Bemmann	Festschrift für Günter Bemmann zum 70. Geburtstag am 15. Dezember 1997
FS-Binding	Festschrift für Karl Binding, 1911
FS-Gierke	Festschrift für Julius von Gierke zu seinem goldenen Doktorjubiläum am 25. Oktober 1948
FS-Gleispach	Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf v. Gleispach, 1936
FS-Gründwald	Festschrift für Gerald Gründwald zum siebzigsten Geburtstag
FS-Honig	Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag, 1970
FS-Kohlrausch	<i>Probleme der Strafrechtserneuerung. Festschrift für Eduard Kohlrausch, 1944</i>
FS-Lüderssen	Festschrift für Klaus Lüderssen. Zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002
FS-Maurach	Festschrift für Reinhard Maurach, 1972
FS-Oehler	Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag, 1985
FS-Rittler	Festschrift für Theodor Rittler zu seinem 80. Geburtstag, 1957
FS-Schmitz	Festschrift für Hans Schmitz zum 70. Geburtstag

GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
JpD	Jueces para la democracia. Información y debate
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristen Zeitung
JW	Juristische Wochenschrift
KJ	Kritische Justiz
Krim. J	Kriminologisches Journal
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LH-Bacigalupo Zapater	Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, 2004
LH-Barbero Santos	Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. <i>In memoriam</i> , 2001
LH-Rodríguez Mourullo	Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Ro dríguez Mourullo
LH-Roxin	Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, 1997
LH-Valle Muñiz	El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria de Prof. José Manuel Valle Muñiz, Pamplona, 2001
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform / Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
párr.	párrafo
PG	Parte General
PE	Parte Especial
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungsw essens. Zeitschrift für Schule, Berufs bildung und Jugenderziehung

Rev. DP	Revista de Derecho Penal
Rev. P	Revista Penal
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RG	Reichsgericht
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJ	Rechtshistorisches Journal
RJCat	Revista Jurídica de Cataluña
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SSAP	Sentencias de las Audiencias Provinciales
SSTEDH	Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos humanos
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
StGB	Strafgesetzbuch
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
StV	Strafverteidiger
ZakDR	Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

## PRÓLOGO

---

Mucho me complace prologar este libro de mi estimado discípulo, el Profesor Dr. Víctor Gómez Martín. La obra aparece como una de las publicaciones realizadas por el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), cuya labor de promoción, divulgación y desarrollo de los estudios penales es digna del mayor elogio. Y me complace tanto por el tema del que se ocupa como por el rigor con que lo trata su autor.

El tema ha cobrado, desgraciadamente, renovada actualidad. Cuando creíamos definitivamente superados los intentos históricos por sustituir el Derecho penal *del hecho* por un Derecho penal *de autor*, éste vuelve a asomar su peligroso rostro tanto en la teoría como en la práctica. La inadmisibile propuesta del “Derecho penal del enemigo” formulada por Jakobs en Alemania ha visto su realización práctica en la escandalosa política que el Gobierno de Bush está llevando respecto a los detenidos como supuestos sospechosos de terrorismo, en Guantánamo y en otros *no lugares*. La idea que está detrás de esta política es la expresada sin rubor desde el funcionalismo sistémico –aunque se haya rechazado en su país de origen, Alemania, por el recuerdo que inmediatamente concita de la política penal del nacionalsocialismo, y aunque su fundamentación teórica probablemente no ha sido conocida por los gobernantes estadounidenses–. Es la idea que latió tras la teoría del Derecho penal de autor en su versión nacionalsocialista: la amenaza real para la comunidad no proviene tanto de la comisión de *hechos* delictivos, como de la existencia de *individuos* que se apartan de los valores comunitarios. Ello trae como consecuencia una concepción social que parte de la contraposición de “amigo” y “enemigo” –en la conocida terminología del teórico del Estado nacionalsocialista, Carl Schmitt–, o de “ciudadano” y “enemigo” –en la versión jakobsiana, que llega a la apenas concebible negación del carácter de persona al “enemigo”–. La realización práctica de este planteamiento que sitúa a

determinados seres humanos fuera del *Derecho*, sustituido por la *guerra* concebida al margen de lo jurídico.

El presente libro empieza por indagar acerca de los antecedentes históricos del actual Derecho penal del enemigo, y llega a la conclusión de que éste entronca con la teorización nacionalsocialista del Derecho penal de autor. Cuenta, entonces, con la experiencia histórica de unos años negros que nunca debiéramos olvidar, como base sólida del análisis crítico de la formulación del Derecho penal del enemigo, al que destina el último Capítulo de esta obra. Precisamente porque en Alemania se es consciente de la proximidad del Derecho penal del enemigo con la Política criminal del III Reich, aquella “nueva” propuesta ha encontrado el rechazo generalizado de los penalistas de dicho país. Que en los E.E.U.U. no se tenga conciencia de dicha conexión ideológica seguramente se debe a que, por haber liderado en su momento la guerra que terminó con el nacionalsocialismo, no se sientan en peligro de caer en políticas propias del régimen que combatieron.

Ya ve, pues, el lector que el libro que tiene entre sus manos apunta a una problemática urgente. Pero en cuanto empiece a leerlo comprobará que Víctor Gómez Martín ha sabido darle un tratamiento alejado de la demasiado fácil crítica política superficial: aquí se profundiza en los presupuestos teóricos, situados en sus contextos histórico-culturales, del “Derecho penal de autor” –un concepto muchas veces usado sin conciencia de lo que realmente significó en su origen y de lo que hoy puede seguir significando.

En Barcelona, octubre de 2007.

*Santiago Mir Puig*

Catedrático y Director del Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad de Barcelona

## PLANTEAMIENTO

---

1. Según el principio de *responsabilidad por el hecho*, el Derecho penal sólo puede prohibir y castigar hechos, actos, conductas o comportamientos. En un “*Derecho penal del hecho*”, el objeto de prohibición y de castigo estaría constituido, exclusivamente, por los *hechos* efectivamente cometidos por humanos que lesionarían o pondrían en peligro bienes jurídico-penales. Según la “lógica del hecho” que ahora se expone, sólo serían merecedores de sanción penales los hechos socialmente más dañosos o nocivos, y el merecimiento de pena vendría determinado por la mayor o menor gravedad de la conducta. La existencia de un mayor o menor grado de oposición al Derecho dependería, así, de la mayor o menor gravedad del hecho, determinada, a su vez, por el mayor o menor grado de dañosidad social de la conducta.

2. Distinta es la perspectiva adoptada por el llamado “Derecho penal de autor.” Desde esta segunda orientación, el centro de atención del Derecho penal dejaría de estar monopolizado por el hecho, y habría de desplazarse hacia su autor. Partiendo de esta idea central, auténtico principio rector del Derecho penal de autor, es posible distinguir entre dos niveles de “desplazamiento hacia el autor”. *En un sentido amplio*, el Derecho penal de autor tendría por objeto todas aquellas reglas que obligasen al Juez a tener en consideración, sobre todo a efectos de graduar la pena, y con una finalidad de carácter preventivo-especial, además de la mayor o menor gravedad del hecho, en especial las circunstancias personales del reo, y, singularmente, su nivel de peligrosidad. En este primer nivel, el Derecho penal del enemigo presentaría un contenido matizado o moderado, en lo que podríamos denominar Derecho penal de autor

*limitado*, o “Derecho penal de autor preventivo-especial”.<sup>1</sup> Se trataría de un Derecho penal de autor perfectamente compatible con los postulados del principio de “responsabilidad por el hecho” como límite del *ius puniendi* derivado del principio de culpabilidad, y con un Derecho penal del hecho como, por ejemplo, el español. El resultado de la combinación del Derecho penal del hecho y el Derecho penal de autor limitado al que ahora nos referimos seguiría siendo un Derecho penal del hecho, ahora matizado por la consideración de determinadas circunstancias personales del reo a determinados efectos. El segundo nivel, que se correspondería con la manifestación más radical o extrema del Derecho penal del enemigo. Se trataría de un Derecho penal de autor “máximo”, con pretensión de exclusividad, que no sólo no sería compatible con el Derecho penal del hecho, sino que supondría, en realidad, su negación. Vamos a referirnos brevemente a ambos niveles.

3. Para el Derecho penal de autor en sentido amplio, esto es, el que aquí hemos denominado *limitado*, la idea de que el Derecho penal no puede prohibir pensamientos, caracteres o formas de ser, sino sólo hechos o actos efectivamente realizados, sugerida por el “Derecho penal del hecho”, sería merecedora de ser plenamente compartida. Partiendo de la aceptación de dicho postulados, el Derecho penal de autor moderado pondría el acento en el hecho de que, en lo que a la graduación de la pena se refiere, probablemente no bastaría con tener en consideración exclusivamente el *hecho* efectivamente cometido, o su mayor o menor gravedad; sino que sería necesario, además, tener en cuenta determinadas *circunstancias personales del autor*. Ello obligaría al legislador a considerar tales circunstancias personales tanto en la Parte General como en la Parte Es-

1. La expresión es de ROXIN, C., *PG*, I, 1997, § 6/22. No obstante, debe advertirse que una parte importante de la doctrina advierte que la indudable importancia que el análisis de las circunstancias personales del reo tiene para la determinación de la pena en sentido amplio o la imposición de medidas de seguridad no puede ser interpretada, en modo alguno, como una muestra de Derecho penal de autor. Antes bien, su fundamento debe verse en necesidades de naturaleza preventivo-especial. En este sentido se pronuncian, por ejemplo, MIR PUIG, S., *PG*, 7ª ed., 2004, 3/82 y 31/53 ss.; LUZÓN PEÑA, D.M., *PG*, I, 1996, p. 53.

pecial del CP. Lo primero ocurre con motivo de la elaboración de algunas *reglas para la determinación de pena*;<sup>2</sup> lo segundo, a propósito de la tipificación de ciertos delitos.

Por lo que hace a la exigencia de que el legislador penal tenga en consideración las circunstancias personales del reo en la Parte General del Código penal para la *elaboración de las reglas de determinación de la pena*, resultan especialmente paradigmáticos los ejemplos que proporcionan, en relación con las penas, los arts. 66.1.6<sup>a</sup> CP,<sup>3</sup> 80.1 CP<sup>4</sup> y 88.1 CP,<sup>5</sup> y para las me-

2. ROXIN, C., PG, I, 1997, § 6/22.
3. *En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: (...) Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, **en atención a las circunstancias personales del delincuente** y a la mayor o menor gravedad del hecho (cursiva y negrita añadidas).*
4. *Los jueces o tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante resolución motivada. En dicha resolución **se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto**, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste (cursiva y negrita añadidas).*
5. *Los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las **circunstancias personales del reo**, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, **siempre que no se trate de reos habituales**, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo. En estos casos el juez o tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida (cursiva y negrita añadidas).*

didas de seguridad los arts. 95 a 108 CP.<sup>6, 7</sup> En cuanto al em-

6. Dejando al margen los preceptos del CP que acaban de ser citados en el texto principal, la incidencia de los principios del Derecho penal de autor en la Parte General del CP es muy limitada. Con todo, en algunos delitos la ley obliga a tomar en consideración la *actitud interna* del sujeto activo del delito. Ello ocurre con las circunstancias agravantes de “ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa” (art. 22.3ª CP) y la de “cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca” (art. 22.4ª CP). Esta toma en consideración de la actitud interna del sujeto no significa, sin embargo, que el motivo por el que el legislador ha decidido prohibir las conductas en que concurren tales circunstancias sea la actitud interna desfavorable del sujeto. El fundamento del injusto seguirá residiendo, también en estos casos, en la puesta en peligro de bienes jurídicos por la conducta: *vid.*, por todos, MIR PUIG, S., PG, 7ª ed., 2004, 6/10. La concurrencia de alguna de las circunstancias señaladas únicamente dará lugar a un incremento del desvalor del injusto subjetivo del acto. Lo que se prohíbe, por tanto, sigue siendo el hecho, no la actitud interna del sujeto. Y si el legislador ha optado por castigar más, ello no se debe a que al hecho deba acumularse la actitud interna como objeto de la prohibición penal, sino a que el objeto único de prohibición, la conducta, resulta subjetivamente más grave cuando se produce la concurrencia de alguna de aquellas circunstancias: *vid.* Mir Puig, S., “Los términos «delito» y «falta» en el Código penal”, ADPCP 1973, p. 332. Ello se debe a que tanto la circunstancia de precio, recompensa o promesa como la de motivos racistas y otros discriminatorios son circunstancias que expresan un móvil particularmente indeseable: Mir Puig, S., PG, 7ª ed., 2004, 26/24 ss., 31 ss.
7. En el StGB alemán, también algunos preceptos de la Parte General, como los §§ 46.2 StGB (*en la determinación de la pena, el tribunal compensará las circunstancias que hablen en favor y en contra del autor. A este respecto entran particularmente en consideración: los móviles y fines del autor, la actitud interna que se desprende del hecho y la voluntad empleada en el hecho, el grado de infracción de deber, la forma de ejecución y los efectos producidos, la vida previa del autor, sus relaciones personales y económicas, así como sus relaciones tras el hecho, en especial sus esfuerzos por reparar el daño, así como los esfuerzos del autor por llegar a un arreglo con el lesionado* [cursiva y negrita añadidas]), 56.1 StGB (*en los supuestos de condena a una pena privativa de libertad no superior a un año, el tribunal podrá dejar en suspenso la ejecución de la pena cuando pueda esperarse que al condenado le sirva el juicio como advertencia y que no cometa en el futuro ningún hecho delictivo más sin la intervención de la ejecución de la pena. A este respecto, deben ser tenidas en cuenta la personalidad del procesado, su vida previa, las circunstancias de su hecho, su comportamiento después del hecho, sus condiciones de vida* [Lebensverhältnisse] *y los efectos que para él pueden esperarse de la suspensión* [cursiva y negrita añadidas]), 59 StGB (*si alguien ha incurrido en una*

pleo del elemento “habitualidad” para la elaboración algunos tipos de la Parte Especial, baste con señalar que en los Códigos penales de los países de nuestro contexto de cultura jurídica es frecuente encontrar muestras de lo que suele denominarse “delitos de hábito”. Esto es, delitos en los que el sujeto activo se caracterizaría por presentar el hábito o la tendencia consistentes en realizar la conducta descrita en el tipo. Ello ocurre, por ejemplo, tanto en el Código penal español como en el StGB alemán. Por lo que respecta al primero, podrían ser exponentes de delitos de hábito o de tendencia (o, al menos, de delitos en los que dicho hábito o tendencias servirían para agravar la pena) el delito de violencia de género previsto en el art. 173.2 CP,<sup>8</sup> el de utilización ilícita habitual de información privilegia-

---

*pena de multa de hasta ciento ochenta cuotas diarias, el tribunal puede amonestar junto con la declaración de culpabilidad, determinar la pena y dejar en reserva la condena a la pena cuando: 1. Puede esperarse que el autor no cometa más hechos delictivos en el futuro sin haber sido condenado a una pena. 2. Una valoración global del hecho y de la **personalidad del autor** revele circunstancias especiales según la cuales se aconseje perdonarlo de la condena. 3. Cuando la defensa del ordenamiento jurídico no imponga la condena a la pena (cursiva y negrita añadidas) y 60 StGB (el tribunal dispensará la pena cuando las consecuencias del hecho que han afectado al autor son tan graves que la imposición de una pena sería claramente injusto) tienen en consideración las circunstancias personales del reo para la determinación de la pena en sentido amplio.*

8. *El que **habitualmente** ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica (cursiva y negrita añadidas).*

da (Insider Trading), tipificado en el art. 285.2.1<sup>a</sup> CP,<sup>9</sup> y el delito de receptación del art. 299.1 CP.<sup>10, 11</sup>

4. Desde el punto de vista de lo que hemos llamado Derecho penal de autor *máximo*, o en sentido estricto, lo determinante para la antijuricidad de la conducta ya no sería el hecho efectivamente cometido, o su gravedad en términos de dañosidad social, sino, exclusivamente, la mayor o menor peligrosidad del autor. Esta peligrosidad no dependería de la conducta realizada por el autor, que sería una mera consecuencia de aquella personalidad peligrosa, sino de ciertas circunstancias personales del autor, como, por ejemplo, sus pensamientos, su voluntad, su carácter, su personalidad o la actitud interna que mantendría con respecto al ordenamiento jurídico. En un Derecho penal de autor estricto, las normas penales no tratarían de evitar la comisión de hechos delictivos, sino la aparición de personalidades, caracteres o actitudes internas contrarias al ordenamiento jurídico-penal.<sup>12</sup>

5. El presente trabajo tiene como principal objetivo conocer si todas las manifestaciones del llamado Derecho penal de autor son compatibles con el Derecho penal de un Estado liberal comprometido con el principio de responsabilidad por el hecho. En este contexto, la presente investigación pretende echar

9. *Se aplicará la pena de prisión de cuatro a seis años, la multa del tanto al triple del beneficio obtenido o favorecido e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años cuando en las conductas descritas en el apartado anterior concorra alguna de las siguientes circunstancias: 1<sup>a</sup> Que los sujetos se dediquen **de forma habitual** a tales prácticas abusivas”* (cursiva y negrita añadidas).
10. *El que con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de hechos constitutivos de falta contra la propiedad, **habitualmente** se aprovechara o auxiliare a los culpables para que se beneficien de los efectos de las mismas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año* (cursiva y negrita añadidas).
11. En cuanto al StGB, cabe destacar que también su Parte Especial contiene algunos tipos que parecen ser muestra de ciertas manifestaciones de un Derecho penal del autor. Algunos de los ejemplos que la doctrina alemana suele invocar como ejemplos de “genuino Derecho penal de autor” son los delitos de rufianismo (§ 181 a) StGB), receptación profesional (§ 260 StGB) y caza furtiva profesional o habitual (§ 292.2.1 StGB).
12. *Vid.*, por todos, MIR PUIG, S., PG, 7<sup>a</sup> ed., 2004, 4/68.

la vista atrás, y hacer un recorrido por las principales manifestaciones que el Derecho penal de autor ha conocido a lo largo del Derecho penal. Este recorrido pondrá de manifiesto que a lo largo de la historia de la Dogmática jurídico-penal, varios han sido los momentos en que se ha impuesto la idea de que el aspecto del delito que más le importa al Derecho penal no es el hecho delictivo mismo, sino su *autor*. Esta idea constituye el punto de arranque de todas las llamadas “teorías de los tipos de autor”. Más allá de esta idea general resulta difícil, en cambio, hallar un denominador común que permita referirse a una teoría unitaria de los tipos de autor. La heterogeneidad — tanto en lo metodológico como en el objeto— de planteamientos existente entre las distintas teorías, así como la ausencia de un mínimo consenso doctrinal sobre un posible contenido básico común a todas las teorías hace aconsejable referirse a “las teorías” de los tipos de autor, y no a una “Teoría general del tipo de autor” que, en realidad, nunca ha existido.<sup>13</sup>

6. La metodología por medio de la cual esta obra pretende contribuir a la descripción y valoración crítica de la evolución histórica de la noción de la concepción del Derecho penal de autor es la siguiente. Se ha considerado oportuno someter a consideración tanto las aquí denominadas teorías del Derecho penal de autor “limitado” o “en sentido amplio” como las concepciones que representan al Derecho penal de autor “radical” o “en sentido estricto”. Entre las primeras (Primera Parte) se ha optado por el estudio de la teoría de los tipos de autor de FRANZ VON LISZT, que se encontraría representada, esencialmente, en su famoso “Programa de Marburgo” (Capítulo Primero). Las segundas (Tercera Parte) serán estudiadas a través de los ejemplos brindados por las teorías de los tipos de autor defendidas en la Alemania nacionalsocialista del período 1933-1945 (Capítulo Tercero) y del actual “Derecho penal del enemigo” (Capítulo Cuarto). Entre uno y otro grupo de teorías será objeto de nuestra atención una tercera categoría, que

13. De otra opinión MAURACH, R., *PG*, I, 1954, pp. 291 s., que cree posible reconducir todas las teorías del tipo de autor a una teoría general del tipo de autor.

aquí llamaremos Derecho penal de autor “intermedio” o “mixto”, cuyo principal exponente sería la teoría de los tipos defendida por la “concepción sintomática del delito” (Capítulo Segundo). Esta exposición pondrá de manifiesto que las teorías de los tipos de autor partieron de la preocupación por las consecuencias que un estudio *naturalístico* del individuo basado en la *Psicología* y la *Sociología criminal* podía representar para la Dogmática jurídico-penal, para derivar en un análisis *normativo*, incluso *ético* y *moral* y *sociológico* del sujeto.

**PRIMERA PARTE**

**EL DERECHO PENAL DE AUTOR  
EN SENTIDO AMPLIO**



# CAPÍTULO PRIMERO

## Franz von Liszt

### y el Programa de Marburgo

---

#### I. Introducción

1. En su Programa de la Universidad de Marburgo (1882), VON LISZT clasificó a los delincuentes, atendiendo a su grado de peligrosidad, en ocasionales, habituales aunque corregibles, y habituales incorregibles.<sup>1</sup> Frente a la idea de la pena como retribución defendida por la Escuela clásica de BINDING y sus seguidores BELING, NAGLER, ALLFELD y BIRKMEYER,<sup>2</sup> LA CLASIFICACIÓN DE VON LISZT constituyó el punto de arranque de una de las principales concepciones históricas sobre los fines de la pena: la preventivo-especial. Según VON LISZT, la pena debería actuar sobre estas tres distintas clases de delincuentes de tres formas diferentes. En relación con los delincuentes ocasionales, la pena debería desempeñar una función meramente de recordatorio, intimidación o advertencia.<sup>3</sup> En cuanto a los delincuentes habituales pero corregibles, la pena habría de perseguir la corrección del individuo.<sup>4</sup>

1. VON LISZT, F., *La idea de fin*, 1994, p. 115.
2. SAUER, W., *PG*, 1956, pp. 20 s. Con todo, el propio VON LISZT matizó que aunque la Escuela Clásica puso más énfasis en el hecho delictivo y la Moderna en el delincuente, la oposición entre ambas no fue tan diametral como algunos quisieron ver. Von Liszt señaló en este contexto que también la Escuela Clásica debía castigar el delito en la persona de su autor; y que, al contrario, también la Escuela Moderna podía y pretendía castigar al autor únicamente por razón del hecho por él cometido. La Escuela Moderna perseguiría, en suma, que el autor fuera castigado por razón de la actitud interna delictiva manifestada por medio de su hecho. *Vid.* VON LISZT, F., “Die Zukunft des Strafrechts” (conferencia pronunciada ante la Sociedad Jurídica de Budapest en 1982), en el mismo, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905 (reimpr. 1970), pp. 15 s.
3. VON LISZT, F., *La idea de fin*, 1994, pp. 124 ss.
4. VON LISZT, F., *La idea de fin*, 1994, pp. 122 ss.

Y, por último, por lo que respecta a los delincuentes incorregibles, la única medida útil que estaría al alcance de la pena como instrumento de protección de la sociedad consistiría en la inocuización misma del delincuente mediante su privación de libertad de por vida.<sup>5</sup>

2. ¿Cómo llegó VON LISZT a la clasificación tripartita de delincuentes que acaba de ser expuesta? ¿Para qué sirve? ¿Cuál es su valor en el marco de la concepción del Derecho penal de aquel autor? ¿Cuál su relevancia para el actual Derecho penal? Para contestar todas estas cuestiones es necesario analizar con algún detalle la concepción del Derecho penal que representó la dirección de la Escuela Moderna de Derecho penal, cuyo fundador y principal representante fue el propio VON LISZT, así como el método que ésta empleó.

## II. El Programa de Marburgo en la “Ciencia Penal Total” (*Gesamte Strafrechtswissenschaft*) de VON LISZT

1. La clasificación tripartita de tipos de delincuentes propuesta por VON LISZT respondió a una especial preocupación por el autor del delito. Según VON LISZT, el Derecho penal “debe castigar, no el acto, sino al autor”.<sup>6</sup> Como realidad empírica, la pena es cumplida, es sufrida por el delincuente, no por el “hecho delictivo”. Según VON LISZT, el Derecho penal tiene como *fin* luchar contra el delito para proteger a la sociedad mediante la protección de bienes jurídicos.<sup>7</sup> La consecución de este objetivo pasa para este autor por concebir el delito como un fe-

5. VON LISZT, F., *La idea de fin*, 1994, pp. 115 ss.

6. MAURACH, R., *PG*, 1954, p. 292.

7. VON LISZT, F., *La idea de fin*, 1994, pp. 106 ss.; el mismo, “Über den Einfluss der soziologischen und antropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts” (informe para la asamblea general de la Asociación Internacional de Criminología, 1893), en el mismo, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, pp. 78 y 83; el mismo, “Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft” (clase inaugural pronunciada en la Universidad de Berlín el 27 de octubre de 1899), en el mismo, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, p. 297. En relación con los menores de edad vid. von Liszt, F., “Die Zukunft des Strafrechts” (conferencia pronunciada ante la Sociedad Jurídica de Budapest en 1882), en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, p. 20.

nómeno social y la pena como función social. La naturaleza social del delito y la pena convierte a éstos en objetos idóneos de la Sociología. Sólo a través de la observación sistemática de la población mediante la aplicación del método sociológico, únicamente por medio del recurso a la estadística criminal, resulta posible comprobar con exactitud científica la eficacia de la pena como mecanismo protector de bienes jurídicos e inhibidor de la delincuencia.<sup>8</sup> El modo más eficaz de conseguir la protección de bienes jurídicos consiste —siempre para VON LISZT—, por tanto, en analizar el delito y al delincuente como realidades empíricas, conocer los factores que provocan su aparición (etiología) y plasmar este conocimiento de la realidad empírica en leyes eficaces y en una ejecución de las penas adecuada a la peligrosidad concreta de cada clase de delincuente, analizados desde una perspectiva biológico-psicológico-sociológica.<sup>9</sup>

Sin duda reveladoras a este respecto son las palabras pronunciadas por von Liszt el 4 de abril de 1882 ante la Sociedad Jurídica de Budapest, exponiendo el parecer de la Asociación Internacional de Criminología y el suyo propio: “Exigimos una Política criminal eficaz, decidida; exigimos que el Estado el ordenamiento jurídico combata el delito y la delincuencia más decididamente que hasta ahora, con menos contemplaciones que hasta ahora. Pero quien pretenda combatir el delito debe conocer el delito; debe estudiarlo, no como abstracción conceptual, sino como fenómeno, como acontecimiento tanto de la vida social como de la vida individual. Conocer el delito quiere decir conocer al delincuente. A este respecto quiero formular nuestro parecer de que debemos concebir el delito como producto necesario de la sociedad que rodea al delincuente y de las relaciones económicas, por una parte, y de lo específico de la singularidad de la individualidad del delincuente, por otra parte, que en parte es innata, y en parte se adquiere por el devenir de la vida. Y quiero acabar esta muestra de nuestro pensamiento con la afirmación de que, precisamente porque el delito es el producto necesario de las relaciones que se dan

8. VON LISZT, F., *La idea de fin*, 1994, p. 108.

9. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 9.

en la realidad, es posible combatir el delito, y concretamente incidiendo en estas relaciones”.<sup>10</sup>

2. Según VON LISZT, el Derecho penal tan solo podía realizar el señalado fin preventivo a partir de una concepción de la Ciencia penal como disciplina total comprensiva del Derecho penal y la Criminología. Con VON LISZT, el Derecho penal se convirtió en una “Ciencia total”. Nace, así, la llamada “Ciencia penal total” (“gesamte Strafrechtswissenschaft”).<sup>11</sup> Von Liszt la concibió como una superdisciplina en la que la Dogmática jurídico-penal concurrió con otras disciplinas penales. De estas últimas, las dos disciplinas más importantes eran la Criminología y la Política criminal. La Ciencia penal total de von

10. VON LISZT, F., “Die Zukunft des Strafrechts”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, p. 3. La idea de que la clasificación tripartita de los autores de un delito defendida por VON LISZT trae causa de una contemplación empírica del delincuente que encaja perfectamente con el supuesto cambio de paradigma metodológico que la Escuela moderna de Derecho penal quiso representar en relación con la Escuela clásica. En efecto, mientras que esta última apostaba por un método *racional, deductivo y abstracto* anclado en la interpretación de la ley, la Escuela moderna estimó preferible el empleo de un método empírico, inductivo y concreto abierto a la contemplación de la realidad extralegal. No obstante ello, también hay autores que interpretan la tripartición de VON LISZT en el sentido opuesto. Este es el caso, por ejemplo, de GÖPPINGER. En opinión de este criminólogo, VON LISZT llega a la distinción entre delincuente ocasional, delincuente habitual corregible y delincuente habitual incorregible por medio de un procedimiento deductivo a partir del derecho positivo. En opinión de GÖPPINGER, puesto que, como ya se ha mencionado en el texto, VON LISZT parte del presupuesto de que la pena debe perseguir algún fin, si el legislador ha previsto expresamente que las penas deben producir efectos intimidatorios, correctores e inocuizadores, es necesario buscar los correspondientes tipos de autor destinatarios de dichos efectos. Vid. GÖPPINGER, H., *Kriminologie*, 4ª ed., 1980, pp. 439 s. Si GÖPPINGER está en lo cierto, lo cual es, en mi opinión, dudoso, el proceder de VON LISZT conduciría, en realidad, a una petición de principio. En efecto, no sería correcto deducir el supuesto de hecho de la consecuencia jurídica, ya que, en realidad, el primero constituye un presupuesto de la segunda. No es de recibo partir de las funciones intimidatoria, correctora o inocuizadora de las penas existentes en derecho positivo para deducir de ellas las respectivas clases de delincuente para las que han sido concebidas, ya que la existencia de estas últimas es precisamente lo que se pretende demostrar.

11. VON LISZT, F., *Kriminalpolitische Aufgaben*, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, I, pp. 293 s.

Liszt debía cumplir una triple función: a) una función pedagógica de formación de futuros penalistas prácticos (singularmente jueces); b) una función *científica* de descripción de los fenómenos que constituyen su objeto, esto es, de los delitos y las penas; y c) una función *política* consistente en el asesoramiento del legislador en la lucha contra la delincuencia.

3. Tal y como la entendió VON LISZT, la función pedagógica (a) se dirige a los prácticos especialistas en Derecho penal y Derecho procesal penal, y se desdobló, a su vez, en dos aspectos: formación teórica y formación teórico-práctica. La formación teórica consistiría en la enseñanza lógico-jurídica de los preceptos de Derecho penal y Derecho procesal penal vigentes.<sup>12</sup> La disciplina encargada del desarrollo de este primer aspecto fue la “Ciencia del Derecho penal en sentido estricto” (Dogmática jurídico-penal).<sup>13</sup> La formación técnico-práctica consistió en la formación encaminada al aprendizaje de la determinación del tipo aplicable para cada supuesto de hecho, y constituiría el objeto de la “Criminalística”.<sup>14</sup> La función científica del Derecho penal (b) consiste, desde el punto de vista de VON LISZT, en la descripción científica del delito y la pena. Esta descripción es en von Liszt una descripción causal del delito, ya que en su opinión, no es posible la obtención del conocimiento científico sin la explicación causal del objeto de análisis. Según el autor que nos ocupa, la disciplina encargada de realizar la explicación causal del delito es la “Criminología”,<sup>15</sup> mientras que la de la pena estaría a cargo de la “Penología”.<sup>16</sup> Por último, para VON LISZT, el fin preventivo del Derecho penal no puede quedar plenamente satisfe-

12. VON LISZT, F., “Die Aufgaben...”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, pp. 286 y 296.

13. VON LISZT, F., “Die Aufgaben...”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, p. 296.

14. VON LISZT, F., “Die Aufgaben...”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, pp. 286 ss. y 296.

15. VON LISZT, F., “Die Aufgaben...”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, p. 289.

16. VON LISZT, F., “Die Aufgaben...”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, p. 293.

cho con un análisis exclusivamente científico del delito. Si el Derecho penal pretende luchar contra el delito, es necesario asesorar y guiar al legislador en la lucha contra la delincuencia. La disciplina encargada de proponer al legislador el sistema de principios de acuerdo con los que debe aplicarse la pena en aras de la protección del ordenamiento jurídico sería, según VON LISZT, la “Política criminal” (c).<sup>17</sup> Así entendida, la Política criminal consistiría en una síntesis de los principios básicos o reglas de prudencia (*Klugheitsregeln*) según las cuales debería conducirse la lucha del ordenamiento jurídico contra el delito por medio de la pena y las instituciones empleadas en su ejecución, tales como instituciones de formación y mejora, casas de trabajo, etc.<sup>18</sup> Aunque también desde el punto de vista de la Ciencia penal total de la Escuela Moderna de VON LISZT el objeto del Derecho penal seguía estando representado por el derecho positivo,<sup>19</sup> su aparición significa una profunda transformación metodológica en relación con la Escuela clásica de BINDING y sus seguidores.<sup>20</sup>

4. A excepción de las disciplinas encargadas de cumplir la función pedagógica del Derecho penal, esto es, la Dogmática

17. VON LISZT, F., “Die Aufgaben...”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, pp. 293 s.

18. VON LISZT, F., “Über den Einfluss...”, EN EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, p. 78; el mismo, “Die Aufgaben...”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, pp. 291 s.

19. No en vano, VON LISZT definió el Derecho penal como “la esencia de aquellas reglas jurídicas por medio de las que la pena se vincula como consecuencia jurídica al delito como tipo”: *vid.* VON LISZT, F., “Über den Einfluss...”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, p. 77.

20. Un análisis de la evolución histórica del método penal en Alemania permite afirmar que esta evolución es, en realidad, la evolución del método dogmático, esto es, la de la Ciencia del Derecho penal positivo. En Alemania, el objeto de la Ciencia del Derecho penal siempre ha sido el Derecho penal positivo. En otros países como Italia, las diferencias metodológicas que separaron las distintas concepciones fueron, en cambio, tan abiertas que llegaron a determinar incluso una modificación del propio objeto de la Ciencia del Derecho penal. Así, mientras que para la Escuela clásica éste venía determinado por el Derecho natural, la Escuela positiva se ocupaba exclusivamente de la realidad empírica y la dirección técnico-jurídica, por último, del Derecho positivo. *Vid.* MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1976, p. 197.

jurídico-penal y la Criminalística, las restantes disciplinas integrantes de la Ciencia penal total son consideradas por VON LISZT auténticas ciencias en sentido estricto. VON LISZT fundamenta el estatuto científico de la Criminología y la Política criminal en la siguiente idea: lo que convierte a una disciplina en una ciencia en sentido estricto reside en la aplicación de un método científico. Habida cuenta que para VON LISZT las ciencias por excelencia son las naturales, si alguna de las disciplinas configuradoras de la Ciencia penal total pretende participar de aquel estatuto está obligada a emplear un método análogo al de las ciencias naturales. Esto es, un método empírico. Así, la Ciencia penal total de la Escuela Moderna analiza el delito desde un triple punto de vista: 1) la Dogmática jurídico-penal y la Criminalística abordan el análisis del delito desde una doble perspectiva racionalista lógico-formal y técnico-práctica; 2) la Criminología clásica en sentido amplio (Antropología/Biología, Psicología y Sociología/Estadística criminales) está dedicada al estudio del delito desde un punto de vista empírico; y, por último, 3) el análisis político-empírico *de lege ferenda* del delito está reservado a la Política criminal.

4.1. En primer lugar, la misión de la Dogmática jurídico-penal es, en opinión de VON LISZT, sintetizar y desarrollar de una forma sistemática las reglas jurídico-penales en aras de la formación teórica de juristas. Idéntica función, aunque en relación con la formación práctica, tiene para VON LISZT la Criminalística. Las normas jurídicas constituyen el objeto tanto de la Dogmática jurídico-penal como de la Criminalística. El método de la primera fue lógico-formal,<sup>21</sup> mientras que el de la segunda fue más técnico-práctico. En cualquier caso, ninguna de las dos disciplinas participó de un método empírico, esto es, de un método científico. Sin embargo, el recurso a un método lógico-formal en la interpretación de la ley no constituyó novedad alguna en relación con el formalismo jurídico de la Escuela clásica.

4.2. En segundo lugar, la transformación epistemológica representada por la dirección de la Escuela Moderna se produce a través de la Criminología y la Política criminal. Pese a no

21. VON LISZT, F., "Über den Einfluss...", en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, p. 77.

ser la primera disciplina en definir causalmente el delito,<sup>22</sup> la Criminología clásica sí es, en la concepción de VON LISZT, la única disciplina encargada de determinar cuáles son las causas del delito. Para ello, la Criminología debe emplear el método empírico de las ciencias naturales. Con VON LISZT, la Criminología se convirtió, así, en una observación sistemática de la población preparada, probada y complementada por la observación científicamente exacta de los casos concretos.<sup>23</sup> Debido a que la aparición de un delito puede producirse por la concurrencia tanto de factores individuales como de factores externos, y no sólo de unos u otros, la Criminología debe representar una ciencia superadora de las hipótesis exclusivamente biológicas o antropológicas de LOMBROSO, KURELLA, FERRI o GAROFALO, así como de las exclusivamente sociológicas de TURATI y BELAM, que tenga en consideración ambas clases de factores.<sup>24</sup> En cuanto a la Sociología o Estadística criminal como disciplina integrante de la Criminología, esta disciplina se enfrentaría, a juicio de VON LISZT, con los fines y contenidos sociales del Derecho penal. La Sociología o Estadística criminal consistiría en el análisis científico de las causas y las consecuencias del delito como hecho empírico, esto es, en la búsqueda de las leyes que determinan la criminalidad. La Sociología o Estadística criminal debería constituir para von Liszt una disciplina dependiente de la Sociología y una ciencia en el sentido estricto del término. La Sociología criminal compar-

---

22. Otras disciplinas como la Medicina, la Estadística o incluso la Literatura ya se habían encargado de desempeñar este cometido con anterioridad: *vid.* VON LISZT, F., “Die Aufgaben...”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, p. 290.

23. VON LISZT, F., “Die Aufgaben...”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, p. 290.

24. VON LISZT, F., “Die Aufgaben...”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, pp. 290 s. Ulteriores argumentos en contra del “pesimismo de la Escuela físico-social” (expresión acuñada por el propio von LISZT) se encuentran en von Liszt, F., “Die Zukunft des Strafrechts”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, pp. 5 ss.

tiría método, así, con el resto de ciencias “verdaderas”: la observación metódica de los hechos de la realidad.<sup>25</sup>

4.3. Por último, en lo concerniente a la Política criminal, von Liszt pretendió que esta disciplina superase el plano de la arbitrariedad y las opiniones subjetivas para alcanzar el estadio de una ciencia cerrada. La consecución de este objetivo requiere para VON LISZT una exigencia metodológica: la Política criminal debía apoyarse en la investigación causal del delito y de la pena. En opinión de VON LISZT, el legislador debe luchar contra el delito desde sus propias raíces.<sup>26</sup> La Política criminal debe apoyarse en la Criminología, porque —prosigue VON LISZT— no es posible luchar contra el delito sin haberlo reconocido previamente como fenómeno sometido a ciertas leyes.<sup>27</sup> A juicio de VON LISZT, la Política criminal es una ciencia aplicada que es merecedora de la consideración de disciplina científica en sentido estricto en la medida en que se apoya en la Sociología. El conocimiento científico aportado por esta última disciplina constituye para la Política criminal un simple medio para la consecución de un fin práctico: la lucha contra el delito.<sup>28</sup>

5. Según el parecer de algunos autores, la dualidad metodológica (método racionalista lógico-formal y técnico-práctico para la Dogmática jurídico-penal y la Criminalística, Criminológica, respectivamente, y método empírico y político-empírico para la Criminología clásica y la Política criminal, respectivamente) presente en la concepción de von Liszt tiene un doble fundamento *político y científico*. En lo político, VON LISZT se mostró claramente partidario de un Estado social, superador del Estado liberal clásico, que interviniese luchando eficazmente contra la delincuencia, aunque limitado por el prin-

25. VON LISZT, F., “Über den Einfluss...”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, p. 78.

26. VON LISZT, F., “Die Aufgaben...”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, p. 294.

27. VON LISZT, F., “Kriminalpolitische Aufgaben”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, I, p. 291.

28. VON LISZT, F., “Über den Einfluss...”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, p. 78.

cipio de seguridad jurídica y las garantías individuales propias de un Estado liberal. Von Liszt defiende, en suma, un modelo “social liberal” de Estado.<sup>29</sup> En cuanto al fundamento científico, debe recordarse que el nacimiento de la Escuela moderna de Derecho penal se produjo en un contexto cultural dominado por el optimismo de las ciencias de la naturaleza, cuyo más claro exponente fue el evolucionismo de DARWIN.<sup>30</sup> El auge de las ciencias naturales provocó que se extendiese la idea de que únicamente una disciplina con un método empírico como el de las ciencias naturales podía ser considerada una auténtica ciencia. Si el Derecho penal pretendía hacerse acreedor del referido estatuto científico debía participar también, por tanto, de los métodos de las ciencias naturales. La incorporación de estos métodos al Derecho penal como Ciencia penal total constituyó, de este modo, la principal aportación del programa metodológico del positivismo naturalista iniciado en Alemania por VON LISZT.<sup>31</sup>

29. No en vano, algunos autores han caracterizado la orientación política de VON LISZT como “socialismo liberal” o “liberalismo de izquierdas”. Este es el caso de Calvi: *vid.* de RIVACOBIA Y RIVACOBIA, M., “Franz von LISZT y el «Programa de Marburgo»”. Prólogo a VON LISZT, F., *La idea de fin*, 1994, pp. 13 s.

30. DARWIN, C., *El origen de las especies*, 1998, pp. 173 ss. y *passim*.

31. Sobre todo lo anterior cfr. VON LISZT, F., *La idea de fin*, 1994, p. 133; EL MISMO, “Über den Einfluss...”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, pp. 77 s. *Vid.* también MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1976, pp. 217 y 218 ss.; García-Pablos de Molina, A., *Criminología*, 1992, p. 88; de RIVACOBIA Y RIVACOBIA, M., “Franz von Liszt...”. Prólogo a VON LISZT, *La idea de fin*, 1994, pp. 13 s.; JIMÉNEZ DE ASUA, L., “Corsi e Ricorsi. La vuelta de von Liszt”, en VON LISZT, F., *La idea de fin*, 1994, pp. 36 s. La concepción darwiniana de la sociedad como el escenario de una “situación de lucha” entre la comunidad y sus delincuentes ejerció una especial influencia, por lo demás, en una de las disciplinas que integraban su “Ciencia penal total”: la *Penología*, o ciencia encargada del estudio empírico de la pena. En 1882, con motivo de la exposición de su famoso “Programa de Marburgo”, VON LISZT expresó con toda claridad la idea de que con los delincuentes habituales no corregibles, la función preventivo-especial de la pena sólo podría verse satisfecha por medio de una deshonrosa inoquización consistente en trabajos forzados, daños corporales y pérdida obligatoria y duradera de todos los derechos civiles y políticos. Sobre esto *vid.*, por ejemplo, GRACIA MARTÍN, L., “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”, RECPC 07-02 (2005), p. 19. Años más tarde, VON LISZT matizó su

6. En la Ciencia penal total de von Liszt, la Dogmática jurídico-penal y la Política criminal no sólo están separadas, sino que se mueven, además, en dos planos cualitativamente distintos.<sup>32</sup> El Derecho penal es de naturaleza jurídica; la Política criminal, en cambio, de naturaleza extrajurídica.<sup>33</sup> En el positivismo naturalista de VON LISZT, al dogmático no le está permitido atender a principios político-criminales o a los resultados arrojados por la Criminología o la Sociología en la labor interpretativa de la ley. El intérprete debía enfrentarse a la labor hermenéutica desde una perspectiva conceptual cerrada próxima a la que caracterizó, en realidad, el formalismo jurídico de la Escuela Clásica de BINDING. No puede extrañar, por ello, que la clasificación en tipos de autor y el diverso modo en que la pena debe actuar en relación con cada clase de delincuente presentes en la concepción de VON LISZT sólo produjera consecuencias en el plano de las propuestas político-criminales de *lege ferenda* y en el de la ejecución de las penas, y no influyese, en cambio, en el ámbito de la interpretación de los tipos penales.<sup>34</sup> Las ideas de Política criminal que tienen como base la observación empírica de la Sociología o Estadística criminal constituyen en la concepción de von Liszt

opinión sobre el tratamiento de los incorregibles al advertir que también la sociedad tenía parte de responsabilidad por el comportamiento de delincuente. Ello ocurrió en 1892, fecha en que VON LISZT pronunció ante la Sociedad jurídica de Budapest la conferencia "Die Zukunft des Strafrechts". Así, en este nuevo contexto, VON LISZT afirmó que "la Política criminal, tal y como nosotros la entendemos, está condicionada por la creencia en la capacidad de corrección tanto del hombre, del individuo, como de la sociedad": *vid.* VON LISZT, F., "Die Zukunft des Strafrechts", en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, p. 22. Esta segunda línea de argumentación en la clave de corresponsabilidad social fue confirmada por VON LISZT en 1896, a propósito de la conferencia "Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit", pronunciada en el marco del III Congreso internacional de Psicólogos. *Vid.* VON LISZT, F., *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, p. 229. Sobre todo lo anterior *vid.* ROXIN, C., "Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo", en EL MISMO, *Problemas básicos*, 1976, pp. 67 s.

32. VON LISZT, F., "Die Aufgaben...", en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, p. 290.

33. ROXIN, C., *Política Criminal*, 1972, p. 25.

34. ROXIN, C., *Política Criminal*, 1972, p. 25.

un instrumento imprescindible para la lucha contra la delincuencia por medio de la elaboración de propuestas de *lege ferenda*.<sup>35</sup> La Política criminal nada puede aportar, en cambio, a la interpretación del derecho positivo, porque en la concepción positivista de VON LISZT la labor hermenéutica debe realizarse aplicando un método lógico-formal cerrado a la Criminología. En palabras de VON LISZT, contenidas en el informe “Über den Einfluss der soziologischen und antropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts”, realizado por VON LISZT en 1893 para la asamblea general de la Asociación Internacional de Criminología: “el Derecho penal es el límite infranqueable de la Política criminal”.<sup>36</sup> Un ejemplo de la tesis de von Liszt que acaba de ser expuesta es el concepto material de bien jurídico defendido por este autor. VON LISZT no concedió a su concepto de bien jurídico una función dogmática, sino sólo una función meramente político-criminal. Concebidos como intereses de la realidad social preexistentes al Derecho positivo, los bienes jurídicos difícilmente podían proporcionar, en opinión de VON LISZT, información alguna sobre el contenido del Derecho positivo y su posible interpretación.<sup>37</sup>

7. A la vista de todo lo expuesto con anterioridad, no debe extrañar que la clasificación de tipos de autor de VON LISZT no produjera efecto alguno en la interpretación de los presupuestos de la punibilidad de derecho positivo, esto es, de los supuestos de hecho típicos. En opinión de VON LISZT, la elaboración de una tipología de delincuentes no puede condicionar a la Dogmática jurídico-penal en sentido estricto, esto es, el análisis de *lege lata* del Derecho penal. La referida clasificación en modalidades de autores sirvió a VON LISZT como punto de apoyo, en cambio, de propuestas de *lege ferenda*. Puesto que VON LISZT considera que la Política criminal debería servir

35. VON LISZT, F., “Über den Einfluss...”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, p. 82.

36. VON LISZT, F., “Über den Einfluss...”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, p. 80.

37. RUDOLPHI, H.J. “Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs”, en FS-Honig, 1970, pp. 152 y 154 s.

para transformar un Derecho penal formal excesivamente preocupado por la naturaleza jurídica del delito en otro que parta del significado antisocial del autor,<sup>38</sup> no debe extrañar que de aquellas propuestas de lege ferenda quepa destacar las que tienen como objetivo común conseguir convencer al legislador para que atendiese en mayor medida a la personalidad o actitud interna del autor. VON LISZT reclamó esta atención en dos momentos. Este autor exigió al legislador, en primer lugar, que en la elaboración de los tipos atendiera a la personalidad o actitud interna del autor.<sup>39</sup> Pero la preocupación por el delincuente también debe tener su reflejo —continúa von Liszt— en la incorporación al StGB de preceptos reguladores de diferentes medidas (por ejemplo, la condena condicional o el tratamiento de delincuentes habituales incorregibles) cuya aplicación dependiese de cuál la clase de autor a la que pertenece el sujeto de que se tratase. No en vano, el propio von Liszt predijo que la determinación de la pena debía ser la sede donde la influencia de las investigaciones antropológicas y sociológicas en los conceptos fundamentales de Derecho penal sería mayor y más duradera en el futuro StGB.<sup>40</sup>

8. Pese a poner el acento en el autor del delito, von Liszt no olvidó nunca, sin embargo, que el objeto de la prohibición penal seguía estando representado por el hecho concreto. Esta aparente paradoja constituye, en realidad, el dato más revelador de la doble tensión entre Socialismo y Liberalismo, por una parte, y Derecho penal del hecho y Derecho penal de autor, por otra, presente en la concepción de VON LISZT. Para la dirección de la Escuela moderna, los presupuestos de la punibilidad debían determinarse con criterios de Derecho penal del hecho, mientras que las consecuencias jurídicas debían determinarse más bien por criterios de Derecho penal de autor.<sup>41</sup> Siguiendo

38. VON LISZT, F., “Über den Einfluss...”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, p. 88.

39. ROXIN, C., PG, I, 1997, § 6/4.

40. VON LISZT, F., “Über den Einfluss...”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, p. 91.

41. ROXIN, C., PG, I, 1997, § 6/5.

los postulados de la Escuela clásica, la dirección moderna de VON LISZT consideró que los presupuestos de la punibilidad debían ser determinados según los principios liberales del Estado de Derecho. Pero una vez establecido el supuesto de hecho, la pena debía ser determinada de acuerdo con las necesidades sociales. En la Ciencia penal total de von Liszt, la disciplina que representaba el aspecto jurídico —tenía por objeto el análisis del Derecho positivo— y liberal —el Derecho positivo que constituía su objeto estaba monopolizado por el principio de la responsabilidad por el hecho como garantía ilustrada en favor del individuo— del Estado Liberal de Derecho era la Dogmática jurídico-penal. La preocupación por la peligrosidad del delincuente en aras de la protección de la sociedad mediante la resocialización del delincuente, esto es, el aspecto social del Estado, venía monopolizada por la Política criminal. En palabras de Roxin, en la concepción de von Liszt “el Derecho penal es el dueño y señor del «si», y la Política criminal, la exclusiva soberana del «cómo» de la pena”.<sup>42</sup>

### III. Toma de posición

#### 1. Planteamiento

Como acaba de ser expuesto, la teoría de los tipos de autor de VON LISZT consiste, exclusivamente, en una teoría referida a la función preventivo-especial de la pena. No parece aventurado calificar a esta teoría, además, como la concepción que mayor influencia ha ejercido sobre la generalización de la idea de la prevención especial en la teoría de la pena.<sup>43</sup> Su clasificación tripartita de delincuentes en ocasionales, habituales e incorregibles, y la distinta función preventivo-especial que la pena debe desempeñar en relación con cada uno de ellos hicieron fortuna tanto en Italia y Francia como —más tardíamente— en Alemania, con motivo del Proyecto Alternativo y el “movimiento in-

42. ROXIN, C., *Problemas básicos*, 1976, p. 61.

43. MIR PUIG, S., PG, 7ª ed., 2004, 3/28.

ternacional de reforma”.<sup>44</sup> En la actualidad, la mayor parte de las principales construcciones preventivo-especiales defendidas por la doctrina penal son igualmente tributarias de la teoría de los tipos de autor de VON LISZT.

No obstante, la influencia de la teoría que nos ocupa no se encuentra exenta de ciertas limitaciones. Los que ahora interesa destacar en mayor medida son, especialmente, dos: la teoría de los tipos de autor de VON LISZT no pretendió ser un instrumento útil para la interpretación de los tipos penales; y la crisis de la idea de la resocialización. Estos dos argumentos serán desarrollados a continuación.

## *2. La teoría de los tipos de autor de von liszt no pretendió ser un instrumento útil para la interpretación de los tipos penales*

### 2.1. Introducción

En primer lugar, debe recordarse que la teoría de los tipos de autor de VON LISZT no pretendió erigirse en un instrumento para la interpretación del derecho positivo, sino exclusivamente para la determinación y la ejecución de la pena. Ello se debió a tres motivos: El Derecho penal positivo contemporáneo a VON LISZT era un Derecho penal *del hecho*, y no *de autor*; la inidoneidad de la Criminología para incidir, ni siquiera indirectamente, en la Dogmática jurídico-penal en el marco de la “Ciencia del Derecho penal total” de VON LISZT; y la teoría de los tipos de autor de VON LISZT era una manifestación de la teoría criminológica de la formación de tipos de delincuente.

44. JESCHECK, H.-H., “Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho penal”, en Mir Puig, S., (ed.), *La reforma del Derecho penal*, I, 1980, pp. 9 ss., donde puede comprobarse la vinculación directa existente entre el movimiento internacional de reforma y la concepción de VON LISZT. Sobre esto *vid.* también MIR PUIG, S., PG, 7<sup>a</sup> ed., 2004, 3/35.

## 2.2. Derecho penal positivo contemporáneo a VON LISZT como Derecho penal del hecho, y no de autor

Como ya se apuntó supra y se insistirá *infra* de inmediato, el objeto de estudio de von Liszt fue el Derecho positivo. Para von Liszt, recuérdese, “el Derecho penal es el límite infranqueable de la Política criminal”.<sup>45</sup> Ni la Política criminal, ni tampoco la Criminología pueden aportar nada, en la concepción de VON LISZT, a la interpretación del derecho positivo, porque en la concepción positivista de von Liszt la labor hermenéutica debe realizarse aplicando un método lógico-formal cerrado tanto a la primera como a la segunda. El Derecho penal positivo con que se encontró *von Liszt* fue un Derecho penal liberal que partió mayoritariamente de tipos de comportamiento, y sólo muy excepcionalmente, en cambio, de tipos de delincuente o tipos de personalidad. Se trataba de un ordenamiento partidario del principio ilustrado de la responsabilidad por el hecho, en cuya virtud tan solo podía hacerse responder a un sujeto por su concreto comportamiento, y no por su personalidad o sus ideas. El Derecho penal alemán objeto de la Dogmática jurídico-penal de von Liszt y sus seguidores era, en suma, un Derecho penal del hecho. Y puesto que la teoría de los tipos de autor de VON LISZT fue el resultado del análisis de la realidad empírica llevado a cabo desde la Criminología, su posible operatividad no pudo manifestarse en la interpretación de los tipos de comportamiento penales; sino sólo en la determinación de la pena en sentido amplio y en su ejecución como los dos únicos momentos en que el derecho positivo permitía a su intérprete atender a la peligrosidad del autor.

45. VON LISZT, F., “Über den Einfluss...”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, p. 80.

### 2.3. Inidoneidad de la Criminología para incidir en la Dogmática jurídico-penal en el marco del “Derecho penal total” de VON LISZT

#### 2.3.1. Introducción

Como acaba de exponerse, VON LISZT, condicionado por el Derecho positivo liberal del que era contemporáneo, no tuvo en consideración la personalidad del delincuente y su grado de peligrosidad en orden a la interpretación de los tipos penales. También es sabido, sin embargo, que ello no significa que VON LISZT no se ocupase en absoluto de la personalidad del delincuente. Antes al contrario: VON LISZT se detuvo especialmente en el análisis criminológico de las distintas clases de delincuentes atendiendo, principalmente, a su grado de peligrosidad delictiva. El estudio empírico del autor del delito y de su peligrosidad representó para VON LISZT una de los principales objetivos de su “Ciencia total del Derecho penal”. Como también se apuntó *supra*, la preocupación de la dirección moderna de VON LISZT por el delincuente fue la consecuencia necesaria de un planteamiento interesado en poner el acento en el fin preventivo-especial de la pena sin ignorar las garantías representadas por el Estado Liberal. La personalidad del delincuente y su grado de peligrosidad eran para VON LISZT dos aspectos que debían ser considerados en el momento de la aplicación al sujeto del tratamiento individualizado. En la concepción de VON LISZT, el estudio del delincuente y su personalidad no le correspondía, sin embargo, a la Dogmática jurídico-penal. Esta disciplina, también denominada por VON LISZT “Ciencia del Derecho penal en sentido estricto”, se encargó exclusivamente del análisis del Derecho positivo. La personalidad del autor del delito constituyó, conjuntamente con la elaboración de clasificaciones de delincuentes en atención a su grado de peligrosidad, el objeto de la Psicología criminal, una de las principales disciplinas de la Criminología Clásica en sentido amplio. En la concepción de VON LISZT, la Criminología constituía, junto a la Dogmática jurídico-penal y la Política criminal, uno de los tres pilares fundamentales de la Ciencia total del Derecho penal. La observación criminológica de la reali-

dad debía constituir —siempre para VON LISZT— el punto de arranque de las propuestas “*de lege ferenda*”. La constatación en la realidad de que la personalidad de determinada clase de individuos los convierte en sujetos especialmente peligrosos para la colectividad representa el punto de partida de la propuesta de una adecuación del derecho positivo a esta realidad. La Criminología y la Política criminal se encontraban, así, en una íntima relación. La Política criminal patrocinada por VON LISZT era una Política criminal, en suma, de base criminológica. No obstante ello, VON LISZT consideró que esta Política criminal de base criminológica debía permanecer separada de la Dogmática jurídico-penal. No cabe duda de que el positivismo de VON LISZT, en tanto que patrocinador de la integración de la ciencias naturales (Biología o Psicología social) al sistema penal en orden a la elaboración de una “Ciencia penal total”, y del recurso a un método clasificatorio binario análogo al método de las ciencias naturales, participó, ciertamente, de la naturaleza de positivismo *naturalista*. No obstante, para la disciplina encargada de la interpretación del Derecho positivo, esto es, la Dogmática jurídico-penal, VON LISZT acudió a un concepto lógico-formal que no la distanció en exceso del método del positivismo jurídico-formal de BINDING y sus seguidores. En la Dogmática de VON LISZT latió un escrupuloso respeto por el derecho positivo liberal vigente en Alemania a finales del siglo XIX que condujo a un rechazo de todo lo extrajurídico (esto es, la Criminología como disciplina científica y la Política criminal como disciplina política) en orden a su interpretación.

A la vista de la relación (o ausencia de ella, en su caso) en que Dogmática jurídico-penal, Política criminal y Criminología se encuentran en la “Ciencia penal total” de VON LISZT, ¿puede decirse que es ésta la clase de relación en que *deben* encontrarse las tres disciplinas penales de referencia? Para contestar a esta pregunta es necesario analizar la cuestión planteada desde un cuádruple punto de vista. En primer lugar, debe conocerse si la Política criminal debe influir en la Dogmática jurídico-penal. Esto es, saber en qué relación deben encontrarse la Dogmática jurídico-penal y la Política criminal. En segundo lugar, es obligado preguntarse si la Política criminal debe te-

ner base criminológica; esto es, por la relación que debe existir entre la Política criminal y la Criminología. En tercer lugar, conviene discernir, igualmente, si puede influir la Criminología en la interpretación de los tipos. Es decir, descubrir la relación en que deben hallarse Dogmática jurídico-penal y Criminología, y cuál es la incidencia que la teoría criminológica de la formación de los tipos de autor puede tener en la Dogmática. Y, por último, interesa conocer cuál es la relación que debe existir entre la Dogmática, la Política criminal y la Criminología; y comprobar si ésta coincide, o no, con la relación en que esta tres disciplinas se encuentran en la “Ciencia total del Derecho penal” de VON LISZT.

### 2.3.2. ¿Debe influir la Política criminal en la Dogmática jurídico-penal? Sobre la relación entre Dogmática jurídico-penal y Política criminal

#### A) Concepto de Dogmática jurídico-penal y Política criminal

La Dogmática jurídico-penal o Ciencia del Derecho penal es la disciplina que se encarga de analizar el contenido interno del Derecho penal mediante su interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones científicas en el campo del Derecho penal.<sup>46</sup> La Dogmática jurídico-penal consiste en una ciencia de naturaleza normativa, una disciplina cultural, una ciencia, en suma, del deber ser.<sup>47</sup> El objeto de la ciencia penal viene representado por la propia norma legal. Su comprensión reclama puntos de vista axiológicos, valorativos. A ojos de la Dogmática del Derecho penal,

46. MIR PUIG, S., PG, 7ª ed., 2004, 1/28s.; CEREZO MIR, J., PG, I, 5ª ed., 1997, pp. 64 ss.; LUZÓN PEÑA, D.M., PG, I, 1996, pp. 104 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación*, 1992, p. 48; ROXIN, C., PG, I, 1997, § 7/1.

47. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología*, 1992, pp. 22 s. y 86; JESCHECK, H.-H., PG, I, 1982, p. 62.

el delito como tipo de injusto representa una clase de hecho jurídico-penalmente desvalorado.<sup>48</sup>

Por lo que respecta a la Política criminal, Heinz Zipf la definió en su momento como la “obtención y realización de las previsiones del ordenamiento en el ámbito de la justicia penal”.<sup>49</sup> Al ámbito de la Política criminal pertenecen, según Zipf, la determinación de la función y el fin de la justicia penal en el marco de las líneas básicas decisivas, la elaboración y decisión de un determinado modelo de regulación en este ámbito (decisión político-criminal básica), su configuración práctica de la mano del establecimiento de objetivos y su comprobación práctica sobre la base de posibilidades de mejora (realización del concepto político-criminal en particular). En este marco, a la Política criminal se le confiere la misión de controlar y, en su caso, crear ex novo el ámbito jurídico-penal, así como garantizar la implicación del Derecho penal en la persecución penal y el proceso penal en el marco de la lucha contra el delito, la reparación de las consecuencias del delito y de las perspectivas de la Política criminal futura.<sup>50</sup>

## B) Sobre la relación entre Dogmática jurídico-penal y Política criminal

Como acaba de exponerse, la Política criminal y la Dogmática jurídico-penal constituyen dos disciplinas penales diferentes. Ambas difieren tanto en su objeto como en su método. La Dogmática penal es una ciencia hermenéutica, que sirve a la sistematización y a la interpretación del derecho vigente. El objeto de la Dogmática es, por tanto, el Derecho vigente. No lo es, sin embargo, de la Política criminal. El derecho positivo representa para esta segunda disciplina una salida para el desarrollo y la realización de las representaciones consideradas correctas.

48. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología*, 1992, p.86; JESCHECK, H.-H., PG, I, 1982, p. 58.

49. ZIPF, H., *Kriminalpolitik*, 2ª ed., 1980, § 1, p. 7. Otras definiciones de Política Criminal, todas ellas próximas a la de este autor, se encuentran en ZIPF, H., op. cit., § 1, pp. 4 s.

50. ZIPF, H., *Kriminalpolitik*, 2ª ed., 1980, § 1, p. 7.

La Política criminal es una clase de ciencia distinta a la Dogmática, además, porque los criterios empleados en este ámbito para determinar si algo debe ser considerado verdadero o falso son diferentes.<sup>51</sup> La configuración de la Dogmática jurídico-penal y la Política criminal como disciplinas distintas no debe prejuzgar, sin embargo, la resolución de la cuestión relativa a la clase de relación existente entre ambas disciplinas.<sup>52</sup> La cuestión es, más bien, la siguiente: la Dogmática jurídico-penal, ¿debe llevar a cabo su función exegética y de desarrollo continuador del derecho positivo teniendo en cuenta los principios de Política criminal, o bien, por el contrario, debe ignorarlos? La Política criminal, ¿debe tener en cuenta para la determinación de objetivos en la lucha contra la delincuencia las reglas de la Dogmática jurídico-penal? Desde la concepción del la Dogmática jurídico-penal que en esta investigación se estima preferible, se considera que la interpretación de la ley y la construcción de conceptos dogmáticos deben realizarse con orientación a sus consecuencias político-criminales.<sup>53</sup> En este sentido, resultan enteramente compatible las tesis defendidas sobre el particular desde los años 70 por ROXIN y ZIPF.

#### a) ROXIN

En su obra programática *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*,<sup>54</sup> ROXIN considera que todas las categorías del delito cumplen una función político-criminal. De este modo, los conflictos que se susciten en el marco de cada categoría deben ser resueltos teniendo en cuenta la finalidad político-criminal de la categoría que corresponda. Tanto para el positivismo jurídico de la Escuela clásica como para el positivismo naturalista de

51. ZIPF, H., *Kriminalpolitik*, 2ª ed., 1980, § 1, p. 8; EL MISMO, "Literaturbericht: Kriminalpolitik", *ZStW* 89 (1977), p. 708; ROXIN, C., *PG*, I, 1997, § 7/69.

52. ZIPF, H., *Kriminalpolitik*, 2ª ed., 1980, § 1, p. 8.

53. Defiende idéntico punto de vista, considerando absolutamente dominante en la doctrina actual la idea de que la Política criminal constituye un pilar básico de la construcción del sistema dogmático, ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* 2003, p. 28.

54. 1ª edición: 1970; 2ª edición: 1973.

la dirección moderna de von Liszt, la misión que le corresponde a la Ciencia del Derecho penal es la de comprender delito y pena como generalizaciones conceptuales en una consideración puramente técnico-jurídica y desarrollar en un sistema cerrado los preceptos concretos de la ley, ascendiendo hasta los últimos principios y conceptos fundamentales. Desde esta última perspectiva, la misión del trabajo sistemático en Derecho penal debe ser ajena, e incluso contraria, a toda finalidad político-criminal.<sup>55</sup> El positivismo se caracteriza, de este modo, por situar fuera del ámbito de lo jurídico las dimensiones de lo social y lo político. El positivismo separa, por tanto, la Ciencia del Derecho penal en sentido estricto de la Política criminal, de modo que esta última disciplina no debería desempeñar papel alguno en el análisis del derecho positivo, sino, únicamente, en la determinación y ejecución de la pena y para las propuestas de *lege ferenda*.<sup>56</sup> En opinión de Roxin, esta separación entre Dogmática y Política criminal dimanante del esquema positivista debe ser objeto de superación.<sup>57</sup>

Según ROXIN, Dogmática jurídico-penal y Política criminal no pueden ser escindidas, porque, en realidad, “los problemas político-criminales configuran el contenido propio también de la teoría general del delito”.<sup>58</sup> Todas las cuestiones conflictivas que se suscitan en el ámbito de las distintas categorías de la teoría del delito serían para ROXIN, en realidad, problemas de Política criminal. El propio principio *nullum crimen sine leg*

55. ROXIN, C., *Política Criminal*, 1972, p. 17.

56. ROXIN, C., *Política Criminal*, 1972, p. 25.

57. También considera que “en la propuesta metodológica de ROXIN late una visión de la dogmática jurídico-penal ciertamente superadora del modelo positivista, y orientada a poner de relieve los aspectos creadores de la misma” SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Política criminal en la Dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites”, en EL MISMO (ed.), LH-Roxin, 1997, p. 18. Sobre la función creadora del derecho de la Dogmática jurídico-penal en el marco del llamado “desarrollo continuador del derecho” como superación del esquema positivista que concebía la aplicación del derecho como un mero proceso lógico-deductivo de subsunción formal, *vid.*, entre otros, BALDÓ LAVILLA, F., “Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (ed.), LH-Roxin, 1997, pp. 357 ss.

58. ROXIN, C., *Política Criminal*, 1972, p. 27.

constituye a su juicio, además de una garantía liberal de naturaleza política y jurídica en favor del individuo, un instrumento de configuración social de alta significación, esto es, un instrumento de Política criminal.<sup>59</sup> A juicio de ROXIN, “el camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del Derecho penal”,<sup>60</sup> ya que la orientación a finalidades político-criminales constituye, junto a la claridad y ordenación conceptual y la referencia a la realidad, uno de los tres requisitos fundamentales que debe exigirse de todo sistema fructífero.<sup>61</sup> ROXIN concibe el Derecho penal, en suma, como “la forma en la que las finalidades político-criminales se transforman en módulos de vigencia jurídica. Si se estructura la teoría del delito en este sentido teleológicamente, desaparecerán las objeciones que se formulan contra la dogmática abstracto-conceptual, proveniente de los tiempos positivistas. Una desvinculación entre construcción dogmática y exactitud político-criminal es, desde un principio, imposible (...)”. Esta penetración de la Política criminal en el ámbito jurídico de la Ciencia del Derecho penal se produce en Roxin sin menoscabo del pensamiento sistemático. En efecto, Roxin no renuncia a la idea de sistema en Derecho penal, porque las relaciones internas de un sector jurídico son puestas de relieve de un modo más claro y con mayor grado de seguridad jurídica por medio de un sistema teleológico que mediante uno que resulte de abstracciones o de axiomas.<sup>62</sup>

#### b) ZIPF

También ZIPF es del parecer de que Política criminal y Dogmática jurídico-penal, pese a conservar su autonomía,<sup>63</sup> deben implicarse recíprocamente de múltiples formas en un proceso

59. ROXIN, C., *Política Criminal*, 1972, p. 27.

60. ROXIN, C., *Política Criminal*, 1972, p. 33.

61. ROXIN, C., *Política Criminal*, 1972, p. 39.

62. ROXIN, C., *Política Criminal*, 1972, pp. 77 s.

63. ZIPF, H., *Kriminalpolitik*, 2ª ed., 1980, § 1, pp. 7 y 11; EL MISMO, ZStW 89 (1977), pp. 708 s.

de realización del Derecho penal entendido como unidad funcional. Según ZIPF, la Política criminal y la Dogmática constituyen dos disciplinas diferentes que, sin embargo, se complementan mutuamente desde diversos puntos de vista. De este modo, es misión de la Dogmática, en el marco de la Política criminal, elaborar posibles soluciones sistemáticas para la determinación de objetivos político-criminales. La Política criminal, por su parte, está obligada a tomar sus decisiones en consonancia con el desarrollo de la Dogmática, así como, al revés, la Dogmática debe desarrollar sus soluciones en el marco de la toda la concepción político-criminal, puesto que su capacidad de rendimiento también se mide atendiendo a su valor para la realización de los objetivos político-criminales.<sup>64</sup>

### 2.3.3. ¿Debe tener la Política criminal base criminológica?

#### A) Concepto de Criminología

En su variante clásica, la Criminología consiste en una disciplina que informa sobre el delito,<sup>65</sup> el delincuente y el mundo que le circunda, y a la víctima como fenómenos de la realidad,<sup>66</sup> sirviéndose de métodos de distintas ciencias naturales y sociales,<sup>67</sup> y cuya principal finalidad consiste en explicar las causas (*etiología criminal*) o las formas de aparición (*fenomenología criminal*) del delito como un fenómeno empírico, como una realidad natural individual (*Antropología o Biología*

64. ZIPF, H., *Kriminalpolitik*, 2ª ed., 1980, § 1, p. 9.

65. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología*, 1992, p. 86; HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F., *Introducción*, 1989, p. 27, distinguiendo entre “criminalidad” (“conjunto de todas las acciones u omisiones punibles dentro de un determinado ámbito temporal y especial”) y “delito” (“comportamiento punible de una determinada persona”) como las dos diferentes formas (social o individual) que puede adoptar el delito como hecho empírico; KAISER, G., *Kriminologie*, 4ª ed., 1979, p. 1.

66. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología*, 1992, p. 86; JESCHECK, H.-H., PG, I, 1982, pp. 57 y 62.

67. MIR PUIG, S., PG, 7ª ed., 2004, 1/29 s.; CEREZO MIR, J., PG, I, 5ª ed., 1997, pp. 73 s.; LUZÓN PEÑA, D.M., PG, I, 1986, pp. 106 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación*, 1992, p. 48, nota 22; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología*, 1992, pp.23 ss.

y *Psicología o Psiquiatría Criminal*) o social (*Sociología o Estadística Criminal*), a fin de aportar conocimientos contrastados que permitan comprender y evitar científicamente el delito interviniendo con eficacia en el delincuente.<sup>68</sup> Entendida de este modo, la Criminología constituye una disciplina esencialmente fáctica, del ser.<sup>69</sup> La Criminología clásica ha dado paso recientemente a una segunda forma de pensamiento criminológico, la nueva Criminología o Criminología crítica, que se erige en disciplina de contenido esencialmente valorativo centrada en el estudio sociológico de las instancias de control penal (Sociología del sistema penal).<sup>70</sup>

## B) Sobre la relación entre la Política criminal y la Criminología

Debido a la heterogeneidad de los elementos que conforman la Criminología, no resulta sencillo determinar en qué clase de relación se encuentra esta disciplina con la Política criminal. Si la Criminología es concebida en el sentido empírico de la Criminología clásica, entonces le puede ser opuesta una Política criminal valorativa. Si se entiende, en cambio, en el sentido valorativo de la Criminología crítica, entonces la Criminología y la Política criminal se solapan. Por otra parte, podría pensarse

68. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología*, 1992, p. 71; KAISER, G., *Kriminologie*, 4ª ed., 1979, pp. 1 y 8.

69. MIR PUIG, S., PG, 7ª ed., 2004, 1/28 s.; CEREZO MIR, J., PG, I, 5ª ed., 1997, pp. 64 ss.; LUZÓN PEÑA, D.M., PG, I, 1986, pp. 104 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación*, 1992, p. 48.

70. MIR PUIG, S., PG, 7ª ed., 2004, 1/29s.; CEREZO MIR, J., PG, I, 5ª ed., 1997, pp. 73 s.; LUZÓN PEÑA, D.M., PG, I, 1986, pp. 106 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación*, 1992, p. 48, nota 22; SCHNEIDER, H.J., *Kriminologie*, 2ª ed., 1977, pp. 17 ss.; KAISER, G., *Kriminologie*, 4ª ed., 1979, p. 2. Asimismo, la doctrina alude con frecuencia a un concepto estricto y un concepto amplio de Criminología. De acuerdo con el concepto estricto, la Criminología tendría por objeto el derecho positivo, mientras que de acuerdo con el concepto amplio consistiría en el estudio no sólo del derecho positivo, sino también de su infracción, de los mecanismos legales de control policial y judicial y de las modificaciones legales (perspectiva de *lege ferenda*). Defienden un concepto amplio de Criminología KAISER, G., *Kriminologie*, 4ª ed., 1979, p. 3. En sentido parecido SCHNEIDER, H.J., *Kriminologie*, 2ª ed., 1977, pp. 17 ss.

que la relación de la Criminología con la Política criminal es, en realidad, una concreción de otra relación entre dos clases de disciplinas de contenido más amplio: las ciencias sociales y la política social. Sin embargo, es preciso señalar que ni la Política criminal constituye simplemente una parte de la política social, ni la Criminología puede ser contemplada meramente como una parte de las ciencias sociales. Porque esta segunda disciplina, junto a la Sociología Criminal, presenta también los componentes antropológico-biológicos. Si el concepto de la Criminología se lleva, en todo caso, tan lejos que comprenda tanto la investigación empírica como el desarrollo de conceptos político-criminales teóricos, entonces dentro de una Criminología concebida de un modo tan extenso debe distinguirse, de nuevo, entre una Criminología elaborada empíricamente y otra de contenido esencialmente teórico, volviéndose a reproducir —en cualquier caso dentro del supraconcepto de Criminología—, de este modo, la necesidad de distinguir entre una Criminología entendida en sentido estricto —esto es, una Criminología empírica— y la Política criminal.<sup>71</sup>

La Política criminal debe tener como punto de apoyo la Criminología. Aunque no se trata del único factor que debe ser tenido en consideración, cualquier decisión que pueda adoptarse en un proceso legiferante debe tener como punto de partida la observación de la delincuencia como hecho de la realidad empírica. Sin embargo, ello no sólo no significa que la Criminología forme parte de la Política criminal, sino que, al contrario, presupone que se trata de dos disciplinas diferentes y autónomas. Aunque, ciertamente, cuando se hace Política criminal los datos criminológicos deben ser objeto de consideración y valoración, no lo es menos que de éstas no resulta de modo automático la determinación de un determinado objetivo político-criminal y un concreto programa político-criminal de realización. Como apuntó con acierto Driendl, “la Criminología no pone a disposición un arsenal de datos susceptibles de ser empleados que puedan ser transformados en procesos jurídicos de normativización sin una decisión valorativa

71. ZIPF, H., *Kriminalpolitik*, 2ª ed., 1980, § 1, p. 13.

adicional”.<sup>72</sup> La realización de los objetivos político-criminales requiere necesariamente de la adopción de decisiones valorativas. Estas decisiones valorativas no resultan sin más de los datos empíricos de la realidad, esto es, del ser, sino que deben ser adoptadas de acuerdo con baremos objetivos. Lo que debe ser no puede derivarse de lo que es, sino de la decisión en favor de una determinada posibilidad de configuración. La Política criminal no es una ciencia ontológica, del ser, sino una ciencia axiológica, valorativa. En la Política criminal, lo que domina es la valoración. La Política criminal siempre se encuentra referida a valores. Los componentes ontológicos de naturaleza criminológica presentes en la Criminología se encuentran subordinados como relaciones ontológicas a la determinación de objetivos político-criminales. De nada sirve la Criminología en su condición de análisis del delito como parte de la realidad empírica sino para poner de relieve la existencia de aspectos necesitados de reforma legal.<sup>73</sup>

La tesis de la Criminología como disciplina distinta a la Política criminal y separada de ésta no es, sin embargo, la única que se ha defendido sobre la relación entre ambas disciplinas. Frente a la concepción de la Criminología como disciplina meramente explicativa separada de la Criminología, una segunda dirección la contempla, en cambio, como una disciplina que también comprende en su seno a la Política criminal. Se trata de la dirección de la llamada “Escuela Austríaca”, de la que forman parte, entre otros, SEELIG y WEINDLER. Según esta dirección, la Criminología no sólo cumpliría la función de explicar el delito como hecho empírico, sino que tendría por finalidad, sobre todo, luchar contra la Criminalidad. Así entendida, la Criminología ya estaría preparada para hacer frente a las críticas que la acusan de consistir en una disciplina con-

72. DRIENDL, J., “Wege zur Behandlung der Bagatelldelinquenz in Österreich und der Schweiz”, ZStW 90 (1978), p. 1024.

73. ZIPF, H., *Kriminalpolitik*, 2ª ed., 1980, § 1, p. 14.

servadora puesta al servicio del mero mantenimiento del *statu quo* sin pretensiones de transformarlo.<sup>74</sup>

Por mi parte, considero, ciertamente, que de nada serviría una Criminología que no pudiera servir a la transformación de la sociedad por medio de la evitación de delitos. Pero también es cierto que este objetivo no puede ser conseguido sin necesidad de integrar la Política criminal en la Criminología, o la Criminología en la Política criminal. En mi opinión, es preferible concebir la Política criminal como una disciplina con base criminológica, pero separada de ésta. Es decir, como una disciplina en la que los principios y los valores penales al servicio de la toma de una decisión político-criminal encuentren su inspiración en los datos empíricos ofrecidos por la Criminología, pero autónoma de esta última. Como dice GARCÍA-PABLOS DE MOLINA,<sup>75</sup> para poder dar respuesta científica al delito es necesario desarrollar un procedimiento que consta de tres fases. La primera fase consiste en la explicación del delito como hecho de la realidad mediante la aplicación de un método empírico. Esta explicación correrá a cargo de la Criminología. La segunda fase es de naturaleza decisional. A partir de los datos empíricos sobre el delito ofrecidos por la Criminología, se trata ahora de valorarlos con el fin de elaborar programas y tomar decisiones para combatirlo. Es una tarea cuyo desarrollo le corresponde a la Política criminal. La tercera y última fase de la lucha contra el delito vendrá determinada por la concreción de las decisiones y los programas político-criminales en el derecho positivo. Esta función le corresponderá cumplirla al Derecho penal. La Política criminal y el Derecho penal deben hacer uso, por tanto, de los datos que les suministra la Criminología. Ello, sin embargo, no siempre ha ocurrido.<sup>76</sup>

74. Sobre todo lo anterior, *vid.* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología*, 1992, pp. 76 ss.

75. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología*, 1992, p. 121.

76. HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F., *Introducción*, 1989, p. 34.

#### 2.3.4. ¿Puede influir la Criminología en la interpretación de los tipos? Sobre la relación entre Dogmática jurídico-penal y Criminología

##### A) Introducción

A la vista de lo anteriormente expuesto, puede comprobarse como en este trabajo se parte de un modelo de Dogmática jurídico-penal abierta a los principios de una Política criminal valorativa apoyada en la investigación criminológica. Esta doble conclusión conduce a una primera conclusión que afecta a la relación entre Dogmática jurídico-penal y Criminología: no se trata de dos disciplinas completamente desconectadas. En efecto, si la Dogmática debe orientarse a la Política criminal, y ésta última se asienta —al menos en parte— sobre los resultados arrojados por la Criminología, entonces deberá admitirse que, cuando menos mediatamente a través del “puente” que le presta la Política criminal, la Criminología incide en la Dogmática jurídico-penal.<sup>77</sup> ¿Significa ello que debe preferirse una Ciencia del Derecho penal abierta a la Criminología? ¿O bien es preferible, por el contrario, una Ciencia del Derecho penal que no admita la influencia de la realidad empírica? Dogmática jurídico-penal y Criminología tienen en común su objeto de estudio: el Derecho penal. No obstante ello, lo cierto es, sin embargo, que en la actualidad nadie discute razonablemente que estas dos disciplinas constituyen, en realidad, dos disciplinas distintas y separadas.<sup>78</sup>

El origen de la cuestión relativa a la autonomía de la Criminología con respecto al Derecho penal se encuentra íntimamente relacionado con la aparición de la Criminología positivista. En efecto, tanto el Derecho penal de la Scuola Positiva italiana como la Escuela moderna de Derecho penal alemana de VON LISZT pretendieron convertirse en

77. ZIPF, H., ZStW 89 (1977), p. 709.

78. En este sentido SCHNEIDER, H.J., *Kriminologie*, 2ª ed., 1977, pp. 22 ss., que describe a la Criminología como una “ciencia interdisciplinaria autónoma”. También declara la autonomía de la Criminología KAISER, G., *Kriminologie*, 4ª ed., 1979, p. 3.

planteamientos alternativos a los propuestos por la Escuela clásica. La lucha contra la criminalidad no podía ser librada con eficacia desde un Derecho penal desconocedor de la realidad por encontrarse anclado en el análisis lógico-formal del derecho positivo por medio de la aplicación de un método racional-deductivo y abstracto. Se imponía una contemplación inductiva del delito como hecho empírico. La disciplina encargada de proporcionar una tal contemplación del delito era la Criminología. Ello sucedió sobre todo en el caso de la *Scuola positiva* italiana, donde el Derecho penal dejó de tener por objeto el delito como parte integrante del derecho positivo para pasar a estar constituido por el delito como hecho de la realidad empírica. La *Scuola Positiva* vino a representar la sustitución del Derecho penal por la Criminología. O más bien: la defensa de la idea de que Derecho penal y Criminología eran dos disciplinas indisolublemente unidas. No en vano, uno de los máximos defensores de la integración de la Criminología en el Derecho penal fue Ferri. Desde la Escuela clásica se opuso que no resultaba posible integrar una disciplina empírica en otra jurídica porque sus respectivos métodos, el empírico y el jurídico, gozaban de autonomía propia.<sup>79</sup>

Ello no quiere decir, sin embargo, que la Criminología y la Dogmática no guarden relación alguna. Antes al contrario, ambas disciplinas se hallan en una relación de conexión recíproca.<sup>80</sup> En efecto: el criminólogo debe tener en cuenta las conclusiones de la Dogmática jurídico-penal, y el dogmático debe conocer los datos que ofrece la Criminología.

79. Sobre todo lo anterior, *vid.* LARRAURI PIJOAN, E., “¿Para qué sirve la Criminología?”, CDJ 1999 (IV), p. 21.

80. KAISER, G., *Kriminologie*, 4ª ed., 1979, p. 23. Sobre la relación entre Dogmática jurídico-penal y Criminología, véase, entre otros, los trabajos, ya clásicos, de Kaufmann, H., “¿Qué deja en pie la Criminología del Derecho penal?”, ADPCP 1963, pp. 235 ss., y de SÁINZ CANTERO, J.A., “Derecho penal y Criminología”, RGLJ 1958, pp. 199 ss.

B) El criminólogo debe tener en cuenta las conclusiones de la Dogmática jurídico-penal

Como ya se ha mencionado *supra*, la Criminología también tiene por objeto el delito. Debido a ello, el criminólogo debe conocer cuáles son las conductas catalogadas como tal por un ordenamiento jurídico concreto en el momento en que se lleve a cabo el análisis criminológico.<sup>81</sup> Así, por ejemplo, apunta LARRAURI PIJOAN que en una determinada etapa del pensamiento criminológico, hoy superada, de la circunstancia consistente en que la Criminología debía tener por objeto la aportación de conocimientos empíricos sobre los delitos previstos en el derecho positivo se dedujo que la Criminología era una disciplina meramente *auxiliar* del Derecho penal. En opinión de LARRAURI PIJOAN, esta concepción de la Criminología como disciplina meramente auxiliar del Derecho penal resulta muy discutible, porque hace depender al Criminólogo del concreto criterio de lesividad acogido por el legislador, y priva al primero de la posibilidad de analizar aquellas conductas lesivas o desviadas que no han sido previstas como delito por el legislador.<sup>82</sup>

Sin embargo, puesto que la determinación de si una determinada conducta constituye o no delito no consiste en una simple operación de subsunción del correspondiente supuesto de hecho en uno u otro precepto de la Parte Especial del Código penal, el criminólogo debe tener unos mínimos conocimientos dogmáticos para poder conocer cuándo una conducta es constitutiva de delito de acuerdo con lo dispuesto por el derecho positivo. En caso contrario difícilmente podrá saber cuáles son las causas o las posibles modalidades de ese delito como hecho empírico.<sup>83</sup> Así las cosas, si se concibe la Criminología como una ciencia práctica <sup>84</sup> llamada a servir de punto de apoyo a la

81. CEREZO MIR, J., PG, I, 5ª ed., 1997, pp. 64 s.

82. LARRAURI PIJOAN, E., CDJ 1999 (IV), pp. 21 s.

83. LUZÓN PEÑA, D.M., PG, I, 1996, p. 105.

84. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología*, 1992, p. 74; SCHNEIDER, H.J., *Kriminologie*, 2ª ed., 1977, p. 20.

Dogmática jurídico-penal,<sup>85</sup> entonces el conocimiento que proporciona la Dogmática jurídico-penal constituye, en realidad, un presupuesto del conocimiento criminológico.

A pesar de que es frecuente atribuir a la Criminología la condición de disciplina meramente descriptiva, lo correcto es concebirla, en cambio, como una ciencia de naturaleza práctica. La Criminología, en efecto, debe describir la realidad de un modo preciso. Pero no debe limitarse a su descripción, sino que también debe interpretarla,<sup>86</sup> en aras de poder determinar cuáles son los factores que provocan la aparición del delito para combatirlo como problema social. La finalidad práctica de la Criminología se distingue de aquélla a la que se encuentra orientada la Dogmática jurídico-penal, sin embargo, en que es de carácter indirecto y más general. Es de carácter indirecto porque se deriva, en realidad, de la orientación a la Política Criminal de la Criminología, hasta el punto de que quizá quepa considerar que no constituye una función propia de la Criminología entendida como mera descripción del delito como hecho empírico, sino de la Política Criminal como disciplina normativa. Y es más general porque no concreta cuáles deben ser las medidas a adoptar para la evitación del delito, sino que se limita a declarar a poner de manifiesto la existencia de necesidades político-criminales generales. La concreción de estas medidas tiene lugar en el Derecho penal, y su interpretación y desarrollo continuador en la Dogmática jurídico-penal como disciplina enteramente normativa.

### C) El dogmático debe conocer los datos derivados del análisis criminológico

La relación entre Dogmática y Criminología también se produce, sin embargo, en la dirección contraria a la acabada de exponer. No cabe duda, en primer lugar, de que el conocimiento de los factores criminógenos de cada constelación delictiva, de

85. CEREZO MIR, J., PG, I, 5ª ed., 1997, p. 76.

86. De esta opinión LARRAURI PIJOAN, E., CDJ 1999 (IV), p. 36.

las particularidades de cada clase de delincuente o de las posibles causas de alteración de las tasas de criminalidad constituyen datos que deben ser tenidos en cuenta en la toma de decisiones político-criminales y en el proceso de elaboración de las leyes si se pretende que las proposiciones jurídicas se adecuen a la realidad (función de *lege ferenda*).<sup>87</sup> Pero la incidencia de la Criminología en el Derecho penal no se agota en el plano de las propuestas de reforma. En la medida en que el conocimiento de los datos empíricos de la Criminología permita conocer no sólo cuáles son las iniciativas legislativas que podrían resultar convenientes en aras de una protección eficaz de los bienes jurídico-penales, sino también cuál es la Política criminal de la que se ha hecho eco el derecho positivo, aquel conocimiento también resultará útil para interpretar los tipos penales (función de *lege lata*).<sup>88</sup> Puesto que la Criminología no consiste en una mera disciplina de significado teórico, la Dogmática no puede consistir en la construcción de un sistema axiomático cerrado que imponga una interpretación meramente lógico-formal de las normas de Derecho positivo. Se considera preferible un sistema dogmático abierto en el que sea posible operar con criterios lógico-materiales que permita la existencia de un espacio destinado a la incidencia de los valores<sup>89</sup> y los principios de Política criminal, y que no subestime la importancia del conocimiento de la realidad social. Un tal sistema permitirá una interpretación teleológica y valorativa de los tipos de acuerdo con consideraciones político-criminales.<sup>90</sup>

HASSEMER llama la atención sobre la importancia de que el penalista no desprecie las valiosas aportaciones de la Criminología. HASSEMER advierte, sin embargo, que esta subestimación se produce, de hecho, en la realidad. La expli-

87. LUZÓN PEÑA, D.M., PG, I, 1996, p. 105; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación*, 1992, pp. 98 ss.; HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F., *Introducción*, 1989, p. 27; JESCHECK, H.-H., PG, I, 1982, p. 63.

88. HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F., *Introducción*, 1989, p. 27.

89. JESCHECK, H.-H., PG, I, 1982, p. 63.

90. LUZÓN PEÑA, D.M., PG, I, 1996, p. 105; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación*, 1992, pp. 99 ss.

cación más plausible que para Hassemer tiene el fenómeno consistente en que la Dogmática jurídico-penal tenga mucha mayor presencia en el Derecho penal que la Criminología es la siguiente: mientras que comprender las normas penales resulta fácil por la posibilidad de consultar leyes, comentarios de jurisprudencia o manuales que sistematizan meticulosamente su contenido, no resulta tan sencillo conocer el delito como hecho empírico, ya que se trata de una clase de conocimiento que “no es todavía disponible o, cuando menos, no está todavía científicamente asegurado”.<sup>91</sup>

Por lo demás, es sabido que la influencia que la Criminología puede ejercer indirectamente sobre la Dogmática jurídico-penal por medio de la incidencia de una Política criminal de base criminológica en el Derecho positivo se encuentra presente en todos los Códigos penales de nuestro contexto cultural. El Código penal español y el StGB alemán, por ejemplo, no son una excepción a ese planteamiento. Ambos textos legales toman en consideración para la determinación de la pena ciertos elementos referidos al autor del hecho típico —no, por tanto, del hecho típico mismo—, esto es, determinados elementos personales del sujeto activo. Esta toma en consideración se produce tanto en la Parte General como en la Parte Especial de los respectivos textos. Algunos de estos elementos personales son la condición de delincuente “reincidente”, “habitual” o “profesional” del autor u otras “circunstancias personales del sujeto”. Se trata de elementos que describen ciertas cualidades del autor que lo convierten en un sujeto especialmente peligroso. Sin perjuicio de que los más destacados supuestos en que ello sucede sean enunciados en otro lugar del presente trabajo, interesa en este punto advertir que, en su condición de datos de la realidad empírica, todos estos elementos típicos de naturaleza criminológica constituyen, al mismo tiempo, el objeto de análisis de una de las teorías más representativas de la Criminología clásica: la “teoría de la formación de tipos de autor”. A la luz de esta teoría criminológica, que tiene por objeto clasifi-

91. HASSEMER, W., *Fundamentos*, 1984, pp. 33 s.

car a los autores de un delito de acuerdo con una serie de criterios a fin de determinar el concreto grado de peligrosidad de cada clase de autor,<sup>92</sup> el delincuente profesional, el reincidente y el habitual se presentan desde un punto de vista estadístico como delincuentes cuya peligrosidad social es superior a la del resto de delincuentes. Un Derecho penal orientado a las consecuencias<sup>93</sup> y que pretenda luchar eficazmente contra el delito no puede contentarse con la mera constatación empírica de la mayor peligrosidad abstracta de estos dos tipos de autor como hecho perteneciente a la realidad fenomenológica. Es preciso que esta mayor peligrosidad de algunos sujetos se materialice en derecho positivo. Esta materialización se produce en la forma de tipos penales que disponen para el delincuente reincidente, habitual o profesional una pena superior a la prevista para el delincuente ocasional, aunque el hecho concreto cometido sea exactamente el mismo. Convertida en derecho positivo, la especial peligrosidad de los tipos criminológicos de autor de referencia pasará a constituir, además, la *ratio legis* de los tipos penales en que se encuentran recogidos. Ésta será la guía que servirá para orientar su interpretación teleológico-objetiva. En conclusión: de acuerdo con este planteamiento, parece que una correcta interpretación teleológica de los tipos penales cuyos respectivos sujetos activos responden a una determinada tipología criminológica de autor (como, por ejemplo, la del delincuente reincidente, habitual o profe-

92. Y que también será objeto de profundización y valoración crítica *infra*.

93. La importancia que la consideración de los datos empíricos ofrecidos por la Criminología sobre el autor del delito tienen para la teoría de la pena en el marco de un Derecho penal orientado a las consecuencias ha sido puesta de manifiesto por HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F., *Introducción*, 1989, p. 36. Sobre la importancia de los conocimientos empíricos proporcionados por la Criminología para un Derecho penal orientado a las consecuencias frente a la escasa relevancia su escasa relevancia para, por ejemplo, un Derecho penal inspirado en principios teocráticos o en la realización de un "mínimo ético", *vid.* HASSEMER, W., *Fundamentos*, 1984, pp. 34 ss. *Vid.* también sobre esto LARRAURI PIJOAN, E., CDJ 1999 (IV), p. 37.

sional) obliga al dogmático a tener un mínimo conocimiento de dichos tipos criminológico de autor.<sup>94</sup>

La idea de que entre Dogmática jurídico-penal y Criminología existe una relación de doble sentido parece sugerir que ambas disciplinas se encuentran vinculadas por un nexo de unión que las sitúa en el marco de una tercera supradisciplina genérica. No en vano, algún autor se ha pronunciado entre nosotros a favor de concebir la Ciencia penal en un sentido total o globalizador integrador de la Criminología y el Derecho penal.<sup>95</sup> Según esta línea de pensamiento, comprender y controlar eficazmente la criminalidad requiere tanto de la especulación teórica como del análisis empírico. Criminología y Dogmática jurídico-penal serían, en este sentido, dos disciplinas en cierto modo inseparables. Un Derecho penal desvinculado de la investigación criminológica sería un Derecho penal despectivo con la realidad. Una Criminología desvinculada del Derecho penal sería una Criminología que prescindiría del único instrumento capaz de hacer posible la aplicación práctica del saber empírico con absoluto respeto de las garantías de seguridad e igualdad que rigen en un Estado de Derecho. Así entendido, el Derecho penal contribuye a limitar las pretensiones de cualquier Política criminal de substrato empírico.<sup>96</sup> En palabras de JESCHECK: "(...) las ciencias penales se hallan ancladas, por un lado, en las ciencias sociales y, por otro, en las ciencias naturales. Desde el punto de vista de política científica, la principal tarea que se impone en toda esta materia estriba en lograr la unidad de las Ciencias Penales mediante una concepción integradora de las distintas especialidades, un intercambio continuo de sus planteamientos y resultados y una conexión sistemática de todas las disciplinas particulares. Sólo una estrecha y organizada colaboración permite esperar que el Derecho penal y la Criminología puedan responder a los pro-

94. LUZÓN PEÑA, D.M., PG, I, 1996, p. 105. En un sentido más genérico SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación*, 1992, p. 97; HASSEMER, W., *Fundamentos*, 1984, pp. 40 s.

95. Se trata de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología*, 1992, pp. 87 s.

96. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología*, 1992, pp. 87 s.

blemas actuales de un orden social sometido a un cambio vertiginoso. El Derecho penal sin la Criminología es ciego, la Criminología sin el Derecho penal inútil”.<sup>97</sup>

En atención a lo anteriormente expuesto, parece que debe reconocerse que la Dogmática jurídico-penal no puede articularse completamente de espaldas a la Criminología. No obstante, tampoco resulta correcto situar la relación entre ambas disciplinas en el extremo opuesto. Esto es, convertir a la Dogmática jurídico-penal en una disciplina dependiente de la Criminología. Resulta evidente que la Dogmática jurídico-penal no puede depender de la Criminología, ya que ello supondría poner en tela de juicio al Derecho penal como disciplina autónoma.<sup>98</sup> Una hipotética dependencia de la Dogmática con respecto a la Criminología supondría, además, obviar la circunstancia de que ambas disciplinas son ciencias de naturaleza diferente. Mientras que la Dogmática jurídico-penal es una ciencia normativa, la Criminología constituye —al menos en su variante clásica— una ciencia de orden empírico, una ciencia de los hechos.<sup>99</sup> Dogmática jurídico-penal y se mueven, por tanto, en dos planos cualitativamente distintos: la primera, en un plano valorativo, comprensivo del sentido de los tipos; la segunda, en un plano estrictamente descriptivo de los hechos de la realidad. La decisión sobre cuándo una conducta o un resultado debe imputarse objetiva y subjetivamente a un sujeto, o sobre cuándo la intervención de un sujeto en la realización de un tipo debe serle imputada como una aportación de autoría o de participación, no puede adoptarse partiendo exclusivamente de la conducta como hecho naturalístico perteneciente a la realidad ontológica. Las normas penales participan de una doble naturaleza: son normas imperativas, pero también son valoraciones. Las normas penales pretenden motivar a sus destinatarios para que no cometan delitos o faltas. Los delitos

97. JESCHECK, H.-H., PG, I, 1982, p. 57.

98. Sobre el carácter autónomo o accesorio del Derecho penal, pronunciándose a favor del primero, *vid.*, por todos, LUZÓN PEÑA, D.M., PG, I, 1996, pp. 71 ss.

99. LUZÓN PEÑA, D.M., PG, I, 1996, p. 105; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación*, 1992, pp. 97 ss.

y las faltas son conductas que atentan contra intereses (bienes jurídicos) respecto de los que el legislador realiza una valoración positiva. Como consecuencia de ello, el legislador desvalora (valora negativamente) las conductas que lesionan o ponen en peligro alguno de aquellos intereses valorados positivamente.<sup>100</sup> A partir de esta premisa, no resulta complicado advertir que todo aquello que determina el sentido de un precepto tiene, en realidad, naturaleza valorativa. Del mismo modo, todo aquello para lo que puede resultar útil la Dogmática jurídico-penal constituye, en realidad, una valoración. Como recientemente ha puesto de manifiesto MIR PUIG, “en alguna medida, toda interpretación de la ley supone, pues, algún grado de imputación, como atribución de significado. Y la afirmación de cada una de las categorías dogmáticas del delito también encierra su imputación”.<sup>101</sup>

Así, por ejemplo, el juicio de imputación objetiva y subjetiva de una conducta a un sujeto, el juicio de imputación objetiva y subjetiva de un resultado a una conducta, el juicio de imputación correspondiente a si la intervención de un sujeto en un hecho típico y antijurídico debe serle imputada a un sujeto a título de autoría o de participación, o, finalmente, el juicio de imputación relativo a si es posible imputarle personalmente a un sujeto una acción típica y antijurídica como la infracción de una norma penal en condiciones de normalidad motivacional, tienen en común que son juicios de imputación. Cuando el dogmático lleva a cabo uno de estos juicios de imputación, no se limita a describir la relación existente entre una conducta y un sujeto, o entre un resultado y una conducta, sino que realiza una valoración. Así, por ejemplo, cuando se dice que una conducta es objetivamente imputable a un sujeto, lo que quiere decirse en realidad es que la referida conducta crea un riesgo típicamente relevante para un determinado bien jurídico. No puede pretenderse que esta

100. MIR PUIG, S., PG, 7ª ed., 2004, 2/32 ss.

101. MIR PUIG, S., “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal”, en VV.AA., *Modernas tendencias*, 2001, p. 397.

caracterización de la conducta constituye una mera descripción de la misma, ya que todos los términos empleados para ello (“riesgo”, “típicamente relevante”, “bien jurídico”) son de naturaleza valorativo-normativa. Constituye, antes bien, una valoración sobre la entidad y la clase de conducta objeto de análisis.<sup>102</sup>

Como señala MIR PUIG, el término imputación alcanza, en el sentido amplio acabado de apuntar, “a toda la labor de la dogmática jurídica en cuanto no es meramente descriptiva (...)”.<sup>103</sup> No es posible comprender el sentido de los tipos, interpretar los preceptos penales, exclusivamente a partir de hechos de la realidad. Esto es: “no es posible llegar al deber ser a partir del ser”. Esta última idea constituye la base de la llamada teoría filosófica del dualismo metodológico. Según esta teoría, de proposiciones de naturaleza exclusivamente descriptiva no pueden resultar proposiciones normativas.<sup>104</sup> Desde la perspectiva aquí adoptada, y a la vista de lo anteriormente expuesto, el dualismo metodológico debe ser contemplado como un planteamiento ampliamente compartible.

102. En el mismo sentido VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos*, 1996, p. 307.

103. MIR PUIG, S., en VV.AA., *Modernas tendencias*, 2001, p. 397.

104. Se considera que el enunciado original del dualismo metodológico se encuentra en el llamado “ought passage” de David Hume, que se halla en su *Treatise*, III, i 1, pp. 469 s. (ediciones de Selby-Bigge); y que su posterior desarrollo se debe, sobre todo, a KANT y su “*Metafísica de las costumbres*”. Sobre la importancia del dualismo metodológica en el marco de la Dogmática jurídico penal, y más concretamente en relación con la actual discusión que tiene por objeto decidir cuál es el grado de “naturalismo” o “descriptivismo”, por una parte, y de “normativismo” o “prescriptivismo”, por otra, que la Dogmática jurídico-penal se encuentra en disposición de asumir, *vid.*, además, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado*, 1966 (reimpr. 1990), pp. 140 ss. También se ha ocupado recientemente entre nosotros de la cuestión planteada relativa al grado de causalismo o normativismo asumible por el Derecho penal, aunque orientando predominantemente la discusión hacia la crítica de los sistemas funcionalistas sociológicos ALCÁCER GUIRAO, R., “Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal”, AP 2001, pp. 229 ss.

2.3.5. A modo de conclusión: ¿Coincide la relación que debe existir entre la Dogmática, la Política criminal y la Criminología con aquella en la que se encontrarían dichas disciplinas en la Ciencia penal total de VON LISZT?

Según entiendo, la Dogmática del Derecho penal, la Criminología y la Política criminal son tres disciplinas autónomas, aunque no desconectadas. Sin la Criminología, el Derecho penal estaría alejado de la realidad, y sin el Derecho penal, la Criminología carecería de un objeto y un punto de referencia fijos. Sin la Política criminal, el Derecho penal se convertiría en un mero proceso legislativo sin orientación alguna, y a una Política criminal desconocedora de las posibilidades del Derecho penal le faltaría el fundamento sobre el que debe construirse. Y, por último, una Política criminal sin Criminología flotaría en un espacio sin aire, del mismo modo que, sin perspectivas político-criminales, la Criminología correría el peligro de convertirse en una mera recopilación de hechos pertenecientes a la realidad empírica. En mi opinión, a la Política criminal le corresponde desempeñar, entre otras funciones, la decisiva de servir de mediadora entre la Criminología y el Derecho penal, ya que, como han puesto de relieve Roxin y Zipf, entre otros, aún está por demostrar que pueda llegar a ser fructífera una cooperación directa entre Criminología y Derecho penal.<sup>105</sup> Este último constituye, quizá, el principal argumento en favor de no integrar a la Política criminal, la Criminología y la Dogmática jurídico-penal en una supradisciplina común, sino de destacar su autonomía. De la delimitación de la Política criminal de la Dogmática del Derecho penal, por una parte, y de la Criminología, por otra, resulta una imagen global de la justicia penal como un edificio que consta de tres pilares: la Criminología, que analiza el delito desde todos sus puntos de vista; el Derecho penal, que explica y aplica los preceptos positivos con los que la sociedad hace frente a ese fenómeno criminal; y, finalmente, la Política criminal, que es arte y ciencia

105. ZIPF, H., ZStW 1977 (89), p. 709.

al mismo tiempo, cuya misión práctica es, en última instancia, hacer posible que estas reglas de derecho positivo tengan la mejor redacción, y dar las correspondientes líneas directrices tanto al legislador, que debe elaborar la ley, como al juez, que debe aplicarla, o al correspondiente órgano administrativo de ejecución, que debe plasmar la pretensión del juez en la realidad. La Criminología, la Dogmática jurídico-penal y la Política criminal tienen que cumplir misiones autónomas, con entidad propia, y representan a través de su interacción una unidad funcional. Las tres consisten en disciplinas puestas al servicio de la lucha contra el delito. La Política criminal tiene la misión de sintetizar y realizar los resultados del ámbito de la investigación empírica de la Dogmática jurídico-penal normativa en un programa de acción más amplio.<sup>106</sup>

Como apunta con razón García-Pablos la Criminología nace, de hecho, enfrentada a la Ciencia penal y como alternativa a la misma. La lucha de escuelas entre la Escuela clásica y la Escuela positiva, que tuvo lugar en Alemania e Italia durante la segunda mitad del s. XIX y principios del s. XX con motivo de la discusión sobre la relación entre Derecho penal, Criminología y Política criminal, representó, en suma, el punto culminante del enfrentamiento entre el Derecho penal y la Criminología.<sup>107</sup> La Escuela clásica se limitó a estudiar el crimen como hecho individual y como abstracción jurídica. El delito era la infracción de la norma penal, y el delincuente el sujeto activo de dicha infracción. La Escuela clásica no se ocupó del análisis de la etiología del delito, esto es, de sus causas; sino de la elaboración de un conjunto de categorías abstractas, de un sistema, al que pudiera ser reconducido cualquier problema interpretativo concreto, a fin de asegurar la aplicación correcta de la ley al caso. La Escuela clásica acudió para ello a un método formal, abstracto y deductivo que sirvió únicamente para presentar al delito como un ente puramente formal y que resultó ineficaz en orden a su prevención. La Escuela Positiva, por el contrario, representó un cambio del objeto y del méto-

106. ZIPF, H., *Kriminalpolitik*, 2ª ed., 1980, § 1, p. 15.

107. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología*, 1992, p. 87.

do de la actividad científica. El delito y el delincuente dejaron de ser abstracciones jurídicas resultantes de la norma. El centro de gravedad del análisis penal deja de estar representado por la norma y pasa a ser ocupado por la realidad histórica concreta. Los dogmas y principios de Derecho natural que sirvieron de base a la Ciencia penal formal de la Escuela clásica dejaron paso a la preocupación por los factores individuales y sociales que explican el fenómeno social. El análisis de esta realidad social exigía un nuevo método: el método empírico, propio de las ciencias naturales. En el contexto de esta lucha de escuelas, el “socialismo liberal” de la dirección moderna de von Liszt la situó en una posición intermedia.<sup>108</sup>

A mi juicio, en la “Ciencia total del Derecho penal” configurada por VON LISZT se dan cita varias ideas ampliamente compartibles. En primer lugar, la dirección moderna de VON LISZT tuvo el acierto de contemplar la Dogmática, la Política criminal y la Criminología como partes de un todo —la “Ciencia penal total”— cuyo propósito último consistía en combatir el delito. En segundo lugar, VON LISZT acierta de nuevo cuando distingue la Dogmática y la Criminología como dos disciplinas con disparidad de objeto y método, al entender que la primera se ocupa de la ley aplicando un método esencialmente racional-formal, mientras que la segunda se aproxima al delito en su condición de hecho de la realidad mediante el empleo de un método naturalístico. Y, por último, también debe ser reconocida a VON LISZT la virtud de haberse mostrado partidario de una Política criminal “real”, esto es, de una Política criminal conectada a los problemas de la realidad delictiva por medio de su vinculación a una Criminología empírica. Esto es, de una Política criminal con base criminológica.

Distinta es, sin embargo, la opinión que merece la posición defendida por von Liszt en torno a la relación que debe existir entre la Dogmática y la Política criminal, por una parte, y la Dogmática y la Criminología, por otra. Por lo que respecta a la primera relación, ya se ha mencionado en otro lugar del presente trabajo que desde la concepción del la Dogmática ju-

108. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología*, 1992, p. 87.

rídico-penal que en esta investigación se estima preferible, se considera que la interpretación de la ley y la construcción de conceptos dogmáticos deben realizarse con orientación a sus consecuencias político-criminales, en la línea de las concepciones defendidas en Alemania por ROXIN y ZIPF. Así, por ejemplo, en relación con la cuestión concerniente al concepto de bien jurídico, von Liszt defendió un concepto material de bien jurídico como interés de la realidad social preexistente al Derecho positivo. Según esto, el concepto de bien jurídico no cumple una función dogmática, sino sólo una función meramente político-criminal. Ya que, en opinión de von Liszt, los bienes jurídicos difícilmente podían proporcionar información alguna sobre el contenido del Derecho positivo y su posible interpretación.<sup>109</sup> Frente a esta concepción, en la actualidad se considera ampliamente preferible un concepto teleológico de bien jurídico. Esta segunda clase de concepto clásico liberal de bien jurídico tiene la virtud de acumular a la ya referida función político-criminal limitadora del *ius puniendi* otras importantes funciones dogmáticas, como la de guía de la interpretación teleológica de los tipos.<sup>110</sup>

En cuanto a la relación entre la Dogmática y la Política criminal, a juicio de VON LISZT, puesto que la Dogmática jurídico-penal consiste en el análisis del Derecho positivo con fines pedagógicos, y la Criminología aprehende el delito como hecho de la realidad empírica con fines científicos, entre ambas disciplinas no existe más punto de conexión que la lucha contra el delito como finalidad última de la “Ciencia total del Derecho penal” a la que aquéllas pertenecen. En la concepción de VON LISZT, esta conexión se produce a través de la Política criminal, ya que, según este autor, recuérdese, esta disciplina debe tener base criminológica. Según VON LISZT, la contemplación de la realidad delictiva en que consiste la Criminología deberá ser el necesario punto de partida de toda reforma legislativa. Las investigaciones criminológicas serán, así, el material

109. RUDOLPHI, H.-J., FS-Honig, 1970, pp. 152 y 154 s.

110. De esta opinión RUDOLPHI, H.-J., FS-Honig, 1970, pp.156 s.; MIR PUIG, S., PG, 7<sup>a</sup> ed., 2004, 6/42 y 44.

que, debidamente considerado por la voluntad político-legislativa, acabará convirtiéndose en el derecho positivo interpretado desde la Dogmática jurídico-penal. Sin embargo, Puesto que en la “Ciencia total del Derecho penal” de von Liszt, la Dogmática jurídico-penal y la Política criminal no sólo está separadas, sino que se mueven, además, en dos planos cualitativamente distintos,<sup>111</sup> ya que el Derecho penal es de naturaleza jurídica, mientras que la Política criminal, en cambio, de naturaleza extrajurídica,<sup>112</sup> VON LISZT entiende que al dogmático no le está permitido atender a principios político-criminales o a los resultados arrojados por la Criminología o la Sociología en la labor interpretativa de la ley. Desde mi punto de vista, es obvio que las investigaciones criminológicas poco o nada pueden aportar *directamente* a la interpretación de la ley. No obstante, también es cierto que una Dogmática abierta a la Política criminal como la que aquí se estima preferible también debe estar orientada, siquiera *indirectamente*, a los resultados de la Criminología que le sirve de base. Aunque, como es lógico, en un Derecho penal respetuoso con el principio de legalidad, la incidencia en la Dogmática tanto de la Política criminal como de la Criminología siempre estará limitada por el alcance de la letra de la ley. No en vano, es este límite derivado de una contemplación de la ley como garantía liberal el que se encuentra en la base de la clásica máxima de VON LISZT, ya citada, según la cual “el Derecho penal es el límite infranqueable de la Política criminal”.<sup>113</sup>

111. VON LISZT, F., “Die Aufgaben...”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, p. 290.

112. ROXIN, C., *Política Criminal*, 1972, p. 25.

113. VON LISZT, F., “Über den Einfluss...”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, p. 80.

## 2.4. La teoría de los tipos de autor de VON LISZT como manifestación de la teoría criminológica de la formación de tipos de delincuente

### 2.4.1. Introducción

Es opinión generalizada en la doctrina que el legislador suele incorporar a algunas instituciones de la Parte General del CP o a algunos tipos de la Parte Especial elementos orientados a consideraciones criminológicas vinculadas a la peligrosidad del delincuente. Constituyen exponentes de lo primero, por ejemplo, el indulto (art. 4.3 CP), la circunstancia genérica agravante de reincidencia (art. 22.8ª CP), algunos criterios legales para la determinación judicial de la pena en supuestos de no concurrencia de circunstancias genéricas o de concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes (art. 66.1.6ª CP) y de eximente incompleta (art. 68 CP), las reglas especiales para la ejecución de las penas privativas de libertad (art. 78, párrafo 2º CP), la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, donde la falta de reincidencia [art. 81.1º CP] o de habitualidad [art. 87.1 CP] del delincuente constituyen requisitos para su estimación; la sustitución de las penas privativas de libertad, donde la habitualidad del delincuente [arts. 88.1 y 2 CP] excluye la posibilidad de sustituir la pena, y, por último, las medidas de seguridad (art. 95.2 CP); y por lo que respecta al Derecho penal alemán, los principios de determinación de la pena (§ 46 [2] StGB),<sup>114</sup> la condena condicional (§ 56 [1] StGB)<sup>115</sup> los presupuestos de la amonestación con reserva de

114. “En la determinación de la pena, el Tribunal ponderará las circunstancias que hablen en favor y en contra del autor. A este respecto entran aquí en consideración: (...) la vida previa del autor, sus relaciones personales y económicas”.

115. “En los supuestos de condena a una pena privativa de libertad de no más de un año, el Tribunal suspenderá condicionalmente la ejecución de la pena cuando pueda esperarse que el condenado podrá tomarse ya la condena como aviso, y en el futuro no cometerá más hechos delictivos también sin la acción de la ejecución de la pena. A este respecto debe tenerse aquí en cuenta la personalidad del condenado, su vida previa, las circunstancias de su hecho, su comportamiento después del

pena (§ 59 [1] StGB)<sup>116</sup> la dispensa de pena (§ 60 StGB)<sup>117</sup> y las medidas de seguridad (§ 62 StGB).<sup>118</sup>

En cuanto a la penetración de la Criminología vinculada al delincuente en la Parte Especial del Código penal, el CP de 1995 parece tener en consideración el dato de habitualidad del delincuente en los delitos de ejercicio habitual de violencia doméstica (art. 173.2 CP), uso habitual de información reservada sobre mercados de valores (art. 286.1º CP), receptación habitual (art. 299 CP), y algunos delitos contra la salud pública (art. 362.3 CP);<sup>119</sup> y en el StGB alemán ello ocurre con los tipos de rufianismo (§ 181 a [2] StGB)<sup>120</sup> y todos aquellos tipos donde la habitualidad y la profesionalidad en la comisión del delito constituyen elementos de agravación de la pena, como

---

hecho, sus relaciones de vida y los efectos que pueda esperarse para él de la suspensión”.

116. “Si alguien incurre en una pena de multa de hasta ciento ochenta cuotas diarias, el Tribunal puede amonestarle junto a la declaración de culpabilidad, determinar la pena y reservar la condena a esta pena cuando 1. pueda esperarse que el autor no cometerá más hechos delictivos también sin la condena a la pena, 2. una valoración global del hecho y de la personalidad del autor ponga de manifiesto especiales circunstancias de acuerdo con las cuales se declare que debe ser dispensado de la condena de la pena [...]”.
117. “El Tribunal dispensará de la pena cuando las consecuencias del hecho que han afectado al autor son tan duras que la condena a una pena sería claramente errónea. Esto no rige cuando el autor haya incurrido por el hecho en una pena privativa de libertad de más de un año”.
118. “Principio de proporcionalidad. No puede ser adoptada una medida de seguridad de corrección y aseguramiento sea desproporcionada respecto de la importancia de los hechos cometidos por y que pueda esperarse del autor, así como del grado de peligro que de él provenga”.
119. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, I, 5ª ed., 1997, p. 76; SAUER, W., PG, 1956, pp. 72 y 74; MAURACH, R., PG, I, 1962, p. 295; MEZGER, E. / BLEI, H., AT, 15ª ed., 1973, p. 64; ROXIN, C., PG, I, 1997, § 6/21 ss.
120. “Con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena de multa será castigado quien de modo habitual ayude al ejercicio de la prostitución a otra persona mediante intermediación en el tráfico sexual y en referencia a esto mantenga relaciones con ella que vayan más allá del caso aislado”.

el de receptación profesional (§ 260 [1] StGB)<sup>121</sup> o el de caza furtiva (§ 292 [2] StGB).<sup>122</sup>

Esta idea parte del presupuesto de que la Criminología no sólo tiene por objeto describir y sistematizar el delito como hecho empírico, sino también hacer lo propio con el delincuente como uno de sus principales factores desencadenantes. La teoría que expresa esta preocupación de la Criminología por el autor del delito como posible factor criminógeno mediante su sistematización y clasificación en tipologías es conocida en el marco de la Criminología clásica como “teoría de los tipos de autor”<sup>123</sup> o “teoría criminológica de la formación de tipos”.<sup>124</sup> A continuación será expuesta brevemente la evolución histórica de la teoría que ahora nos ocupa, para, posteriormente, proceder a su valoración crítica.

#### 2.4.2. Evolución histórica de la teoría criminológica de la formación de tipos

La teoría de los tipos de autor o de la formación de tipos” arranca a finales del siglo XIX en Alemania con la ya referida tripartición en delincuentes ocasionales, habituales aunque corregibles, y habituales, pero incorregibles presente en el Programa de Marburgo de VON LISZT; y en Italia con las clasificaciones de delincuentes elaboradas por dos de los más destacados representantes de la *Scuola Positiva* italiana: LOMBROSO y FERRI.

LOMBROSO analizó al delincuente desde un punto de vista antropológico. No en vano, esta autor está considerado el padre de la Antropología criminal. La aplicación del método empírico propio de la Antropología al servicio del análisis del delin-

121 “Con pena privativa de libertad de seis meses a diez años será castigado quien comete receptación 1. profesionalmente (...) o 2. como miembro de una banda que se ha unido para la comisión continuada de robo, hurto o receptación”.

122 “En supuestos especialmente graves, la pena será de privación de libertad de dos meses hasta cinco años. Un supuesto especialmente grave concurre por regla general cuando el hecho se comete 1. profesional o habitualmente [...]”.

123. JESCHECK, H.-H., PG, I, 1982, p. 62.

124. MAURACH, R., PG, I, 1962, pp. 292 y 296.

cuenta condujo a LOMBROSO a centrarse en su dimensión más física. En opinión de LOMBROSO, determinadas características corporales del delincuente podían ser reconducidas a un determinado carácter y a una determinada clase de delincuente. En algunos casos, estas características físicas asociadas a “caracteres delictivos” eran de naturaleza congénita. En estos casos, el delincuente se encontraba determinado desde su nacimiento por causas antropológicas. Nace con ello la idea del delincuente nato como sujeto que ya desde el inicio de su existencia nada podía hacer para sustraerse de su futuro delictivo. El delincuente nato se encontraría antropológicamente determinado a delinquir. LOMBROSO admitió, no obstante, que no todos los delincuentes eran natos. También habló de delincuentes pasionales, delincuentes por error, delincuentes ocasionales, delincuentes habituales y delincuentes secretos.<sup>125</sup>

Por su parte, FERRI, del mismo modo que LOMBROSO, también rechazó la idea del hombre delincuente como ser libre defendida por la Escuela clásica liberal. El delincuente era un ser causalmente determinado. En la concepción de FERRI, la determinación causal del delincuente no era, sin embargo, de naturaleza antropológica, sino social. Como en la concepción de LOMBROSO, el método empleado por FERRI para describir al delincuente como un sujeto socialmente determinado a delinquir consistía en un método empírico positivista. Pero a diferencia del método antropológico lombrosiano, el método de FERRI se apoyó en la Estadística. No en vano, a FERRI se le considera el padre de la Estadística criminal.<sup>126</sup>

A partir de 1930, la teoría criminológica de la formación de tipos penales experimentó un nuevo impulso, esta vez en Alemania, gracias a las aportaciones de dos de los principales representantes de la Dogmática neokantiana: los también criminólogos Edmund MEZGER y Wilhelm SAUER.

MEZGER clasificó a los delincuentes de acuerdo con el criterio de su mayor o menor predisposición a la comisión de delitos. Atendiendo a este criterio, MEZGER distingue entre “delin-

125. GÖPPINGER, H., *Kriminologie*, 4ª ed., 1980, p. 439.

126. GÖPPINGER, H., *Kriminologie*, 4ª ed., 1980, p. 439.

cuentes por la situación” (*Situationsverbrecher*) y “delincuentes por el carácter” (*Charakterverbrecher*). Son delincuentes de situación los “delincuentes de conflicto” (*Konfliktverbrecher*), para los que el delito representa un modo de superar el conflicto con el hecho en que se encuentran; los delincuentes de desarrollo (*Entwicklungsverbrecher*), en los que el delito se encuentra conectado al estado de desarrollo del delincuente; el “delincuente ocasional” (*Gelegenheitsverbrecher*), que se caracteriza por que lo que ha provocado el hecho es una situación excepcional. Por lo que respecta a los delincuentes por el carácter, MEZGER distingue entre el “delincuente por tendencia” (*Neigungsverbrecher*), que muestra una tendencia a delinquir, el “delincuente por afición” (*Hangverbrecher*), que se caracteriza por que la tendencia por delinquir se convierte en afición, y el “delincuente de estado” (*Zustandsverbrecher*), en el que el delito se convierte en un estado permanente.<sup>127</sup>

SAUER, por su parte, elaboró dos tablas clasificatorias de delitos atendiendo al criterio consistente en si era o no posible referirse a un tipo criminológico de autor. En la primera tabla, SAUER distinguió entre tres clases de delitos: los delitos puros de ataque, entre los que se contaban los delitos de homicidio, lesiones corporales, daños, incendios, delitos de peligro común, injurias, difamación, escándalo, publicidad, los delitos de religión, duelo, resistencia, violación de secretos, alta traición y encubrimiento, que raramente son tipos de autor; los delitos puros de instinto y debilidad, como el de mendicidad, prostitución, delitos imprudentes, aborto o infanticidio, que suelen ser tipos de autor; y, por ultimo, los delitos puros de lucro o necesidad, como los delitos de hurto, robo, estafa, falsedad documental, perjurio y traición, que casi siempre son tipos de autor. En su segunda clasificación de tipos de autor, SAUER propuso la distinción entre criminalidad primaria o aguda y criminalidad de tendencia o crónica. La criminalidad aguda explica los delitos instantáneos y los delitos ocasionales. La criminalidad crónica acoge los delitos de estado y los delitos habituales. En cada uno de estos grupos, SAUER

127. GÖPPINGER, H., *Kriminologie*, 4ª ed., 1980, p. 440.

distinguió entre delitos en los que se produce una escasa influencia de la libre decisión de la voluntad y aquéllos en que aquélla se produce de un modo más acentuado. En la criminalidad primaria con escasa influencia de la libre decisión de la voluntad, esto es, en los delitos ocasionales y los delitos pasionales, rara vez puede hablarse, en opinión de SAUER, de tipos de autor. Por el contrario, en la criminalidad primaria con mayor influencia de la libre decisión de la voluntad, es decir, en los delitos de hurto ocasional, injuria, apropiación indebida, falsificación de documentos, extorsión y falso testimonio, sí caben, según SAUER, los tipos de autor. Por lo que respecta a la criminalidad de tendencia o crónica, en los casos de criminalidad con menor incidencia de la decisión libre de la voluntad, esto es, en los supuestos de reincidencia homogénea simple y delitos habituales, es frecuente la aparición de tipos de autor. Y, por último, los delitos de tendencia con mayor influencia de la decisión libre de la voluntad —reincidencia afín heterogénea, profesionalidad (rufián, usurero, encubrimiento, estafa) y especial profesionalidad (estafa, encubrimiento, juego de azar) — casi siempre son, en opinión de SAUER, tipos de autor.<sup>128</sup> La correspondencia entre determinadas clases de delito y ciertas clases de autores apuntadas por SAUER trae causa de la teoría de los tipos criminológicos de autor presente en su *Kriminologie*. En opinión de SAUER, la estructura del carácter de un sujeto puede ser analizada desde dos perspectivas diferentes: desde una perspectiva *psicológica* y desde una perspectiva *normativa*. Desde el primer punto de vista, el carácter de un sujeto consiste en una síntesis de sus potencias (sustrato psicológico) y sus tendencias. Las potencias y las tendencias del sujeto constituyen los círculos o capas de su personalidad. De las distintas posibles combinaciones de estos elementos resultan —todavía desde un punto de vista psicológico— distintos tipos psicológicos de sujetos: el sujeto pasional, el primitivo, el impulsivo, el luchador, el utilitarista, etc. Desde un punto de vista normativo, estos tipos psicológicos de sujeto puede ser valorados positiva o negativamente. Los tipos de carác-

128. SAUER, W., PG, 1956, pp. 72 y 74.

ter susceptibles de valoración positiva (el del sujeto moral, el religioso, el cultural, el artista, el científico, etc.) reciben para SAUER la denominación de “tipos ideales”. Por el contrario, los tipos de carácter merecedores de un juicio de desvalor, como el tipo de carácter débil, el agresivo o el utilitarista, son considerados por SAUER *tipos criminales (Kriminelle Typen)*. Estos tipos criminales se corresponden en la concepción de SAUER, respectivamente, con tres clases de delito: los “delitos por debilidad” (*Schwächedelikte*), los “delitos de ataque” (*Angriffsdelikte*) y los “delitos de utilidad” (*Nutzdelikte*).<sup>129</sup>

El desarrollo moderno de la teoría criminológica de la formación de tipos de autor se debe, sobre todo, a la obra de dos de los miembros de la llamada “Escuela de Austria”, Seelig y Weindler, entre otros autores.<sup>130</sup> Seelig y Weindler clasificaron los delincuentes en ocho clases de autores: el delincuente profesional; el delincuente patrimonial, que actúa porque la oposición que se le opone es mínima; el delincuente que comete el delito por su afán por atacar; el delincuente carente de autocontrol sexual; el delincuente en situación de crisis, que se caracteriza por que la única salida que halla para la situación de crisis en que se encuentra consiste en la comisión del delito; el delincuente de reacciones primitivas, para quien el transcurso del acontecimiento que lleva al hecho delictivo se presenta como una reacción primitiva; el delincuente por convicción; y el delincuente que actúa por falta de disciplina comunitaria.<sup>131</sup> Seelig advierte, no obstante, que estas tipologías pueden combinarse formando tipos mixtos (*Mischtypen*), tales como, por ejemplo, trabajadores profesionales sexualmente incontrolables, así como que existen otras tipologías de delincuentes no principales, como el ambicioso escrupuloso, el asesino en masa o el cazador furtivo.<sup>132</sup>

129. SAUER, W., *Kriminologie*, 1950, pp. 41 ss., y, sobre todo, pp. 47 y 50.

130. Entre los que cabría mencionar a ASCHAFFENBURG o GRUHLE: *vid.* GÖPPINGER, H., *Kriminologie*, 4ª ed., 1980, pp. 439 s.

131. GÖPPINGER, H., *Kriminologie*, 4ª ed., 1980, p. 439.

132. SEELIG, E., *Lehrbuch der Kriminologie*, 2ª ed., 1951, pp. 113 ss.

### 2.4.3. Valoración crítica de la teoría criminológica de la formación de tipos

En opinión de un sector de la doctrina penal alemana, el empleo de los resultados arrojados por la teoría criminológica de la formación de tipos de autor ha reportado indudables beneficios a la Dogmática. Sin embargo, un mínimo análisis de la opinión que para la actual doctrina criminológica merece la teoría que ahora nos ocupa pone de manifiesto que ésta es objeto de mayoritario rechazo, ya que se la considera una teoría que se encuentra en vías de superación. Varias son las razones que suelen ser alegadas en favor de este rechazo de la teoría criminológica de la formación de tipos. Entre ellas destacan las siguientes: a) De la teoría criminológica de la formación de tipos no se desprende la corrección de la teoría final de la acción; b) la teoría criminológica de la formación de tipos conduce a una petición de principio; c) la teoría criminológica de la formación de tipos no ha alcanzado resultados unitarios; d) la teoría criminológica de la formación de tipos es incapaz de construir tipos de autor para todos los delitos; y e) la teoría criminológica de la formación de tipos puede provocar una suplantación del Derecho penal por parte de la Criminología. Estos argumentos serán expuestos con cierto detalle a continuación.

#### A) De la teoría criminológica de la formación de tipos no se desprende la corrección de la teoría final de la acción

Según MAURACH, uno de los aspectos más loables de la teoría de los tipos de autor criminológico consistió en haber contribuido a la proclamación del concepto final de acción como concepto de acción jurídico-penal dogmáticamente correcto. A juicio de este autor, la existencia de tipos criminológicos de autor vendría a poner en entredicho uno de los principales baluartes del concepto causal de acción: la radical separación entre tipos de acto y tipos de autor. Desde la perspectiva defendida por el causalismo clásico —siempre a juicio de MAURACH—, la acción era concebida como la mera causación de una modificación del mundo exterior. En la categoría de la acción,

la relación existente entre esta modificación de la realidad externa, por una parte, y la voluntad y demás procesos psíquicos del autor, por otra, se configuraba —desde la perspectiva del concepto causal— como una simple relación de causalidad. El contenido de la voluntad no importaba para la acción. Como elemento de la acción, la voluntad únicamente interesaba en su condición causal de impulso de la causación de la modificación de la realidad consistente en el resultado.<sup>133</sup> Para la dirección casualista, el contenido de la voluntad y todos los restantes procesos psíquicos del autor constituían factores que únicamente podían tener alguna relevancia para la culpabilidad. En el concepto clásico de Derecho penal, el tipo de acto (causas del resultado) consistiría en la parte externa del hecho, y equivaldría al análisis de la acción; mientras que el tipo de autor (contenido de la voluntad y procesos psíquicos del autor) representaría, por el contrario, la parte interna del hecho, deviniendo, en suma, el objeto de la culpabilidad. El concepto clásico de delito lo concibe, en fin, como un hecho disociado en dos partes completamente separadas: una parte externa o tipo de acto; y una parte interna, o tipo de autor.<sup>134</sup> Esta separación entre tipos de acto y tipos de autor, en opinión de MAURACH completamente artificiosa, desapareció con la llegada del concepto final de acción. En palabras de MAURACH, “el concepto de acción, preñado de voluntad, y el tipo comprensivo de procesos psíquicos, permiten una valoración de la totalidad del suceso criminal que no sólo apreciará los momentáneos afectos y motivos del autor, sino que caracterizará al hecho como expresión de la personalidad según la forma en que se presenta al realizar la actividad externa”.<sup>135</sup>

Desde mi punto de vista, el sentido en que MAURACH se refiere a la distinción entre “tipos de acto” y “tipos de autor” como argumento en favor del concepto final y en contra del concepto causal de acción resulta, sin embargo, equívoco. Es

133. VON LISZT, *Tratado*, III, pp. 297 ss.; EL MISMO, *Lehrbuch*, 16<sup>a</sup>-17<sup>a</sup> ed., 1908, pp. 125 ss.

134. MAURACH, R., PG, I, 1962, p. 295.

135. MAURACH, R., PG, I, 1962, p. 295.

cierto que el concepto clásico de acción escindió el hecho delictivo en dos partes, una objetivo-externa y otra subjetivo-interna. También lo es que esta fragmentación bipartita del delito impidió tener en cuenta, tal y como evidenció el finalismo, que también en la parte externa del hecho penal era posible encontrar elementos de naturaleza subjetiva. Pero no resulta correcto, sin embargo, designar la mencionada parte subjetivo-interna del concepto clásico de delito con el término “tipo de autor” para seguir afirmando que aquel concepto separó radicalmente el acto de la voluntad desatendiendo, con ello, la esencia final de la acción.<sup>136</sup> Sin entrar a fondo en la cuestión de si resulta preferible defender un concepto causal o un concepto final de acción, debe afirmarse, por de pronto, que la acusación dirigida por MAURACH contra el causalismo clásico que nos ocupa no guarda relación alguna con la distinción entre tipo de acto y tipo de autor. Si el concepto causal de acción resulta incapaz de integrar en su seno el elemento de la dirección final o los restantes procesos psíquicos del autores, ello no se debe a que sea posible distinguir entre tipo de acto y tipo de autor. En el concepto de delito defendido por el causalismo naturalístico clásico de VON LISZT, mediante la referencia al término “tipo de autor” nunca se pretendió aludir a la voluntad del sujeto o a cualesquiera otros elementos subjetivos integrantes de la llamada parte “interna” del delito. En cualquier caso, aunque así hubiese sido, lo cierto es que, empleado el término “tipo de autor” en el sentido en que ahora lo hace MAURACH, esto es, en un sentido criminológico, en referencia a un determinado modo, forma o conducta de vida, nada tiene que ver el “tipo de autor” con el contenido de su voluntad. Con todo, es probable que no sea del todo justo convertir a MAURACH en protagonista absoluto de este equívoco, ya que éste trae causa, posiblemente, de la propia multiplicidad de sentidos distintos con que el término “tipo de autor” ha venido siendo empleado por la doctrina jurídico-penal.

136. MAURACH, R., PG, I, 1962, p. 295.

B) La teoría de la formación de tipos de autor conduce a una petición de principio

En opinión de GÖPPINGER, la teoría de la formación de tipos de delincuentes conduce a una petición de principio. Esto se comprueba fácilmente si se parte del ejemplo del delincuente habitual. En efecto, la teoría de la formación de tipos se representa de forma apriorística y general lo que es un delincuente habitual, para reconocer, seguidamente, la necesidad de aplicarle una medida de aseguramiento y deducir de ello, finalmente, la existencia de un tipo criminológico de autor. De este modo, partiendo de una intuición general se llega al sistema de medidas asegurativas del derecho positivo para acabar deduciendo de éste la existencia de un tipo criminológico de delincuente.<sup>137</sup> Todavía más carentes de fundamentación se encuentran para GÖPPINGER otros intentos de acuñar clases típicas de autor con base criminológica. Tal es el caso, por ejemplo, de los tipos criminológicos del “asesino” o el “ladrón”. La teoría de la formación de tipos los considera clases criminológicas de autor, por considerar que los sujetos activos de delitos que presentan una fenomenología marcadamente distinta deben responder igualmente a una estructura psicológica susceptible de ser incorporada a una tipología de autor.

Esta versión de la teoría de la formación de los tipos de autor vinculada a la clase de hecho delictivo cometido por el sujeto constituye, en realidad, una consecuencia de la propia evolución del pensamiento criminológico. En efecto, la teoría criminológica de la formación de los tipos de autor asistió a su “edad de oro” en la segunda mitad del siglo XIX con motivo del auge del llamado “Positivismo criminológico”. La Criminología positivista contempló al delincuente como un sujeto cualitativamente distinto del sujeto honrado cumplidor de

137. GÖPPINGER, H., *Kriminologie*, 4ª ed., 1980, p. 441. La teoría criminológica de la formación de tipos emplearía para la determinación de las clases de autores un método deductivo a partir del derecho positivo. Este método recuerda, ciertamente, al que el propio GÖPPINGER atribuye a VON LISZT para la elaboración de su tripartición en delincuentes ocasionales, delincuentes habituales corregibles y delincuentes habituales no corregibles. *Vid.* GÖPPINGER, H., *Kriminologie*, 4ª ed., 1980, pp. 439 s.

las leyes, y a los delincuentes como sujetos cualitativamente distintos entre sí en atención a la diversidad de las causas biológicas o sociales determinantes de su comportamiento “patológico”. Con la llegada de la moderna Criminología o Criminología crítica, el estudio del hombre delincuente pasó a un segundo plano en favor del estudio del hecho delictivo mismo, de la víctima y del control social. La Criminología crítica se presenta como una ciencia superadora de la Criminología clásica como disciplina de naturaleza individualista dominada por la idea del delincuente como realidad patológica ofrecida por la Biología y la Psicología criminales. Desde la perspectiva sociológica de la Criminología crítica, el delincuente interesa únicamente como sujeto de contactos o interrelaciones sociales anónimas, esto es, en su condición de parte integrante del sistema social. En suma: la evolución histórica de la Criminología presenta a la Criminología como una disciplina que ha pasado de analizar al delincuente como sujeto con entidad propia en sí mismo (Criminología positivista) a considerarlo únicamente por su relación con el hecho criminal (Criminología crítica).<sup>138</sup>

En opinión de Göppinger, este modo de proceder no es, sin embargo, correcto, porque las personas que cometen un asesinato o un robo puede responder, en realidad, a personalidades muy distintas.<sup>139</sup> Algo más de crédito le merece, sin embargo, el tipo de autor del rufián. Con todo, pese a ser cierto que puede aludirse a una serie de elementos psíquicos y sociales que generalmente concurren en todos o casi todos los rufianes, no es menos cierto, en su opinión, que no puede olvidarse que el “rufián” continúa constituyendo un tipo de autor “penal” cargado con toda la relatividad con respecto a la contemplación empírica de la realidad propia de toda norma.<sup>140</sup>

138. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología*, 1992, pp. 34 ss. Un breve resumen sobre las “enseñanzas fundamentales” que tanto la Escuela positivista como la Criminología crítica se encuentra en Larrauri Pijoán, E., CDJ 1999 (IV), pp. 23 s. (Criminología positivista) y pp. 32 s. (Criminología crítica).

139. GÖPPINGER, H., *Kriminologie*, 4<sup>a</sup> ed., 1980, p. 441.

140. GÖPPINGER, H., *Kriminologie*, 4<sup>a</sup> ed., 1980, p. 441.

C) La teoría criminológica de la formación de tipos de autor no ha alcanzado resultados unitarios

En tercer lugar, debe advertirse que la teoría de la formación de tipos de autor todavía no ha alcanzado una solución unitaria. A través de las múltiples formulaciones de esta teoría, la Criminología se encuentra, ciertamente, en disposición de ofrecer muchas tipologías de delincuentes. Sin embargo, estas tipologías no constituyen, en realidad, tipologías de naturaleza criminológica derivada de la experiencia criminológica. La principal razón de que ello ocurra debe verse en la circunstancia de que la mayor parte de los investigadores que se han ocupado de la figura del delincuente lo han hecho exclusivamente en el marco de su específico ámbito científico; esto es, desde la Psiquiatría, la Psicología, la Sociología, la Antropología, la Ciencia del Derecho, etc., con alguna aportación aislada, a lo sumo, de alguna disciplina afín.<sup>141</sup>

D) La teoría criminológica de la formación de tipos de autor es incapaz de construir tipos de autor para todos los delitos

Ni todos los tipos criminológicos de autor encuentran acogida en la ley, ni todos los sujetos que pueden realizar un tipo penal de autoría encuentran su reflejo en las clasificaciones criminológicas de autores. Que esto último no siempre se ha producido en la historia legislativa ya lo puso de manifiesto, por ejemplo, la reforma de los §§ 211 (asesinato) y 212 (homicidio) StGB alemán operada en 1941. Como ya se expuso *supra*, en esta reforma se hizo referencia expresa en los mencionados §§ 211 y 212 StGB a sus respectivos autores como “asesino” y “homicida”, respectivamente. A pesar de que la doctrina penal alemana recibió la reforma (sobre todo a partir de 1945)<sup>142</sup> como un intento legislativo de imponer la vigencia de la teoría de los tipos normativos de autor con pretensión de generalidad a partir de dos de los más representativos modelos de autor (el asesino y el homicida), lo cierto es, sin embargo, que tanto la ciencia como la práctica rechaza-

141. GÖPPINGER, H., *Kriminologie*, 4ª ed., 1980, p. 439.

142. MEZGER, E. / BLEI, H., AT, 15ª ed., 1973, p. 64.

ron mayoritariamente el derecho penal del autor ínsito en aquella pretensión.<sup>143</sup> Uno de los factores que motivó este rechazo fue, precisamente, la imposibilidad de establecer la pretendida correspondencia entre los tipos de autor previstos en los §§ 211 y 212 StGB y los tipos de autor acuñados por la Criminología.<sup>144</sup> Ello se debe a que la propia Criminología reconoce que no todos los autores de delitos encuentran su correspondencia con un tipo criminológico de autor. Ello sucede, por ejemplo, con el “homicida” y el “asesino”. No existe un tipo criminológico de “homicida”, del mismo modo que también resulta discutible la existencia de un tipo criminológico de “asesino”.<sup>145</sup> Este extremo se evidencia con la máxima claridad a la vista de las tablas clasificatorias de los tipos criminológicos de autor elaboradas en su momento por SAUER. En la concepción de este autor, los delitos de homicidio y de asesinato se caracterizaban por formar parte, junto a otros delitos tales como los de lesiones corporales, daños, incendios, delitos de peligro común, injurias, difamación, escándalo, publicidad, delitos de religión, duelo, resistencia, violación de secretos, alta traición y encubrimiento, de una clase de delitos, los puros de ataque, en los que difícilmente es posible hablar de tipos de autor.<sup>146</sup> Puesto que es la propia ley la que se refiere expresamente al “homicida” y al “suicida”, puede hablarse, en realidad, de sendos tipos *legales* de autor sin correspondencia con la esfera de los tipos *criminológicos* de autor. Esta falta de correspondencia constituye, sin duda, uno de los argumentos críticos que cabe oponer a la teoría de los tipos legales de autor.

E) La teoría criminológica de la formación de tipos puede provocar una suplantación del Derecho penal por parte de la Criminología

Uno de los mayores peligros que, en pura hipótesis, podría llegar a entrañar la utilización de la teoría criminológica de la formación de tipos por parte de la Dogmática jurídico-penal consiste en la posibilidad de dar lugar a una hipotética suplantación del Derecho penal por parte de la Criminología. Esta su-

143. MAURACH, R., PG, I, 1962, p. 294.

144. MEZGER, E. / BLEI, H., AT, 15ª ed., 1973, p. 64.

145. MEZGER, E. / BLEI, H., AT, 15ª ed., 1973, p. 64.

146. SAUER, W., PG, 1956, p. 72.

plantación se produciría si de la teoría que ahora nos ocupa cupiera seguir que el correspondiente tipo de autor criminológico constituye el único elemento del tipo de los delitos que lo presuponen.<sup>147</sup>

Sin embargo, debe aclararse que este riesgo en realidad no existe. En contra de lo que sucede con alguna de las teorías del tipo de autor correspondientes a la tipicidad, la teoría del tipo de autor criminológico nunca ha sido empleada con la mencionada finalidad. Exceptuando la infausta etapa nacionalsocialista, los tipos de autor correspondientes a la Criminología siempre han venido teniendo la virtud de reconocer al Derecho penal como un Derecho penal del acto y no del autor.<sup>148</sup> Según la teoría de los tipos criminológicos de autor, si los autores de algunos tipos penales son reconducibles a determinadas tipologías criminológicas, ello no obedece a que el Derecho penal prohíba su carácter o predisposición psicológica especiales, sino, antes al contrario, a la prohibición de ciertas conductas indiciarias de determinadas formas de conducta general o formas de conducirse. Así, por ejemplo, si se admite que el autor del delito de prostitución del § 181 a StGB responde al supuesto tipo criminológico del “rufián”, ello no significa que éste resulte de un especial carácter o predisposiciones psicológicas a delinquir, sino, precisamente, de la conducta típica que realiza.<sup>149</sup>

### 3. *La crisis de la idea de resocialización*

Tal y como se expuso supra, en la concepción de von Liszt la función preventivo-especial de la pena debía desplegarse de tres formas diferentes, en atención a la clase de delincuente a que se dirigían. En relación con los delincuentes ocasionales, la pena debía desempeñar una función meramente de recordatorio, intimidación o advertencia.<sup>150</sup> En cuanto a los delincuentes habituales pero corregibles, la pena había de perseguir la

147. MAURACH, R., PG, I, 1962, p. 294.

148. MAURACH, R., PG, I, 1962, p. 294.

149. MAURACH, R., PG, I, 1962, p. 295.

150. VON LISZT, F., *La idea de fin*, 1994, pp. 124 ss.

corrección del individuo.<sup>151</sup> Y, por último, por lo que respecta a los delincuentes incorregibles, la única medida útil que estaba al alcance de la pena como instrumento de protección de la sociedad consistía, para von Liszt, en la inocuización misma del delincuente mediante su privación de libertad de por vida.<sup>152</sup> Sin embargo, en la doctrina penal existe cierto consenso en torno a la cuestión de si el Derecho penal debe tener una función exclusivamente preventivo-especial o no, en el sentido de entender que ésta debe contribuir a la función preventiva de la pena, pero no monopolizarla.<sup>153</sup> Varios son los motivos por los que ello es así. En primer lugar, se afirma, con razón, que cuando lo que impulsa a un delincuente habitual a cometer un delito consiste en excepcionales circunstancias (así, por ejemplo, un régimen político como el nacionalsocialista alemán) o estímulos (un estado emocional o pasional agudo) difícilmente repetibles, la pena no será necesaria como recordatorio, intimidación, advertencia (delincuentes ocasionales) o medida de corrección del individuo (delincuente habitual, pero no incorregible). En estos casos, la peligrosidad futura del delincuente se encuentra tan estrechamente vinculada a aquellas especiales circunstancias o estímulos que, sin la concurrencia de éstas, aquélla puede llegar a desaparecer por completo.<sup>154</sup> En segundo lugar, en los casos de delincuentes habituales no corregibles, salta a la vista que una pena que únicamente pretenda resocializar al delincuente será completamente inútil.<sup>155</sup> Ello también fue advertido por VON LISZT, que entendió que la única forma de conseguir proteger a la sociedad de los delincuentes habituales incorregibles consistía, precisamente, en su inocuización mediante privación de libertad perpetua.<sup>156</sup>

151. VON LISZT, F., *La idea de fin*, 1994, pp. 122 ss.

152. VON LISZT, F., *La idea de fin*, 1994, pp. 115 ss.

153. MIR PUIG, S., PG, 7ª ed., 2004, 3/40.

154. ROXIN, C., "Sentido y límites de la pena estatal", en EL MISMO, *Problemas básicos*, 1976, p. 16; MIR PUIG, S., PG, 7ª ed., 2004, 3/38.

155. MIR PUIG, S., PG, 7ª ed., 2004, 3/39.

156. Lo advierte GRACIA MARTÍN, L., "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho penal del enemigo", RECPC 07-02 (2005), p. 19.

Sin embargo, esta medida inocuidador es, desde la perspectiva del Derecho penal de un estado social y democrático de derecho, difícilmente admisible por dos motivos. En primer lugar, en un Derecho penal de esta clase, la gravedad de la pena y las medidas de seguridad deben guardar proporcionalidad no sólo con la peligrosidad del delincuente, sino, sobre todo, con la gravedad del hecho delictivo.<sup>157</sup> Así, por ejemplo, resultaría completamente desproporcionado castigar a un hurtador habitual e incorregible con una pena de cadena perpetua.<sup>158</sup> Y en segundo lugar, en un Derecho penal democrático que fomente la participación social de todos sus individuos, resultarán ampliamente preferibles las penas orientadas a la resocialización que aquéllas que consistan en separar al delincuente de la comunidad.<sup>159</sup>

157. MIR PUIG, S., PG, 7ª ed., 2004, 4/73 ss.

158. MIR PUIG, S., PG, 7ª ed., 2004, 4/75.

159. MIR PUIG, S., PG, 7ª ed., 2004, 4/77.



**SEGUNDA PARTE**

---

**EL DERECHO PENAL  
DE AUTOR INTERMEDIO**



# La concepción sintomática del delito

## I. Introducción

Según las concepciones sintomáticas del delito, el hecho delictivo no debe ser desvalorado por su repercusión en el mundo exterior, sino porque revela que su autor presenta una personalidad desviada. Para estas concepciones, el hecho es tan solo un síntoma de la culpabilidad de su autor, en su sentido de “estado de voluntad antisocial” o “antisocialidad”. La preocupación por la personalidad del autor constituyó, en suma, la esencia de las concepciones sintomáticas del delito. No obstante ello, los partidarios de estas concepciones tampoco perdieron de vista que la punibilidad penal seguía teniendo como presupuesto el hecho concreto. Esta doble circunstancia, preocupación por la personalidad del autor y por el hecho concreto como presupuesto de la punibilidad penal, conectaba a las concepciones sintomáticas del delito con la dirección preventivo-especial de VON LISZT. No en vano, los dos principales representantes de la concepción sintomática del delito son dos discípulos de VON LISZT: TESAR y KOLLMANN.<sup>1</sup>

TESAR y KOLLMANN no fueron, sin embargo, los únicos discípulos de VON LISZT que se refirieron al *hecho* concreto como elemento expresivo de la personalidad de su autor. Una segunda muestra de esta línea de pensamiento vino representada por la llamada “concepción

1. ROXIN, C., *PG*, I, 1997, § 6/5.

caracteriológica de la culpabilidad” defendida por RADBRUCH, Eb. SCHMIDT, KOHLRAUSCH y GRÜNHUT. De acuerdo con esta concepción, el hecho delictivo expresaría el carácter o la personalidad del delincuente. La culpabilidad del autor consiste en la responsabilidad por el carácter, de modo que la peligrosidad del delincuente, condicionada por su personalidad, se presentaría a ojos de esta concepción como un elemento de la culpabilidad. No obstante ello, tampoco los defensores de la concepción caracteriológica de la culpabilidad se mostraron partidarios de un Derecho penal de autor radical, sino que siempre tuvieron en cuenta las garantías jurídicas y políticas liberales representadas por el Estado del Derecho. Una de estas garantías era el principio de culpabilidad, y más concretamente el principio de responsabilidad por el hecho. Según este principio, la punibilidad tenía como presupuesto el hecho delictivo mismo, y no la personalidad del autor. Pero puesto que tampoco podía obviarse que el presupuesto de la punibilidad, esto es, el hecho delictivo, constituía en realidad la expresión del carácter del delincuente, y que éste representaba el objeto mismo de la culpabilidad, a esta última circunstancia debía reconocérsele alguna relevancia. Siguiendo al maestro VON LISZT y a la concepción sintomática del delito, la concepción caracteriológica de la culpabilidad también consideró que la sede más adecuada para ello era la determinación de la pena.<sup>2</sup>

## II. La teoría sintomática del delito

### 1. TESAR

TESAR parte de la idea de que el delito sólo puede ser concebido desde dos distintas perspectivas: una perspectiva “realística” y una perspectiva “sintomática”.<sup>3</sup> Según la concepción

2. ROXIN, C., *PG*, I, 1997, § 6/5.

3. La distinción entre concepción realística y concepción sintomática del delito no procede, sin embargo, de TESAR, sino que ya había sido acu-

realística del delito, dominante en la doctrina de principios del s. XX, el delito constituye un *productum* del autor, caracterizado por ser un proceso naturalístico que tiene lugar en el mundo exterior, eso es, una acción,<sup>4</sup> que produce una lesión antijurídica<sup>5</sup> y que aparecería como consecuencia de la interposición de una causa por parte del autor.<sup>6</sup> Para la concepción sintomática del delito, éste cumple una *función*: la de revelar, ser “síntoma” de la culpabilidad penal del autor. La cualidad del delito como proceso externo lesivo desempeñaría para la concepción sintomática del delito un papel mucho más secundario que para la realística. Para la concepción sintomática del delito, la acción como proceso físico-lesivo se convertiría, en cambio, en un simple medio para reconocer la culpabilidad penal del autor.<sup>7</sup> Ante la disyuntiva de cuál de estas dos concepciones, la realística o la sintomática, es la que consigue explicar mejor el delito, TESAR se pronuncia a favor de la concepción sintomática del delito.<sup>8</sup> TESAR fundamenta su posición en la llamada “Teoría psicológica de la objetivación de la culpabilidad en el proceso concreto”. En opinión de TESAR, el factor decisivo de la oposición existente entre el concepto sintomático de delito por él defendido y el concepto realista dominante en la doctrina reside, en palabras del propio TESAR, “en la fundamentación psicológica que está en su base (*scil.* del concepto sintomático de delito). Tampoco aquí debe ser considerada la teoría psicológica en su calidad de función fundamen-

---

ñada con anterioridad por Merkel en su Tratado de Derecho penal. Así lo reconoce TESAR, O., “Der symptomatische Verbrechensbegriff”, ZStW 29 (1909), p. 82, quien de este modo aclara a Kollmann que no le corresponde asumir la paternidad de una distinción (concepción realista versus concepción sintomática del delito) que este segundo autor considerara desafortunada.

4. KOLLMANN, H., “Der symptomatische Verbrechensbegriff”, ZStW 28 (1908), p. 455.
5. KOLLMANN, H., ZStW 28 (1908), p. 449.
6. KOLLMANN, H., ZStW 28 (1908), pp. 454 s.
7. KOLLMANN, H., ZStW 28 (1908), p. 449.
8. TESAR, O., ZStW 29 (1909), p. 85. Tesar ya había defendido esta opinión dos años antes, en su monografía *Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens*, 1907, *passim*.

tadora de algo existente, sino como dogma ya incuestionable del que se desprende por vía deductiva esta concepción del delito. Esta fundamentación psicológica es la teoría de la objetivación de la voluntad en el proceso concreto, la teoría de la psicología del poder (*Vermögenspsychologie*), que concibe la voluntad como fuerza eficaz, como causa efficiens que se objetiva en la acción concreta.<sup>9</sup>

## 2. KOLLMANN

2.1. En un trabajo publicado en 1908, KOLLMANN analiza críticamente la concepción sintomática del delito defendida por TESAR en su monografía *Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens*, publicada un año antes en Berlín. Se trata de la primera obra en que un autor se pronuncia a favor de la referida concepción sintomática del delito. KOLLMANN se suma a la tesis de TESAR, mostrándose también partidario, por tanto, de concebir el delito desde una perspectiva sintomática. No obstante, la concepción sintomática del delito defendida por KOLLMANN se separa notablemente de la propuesta por TESAR. A diferencia de esta última, la concepción de KOLLMANN no es una concepción sintomática pura, sino una síntesis entre la concepción realista y la concepción sintomática del delito de naturaleza predominantemente sintomática.

2.2. El punto de partida de la posición ecléctica de Kollmann es el rechazo de la idea —defendida por Tesar— de que el delito sólo puede ser explicado a partir de una concepción realista o de una concepción sintomática.<sup>10</sup>

No fue ésta, sin embargo, la única crítica que KOLLMANN formula contra el planteamiento defendido por Tesar. Kollmann dirige a Tesar, además, una doble objeción de orden metodológico. En primer lugar, es metodológicamente incorrecto, según KOLLMANN, presentar las concepciones sintomática y realística como las dos únicas concepciones del delito posibles y deducir indirectamente la va-

9. TESAR, O., ZStW 29 (1909), pp. 87 s.

10. KOLLMANN, H., ZStW 28 (1908), pp. 452 ss.

lidez de la primera de la insostenibilidad de la segunda. La segunda crítica metodológica de KOLLMANN contra la posición de TESAR fue la siguiente: Tesar no llegó a la conclusión de que la concepción “realística” del delito era insostenible por medio de una crítica al fundamento mismo de la concepción en sí, sino a través de una mera crítica a sus tres principales fundamentaciones históricas concretas. En opinión de TESAR, la doble crítica metodológica de KOLLMANN carece de toda base, y evidencia que este último autor ha obviado por completo la fundamentación *directa y positiva* de la concepción sintomática del delito que se encuentra presente en *Die symptomatische Bedeutung*.<sup>11</sup>

2.3. En opinión de KOLLMANN, ni es cierto que los dos únicos conceptos de delito imaginables sean el “realístico” y el “sintomático”, ni lo es que estos conceptos se hallen en una relación de alternatividad o exclusión mutua. Por ello, la definición correcta de delito debe proceder, a juicio de KOLLMANN, de una concepción que constituya una síntesis o *tertium genus* de la concepción “realística” y la concepción “sintomática” del delito.<sup>12</sup> KOLLMANN considera posible la elaboración de una tal síntesis porque, desde su perspectiva, las concepciones realística y sintomática no sólo no constituyen dos concepciones de delito absolutamente antagónicas, sino que, en su opinión, incluso se encuentran interrelacionadas. Según KOLLMANN, ello puede apreciarse tanto desde una perspectiva teórica como desde un punto de vista práctico. En la teoría, toda concepción sintomática debe partir para KOLLMANN del concepto de “proceso externo” o acción, acuñado por la concepción realística. En la práctica, toda concepción realística es también sintomática, porque —siempre en opinión de KOLLMANN— sólo es posible conocer el contenido de la voluntad del sujeto, y si ésta era o no antisocial, a partir del delito como proceso externo. Esto es, también la concepción realística del delito está obli-

11. TESAR, O., ZStW 29 (1909), pp. 84 s.

12. KOLLMANN, H., ZStW 28 (1908), p. 454.

gada a reconocer que el delito tiene una función sintomática.<sup>13</sup> En opinión de KOLLMANN, carecía de sentido, por tanto, plantear la disyuntiva entre una concepción realística y una concepción sintomática del delito como una alternativa excluyente de otras posibles concepciones intermedias.

Según KOLLMANN, la concepción realística y la concepción sintomática parte de la idea común de que la esencia de todos los delitos, esto es, tanto de los delitos de acción como de los delitos de omisión, reside en la idea de que todos ellos son, en realidad, procesos externos que presentan alguna clase relación con la personalidad del autor.<sup>14</sup> La diferencia entre el concepto realístico y el concepto sintomático de delito se encuentra para este autor en la explicación de la clase de relación existente entre el delito como proceso externo y el delincuente. Según el concepto realístico de autor, esta relación consiste en una relación de causalidad, ya que el delito no es sino un producto del delincuente, una consecuencia o un efecto derivados de la actuación del autor. En cambio, desde la perspectiva de la concepción sintomática del delito, la relación del delito con el delincuente tiene naturaleza sintomática. Esto es, el delito se presenta a los ojos de esta concepción como un síntoma que contribuye a caracterizar o describir al delincuente.<sup>15</sup>

La consecuencia de esta tesis para la teoría de los delitos de omisión es, para Kollmann, directa: sólo desde una concepción sintomática del delito cabe explicar satisfactoriamente la esencia de los delitos de omisión. La omisión no consiste, en su opinión, en un mero no-hacer, o en la mera negación de un proceso externo, sino en la defraudación de expectativas de otras personas por medio de la infracción de un deber jurídico a través de un no-hacer. Estas circunstancias no son causas derivadas del comportamiento del autor. Esto es, no se encuentra en una relación de causalidad con el delincuente. A la vista de que la relación existente entre el delito como proceso externo y

13. Kollmann, H., ZStW 28 (1908), pp. 468 s.

14. Kollmann, H., ZStW 28 (1908), pp. 463 s.

15. KOLLMANN, H., ZStW 28 (1908), pp. 464 s.

el delincuente debe consistir, desde la perspectiva de una concepción realística del delito, en una relación de causalidad, una tal teoría nada podía aportar a la explicación de aquellos factores o circunstancias que no se presentan como un producto del autor, esto es, que no se encuentran en una relación de causalidad con el delincuente, Kollmann se ve obligado a concluir que la concepción realística nada puede aportar a la explicación de las circunstancias que convierten un mero no-hacer en una omisión.<sup>16</sup> En palabras del propio KOLLMANN: “Desde un punto de vista jurídico-penal, la omisión es relevante como medio para conocer la culpabilidad. La culpabilidad debe entenderse como estado de voluntad antisocial. Si el estado de voluntad del sujeto hubiera sido el que exige y presupone el ordenamiento jurídico, entonces se deberían haber tomado decisiones encaminadas a satisfacer el deber jurídico. La omisión penal presupone un deber de actuar. El deber espera obediencia. Si el sujeto no se comporta conforme a la prohibición, entonces ya se da, así, un síntoma de culpabilidad. La omisión penal es un no actuar allí donde el ordenamiento jurídico espera uno: esto es, un síntoma de culpabilidad”.<sup>17</sup> En opinión de KOLLMANN, lo anteriormente señalado es válido tanto para la omisión propia como para la impropia.<sup>18</sup>

En opinión de KOLLMANN, teniendo en cuenta que el delito sólo puede ser explicado desde una perspectiva sintomática a partir de datos de la realidad, esto es, desde una perspectiva sintomático-realística, lo que en realidad interesa decidir no es si dicha perspectiva debe ser calificada como sintomática o realista, sino si debe ser determinista o indeterminista.<sup>19</sup> Para explicarlo con un ejemplo: si la realización reincidente o habitual de una conducta por parte de un sujeto constituye un síntoma de que su voluntad es antisocial, esto es, de su culpa-

16. KOLLMANN, H., ZStW 28 (1908), pp. 464 s.

17. KOLLMANN, H., ZStW 28 (1908), pp. 463.

18. KOLLMANN, H., ZStW 28 (1908), pp. 463 s.

19. KOLLMANN, H., ZStW 28 (1908), pp. 468 ss.

bilidad penal, lo que debe decidirse es si el delincuente puede o no sustraerse a esa circunstancia. Es decir, si su culpabilidad constituye un estado que ya le viene determinado con carácter previo o bien representa, antes bien, una consecuencia evitable de su propio devenir.<sup>20</sup>

### III. Toma de posición

1. Según la concepción sintomatológica del delito, defendida en la Alemania de principios de siglo por TESAR y KOLLMANN, todos los comportamientos tipificados en el StGB como delito o falta constituyen, en realidad, meros síntomas de una personalidad desviada o antisocial, la cual constituye, en realidad, el auténtico objeto del castigo penal. Las tesis defendidas por estos dos autores no son, sin embargo, completamente coincidentes. En efecto, mientras que TESAR contrapuso la concepción sintomatológica del delito con la concepción causalista o “realística”, por considerarlas incompatibles, KOLLMANN se esforzó por sintetizar ambas concepciones en una especie de *tertium genus* que combinaba los aspectos más destacados de ambas. Según TESAR, si se explica el delito como el efecto de una causa, esto es, como un producto de la causalidad, no es posible, entonces, concebirlo, a la vez, como síntoma de una personalidad “culpable”, “desviada” o “antisocial”. Puesto de estas dos concepciones del delito TESAR considera preferible la segunda, se ve obligado a rechazar la primera, sin que quepa, por ejemplo, una combinación de ambas con predominio de la concepción sintomatológica. Para KOLLMANN, en cambio, el delito consiste en un proceso externo que concluye con un resultado causado por una acción causada por un impulso de la voluntad del sujeto, y que, al mismo tiempo, revela al delin-

20. TESAR no está de acuerdo con la observación de KOLLMANN de que la teoría de la objetivación de la culpabilidad en el proceso concreto es indeterminista, señalando que “es ésta una teoría que no coincide con el concepto «indeterminismo»”, aunque acaba reconociendo que “bien es cierto que puede ser incorporada con mayor facilidad a un sistema que parta del dogma del indeterminismo”. *Vid.* TESAR, O., ZStW 29 (1909), p. 88.

cuenta como un sujeto con una personalidad “culpable”, “desviada” o “antisocial”.

2. La dirección sintomatológica de TESAR y KOLLMANN debe ser contemplada como una concepción circunscrita a una época dominada por el auge del positivismo empírico que influyó decisivamente en todas las disciplinas que integraban la Criminología en sentido amplio, entre las que se encontraba la Psicología criminal. No en vano, superada ya aquella época y aquel ambiente cultural, la concepción sintomatológica de TESAR y KOLLMANN, pese a su posible influencia sobre algunas teorías posteriores, como la “caracteriológica de la culpabilidad” de RADBRUCH, Eb. SCHMIDT, KOHLRAUSCH y GRÜNHUT,<sup>21</sup> no sólo no ha llegado a hacer fortuna, sino que ha sido prácticamente ignorada hasta la actualidad. No obstante, debe reconocerse que la concepción que ahora nos ocupa tomó como punto de partida una idea que, desde el punto de vista de la Psicología criminal, difícilmente puede ser objeto de discusión: el delito constituye un síntoma, es revelador de la personalidad del sujeto que lo comete. De las dos principales versiones que la concepción sintomatológica ha conocido, esto es, la de TESAR y la de KOLLMANN, la que en mi opinión acierta más en este punto es la de Kollmann. En efecto, ninguna contradicción existe en entender el delito en un sentido causal y destacar, al mismo tiempo, su carácter sintomático de la personalidad antisocial del sujeto que lo comete. KOLLMANN considera compatibles ambas afirmaciones porque cree, a mi juicio con razón, que el delito puede ser definido desde distintos puntos de vista. Así, desde el punto de vista de las ciencias naturales, el delito podrá ser contemplado como un proceso externo que se desarrolla como consecuencia de las leyes de la causalidad; mientras que desde la perspectiva de la Psicología social, el delito podrá seguir siendo contemplado como un síntoma de la personalidad del delincuente. Ambas perspectivas son, a mi juicio, perfectamente compatibles.

3. Mucho más cuestionable es, sin embargo, el núcleo mismo de la concepción que ahora se valora críticamente. Es ob-

21. ROXIN, C., PG, I, 1997, § 6/5.

vio que el delito *puede* ser definido como un producto causal (VON LISZT), como un síntoma de la personalidad de su autor (TESAR), o, por último, como un producto causal sintomático de la personalidad de su autor (KOLLMANN). Pero también lo es que ninguna de estas tres definiciones consigue explicar cuál es la auténtica esencia del delito, o, al menos, para qué sirve castigar con pena a quien lo comete. En la actualidad, existe cierto consenso doctrinal en torno a la idea de que la esencia del delito, el motivo que explica la necesidad o el merecimiento de pena de una conducta, no puede ser explicado satisfactoriamente ni desde un concepto exclusivamente causal o “realístico” de delito (VON LISZT), ni desde uno exclusivamente “sintomatológico” (TESAR), ni siquiera desde uno mixto que combine ambos planteamientos (KOLLMANN). Frente a todos estos planteamientos se considera preferible optar por uno que contemple el delito como un comportamiento que lesiona o pone en peligro intereses sociales sin los cuales sería imposible el correcto funcionamiento social.

4. Por lo que se refiere específicamente a la concepción sintomatológica del delito, aunque no ignoró, ciertamente, que el Derecho penal positivo de su época consistía en un Derecho penal del hecho, y —al menos en la versión de KOLLMANN— que la personalidad culpable del delincuente debía deducirse de un comportamiento concreto, se caracterizó, precisamente, por concluir que el objeto de la pena no era el comportamiento como tal, sino la personalidad “culpable”, “desviada” o “antisocial” del delincuente.

En relación con este particular, quizá quepa matizar que la tesis según la cual el objeto de la pena no era el comportamiento como tal, sino la personalidad “culpable”, “desviada” o “antisocial” del delincuente se corresponde, en mayor medida, con la concepción de TESAR que con la de KOLLMANN. Creo poder afirmar que en la concepción de este último autor, el *objeto* de la pena viene constituido por el comportamiento concreto del sujeto; pero el motivo que justifica su castigo, esto es, la *razón* que explica la aplicación de la pena debe verse para KOLLMANN—según creo— en la personalidad “culpable”, “desviada” o “antisocial” del delincuente.

Esta idea permite inscribir a la dirección sintomatológica de TESAR y KOLLMANN entre las concepciones que prefieren entender que el Derecho penal no debe castigar hechos, conductas, comportamientos, sino caracteres, personalidades, voluntades, pensamientos. Aunque sin duda no se trata de una teoría de Derecho penal de autor pura, la concepción sintomatológica del delito sí puede ser considerada, al menos, como un primer paso hacia un Derecho penal que mostró rechazo por el principio de responsabilidad por el hecho y que ignoró la nocividad social de la conducta como fundamento del castigo penal, y del que el Derecho penal de la Alemania nacionalsocialista constituyó el más claro exponente.

La explicación de que la concepción sintomatológica de TESAR y KOLLMANN no haya sido calificada en el texto principal como “teoría de Derecho penal de autor pura” es la siguiente: tanto Tesar como Kollmann describieron y aceptaron el Derecho penal positivo de su tiempo como un ordenamiento que era, al mismo tiempo, Derecho penal del hecho y Derecho penal de autor. Uno y otro reconocieron que el StGB de su época tipificaba expresamente clases de comportamiento, tipos de conductas concretas. El Derecho penal positivo era, en esta medida, Derecho penal del hecho. No obstante ello, lo cierto era —siempre a juicio de los autores que nos ocupan—que el auténtico objeto de castigo venía representado, en todo caso, por algo que trascendía al hecho concreto realizado por el sujeto: su propia personalidad o forma de conducirse por la vida. Puede decirse, en suma, que la concepción sintomática del delito de Tesar y Kollmann, representó una percepción del Derecho penal que se encontraba a caballo entre el Derecho penal del hecho y el Derecho penal de autor.



**TERCERA PARTE**

---

**EL DERECHO PENAL  
DE AUTOR EN SENTIDO  
ESTRICTO**



# El Derecho Penal Nacionalsocialista

### I. Introducción

1. La perspectiva consistente en una mayor preocupación por el autor del delito que por el hecho delictivo mismo, claramente apuntada por la dirección de la Escuela moderna de VON LISZT, y posteriormente desarrollada por sus discípulos TESAR y KOLLMANN, alcanzó su máximo grado de desarrollo, hasta llegar al paroxismo, en una de las más funestas páginas de la historia del Derecho penal y de la humanidad: el Derecho penal de la Alemania nacionalsocialista del período 1933-1945. A pesar de que no puede negarse la existencia del referido punto de conexión entre aquéllas y estas teorías,<sup>1</sup> sería un grave error considerar a las segundas como una simple continuación de aquéllas. Las teorías de los tipos de autor de VON LISZT, TESAR y KOLLMANN consistieron en estudios apoyados sobre una base naturalística; fundamentados en estudios empíricos del delincuente; orientados hacia la lucha contra el delito a partir de los resultados arrojados por la Estadística, la Psicología o la Sociología criminales como ciencias empíricas pertenecientes a la Criminología. En cambio, las teorías de los tipos de autor defendidas en Alemania durante la vigencia del régimen nacio-

1. Señala FROMMEL, M., "Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entscheidung des § 211 StGB im Jahre 1941", JZ 1980, p. 560, que la existencia de esta conexión queda demostrada a la vista del dato de que la transformación de Derecho penal del hecho en Derecho penal que tuvo lugar en la Alemania nazi tuvo su punto de arranque en la Ley de delincuentes habituales de 1933, basada en estudios criminológicos que presentaban al delincuente habitual como un delincuente especialmente peligroso.

nalsocialista no son teorías *criminológicas*, sino *normativas*. En este segundo momento histórico, la ubicación de los autores en diferentes tipos no consiste ya en una cuestión de naturaleza meramente clasificatoria al estilo de las ciencias naturales; esto es, en una cuestión del “ser”. Se trata, por el contrario, de una cuestión deontológica; es decir, del “deber ser”.<sup>2</sup>

2. La idea central del Derecho penal vigente en Alemania durante el dominio del régimen nacionalsocialista en el período 1933-1945 fue la siguiente: el Derecho penal no debe castigar tipos de “hechos delictivos” (Derecho penal del hecho), sino “tipos de autores”. Para el Derecho penal nacionalsocialista, el fundamento de la pena ya no reside en la peligrosidad de la conducta para el bien jurídico, sino en la “voluntad” o “actitud interna” antisocial del sujeto.<sup>3</sup> Impulsados por esta doble idea, los partidarios del Derecho penal del hecho nacionalsocialista reclamaron del legislador penal la sustitución en el StGB de los tipos de hechos delictivos (homicidio”, “aborto”, “violación”, “hurto) por tipos de autor (homicida”, “abortista”, “violador”, “ladrón).<sup>4</sup> Sin embargo, la orientación penal nacionalsocialista no fue completamente uniforme, sino que conoció diferentes manifestaciones, no exactamente coincidentes entre sí.

3. En el presente Capítulo se procederá a exponer y valorar críticamente las formulaciones de seis de los más influyentes autores del Derecho penal del nacionalsocialismo alemán de los años 30 y 40 del pasado siglo: Erik WOLF, SCHAFFSTEIN, GALLAS, Hellmuth MAYER, MEZGER y DAHM. Considero más operativo dividir la exposición en dos apartados, que se corresponden con dos momentos de la evolución histórica de las teorías de los tipos de autor en el período nacionalsocialista: 1) las teorías de los tipos de autor inmediatamente anteriores al inicio del régimen nacionalsocialista (Erik WOLF); y 2) las teorías de los tipos de autor durante el régimen período

2. De este parecer FROMMEL, M., JZ 1980, p. 560.

3. ALCÁZER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, p. 41.

4. *Vid.*, por todos, MIR PUIG, S., PG, 7ª ed., 2004, 4/68.

nacionalsocialista. Este segundo apartado será fraccionado, a su vez, en dos partes: el análisis de la etapa 1933-1938 (SCHAFFSTEIN, GALLAS, Hellmuth MAYER; Erik WOLF y MEZGER); y el de la etapa 1939-1945, correspondiente al Derecho penal alemán inmediatamente anterior a- y durante la Segunda Guerra Mundial (DAHM y MEZGER).<sup>5</sup>

4. Antes de dar comienzo a la exposición del Derecho penal nacionalsocialista, interesa llamar brevemente la atención sobre algo. Entre los penalistas que acaban de ser citados como nacionalsocialistas, o, cuanto menos, próximos a los postulados del nacionalsocialismo, quizá pueda sorprender la inclusión de Hellmuth MAYER o de MEZGER. Así, por ejemplo, en lo que al primero se refiere, ALCÁCER GUIRAO, por ejemplo, ha puesto recientemente en tela de juicio la corrección de calificar a Hellmuth MAYER como un penalista nacionalsocialista.<sup>6</sup> Para ALCÁCER, no cabe dudar razonablemente que Mayer adoptó como punto de partida presupuestos ideológicos semejantes a los de los penalistas “oficiales” del régimen, así como que llegó, en muchos casos, a las mismas conclusiones alcanzadas por aquéllos. Sin embargo, concurrirían en el pensamiento del autor que ahora nos ocupa algunas características esenciales que lo separarían decisivamente de la doctrina de la Escuela de Kiel. La primera diferencia consistiría en que MAYER habría entendido el delito como algo esencialmente objetivo.<sup>7</sup> Y, en segundo lugar, este autor habría aceptado eventualmente la lesión del bien jurídico como uno de los elementos del delito junto al principal de la infracción del deber.<sup>8</sup> Por lo que se refiere a Edmund MEZGER, a estas alturas es sobradamen-

5. Divide el período nacionalsocialista en varias fases, aunque no exactamente coincidentes con las que se proponen en la presente investigación MUÑOZ CONDE, F., “La esterilización de los asociales en el nacionalsocialismo. ¿Un paso para la “solución final de la cuestión social”?”, RECPC 2002 (en línea: [www.criminet.ugr.es/recpc](http://www.criminet.ugr.es/recpc)), passim.

6. ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 41 ss.

7. ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 42 s.

8. ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, p. 43.

te conocida la relativamente reciente polémica abierta en España en relación con el mayor o menor grado de implicación del penalista alemán en el seno del régimen nacionalsocialista del *III Reich*.<sup>9</sup>

4.1. Con respecto a la observación de ALCÁCER sobre Hellmuth MAYER, simplemente señalar lo siguiente. En primer lugar, creo que en la órbita de quienes se pronunciaron sobre cuestiones penales durante la época nazi pocos autores, por no decir que prácticamente ninguno, supo o pudo sustraerse a la influencia que ejerció el radical giro ideológico que trajo consigo el régimen nacionalsocialista. Como ya se ha señalado en el texto, en el presente trabajo se expondrán las concepciones, nazis o filonazis, de Erik WOLF, SCHAFFSTEIN, GALLAS,<sup>10</sup> Hellmuth MAYER, MEZGER y DAHM, pero en absoluto debe entenderse que se trata de una enumeración exhaustiva (paradigmático es, a este respecto, el también discutido caso de Hans

9. Los términos en que esta polémica, que tiene como principales protagonistas a MUÑOZ CONDE y COBO DEL ROSAL, se está desarrollando pueden encontrarse, entre otros trabajos, por una parte en MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger*, 2ª ed., 2001; EL MISMO, *Edmund Mezger*, 2ª ed., 2003; el mismo, “La otra cara de Edmund Mezger: su participación en el Proyecto de Ley sobre Gemeinschaftsfremde (1940-1944)”, Apéndice a *Edmund Mezger*, 2ª ed., 2001, pp. 97 ss. (existe una versión algo resumida de este trabajo en Rev. DP 2001.1, Garantías constitucionales y nulidades procesales, I, pp. 665 ss.); EL MISMO, “Carta-informe de Edmund Mezger sobre el proyecto de ley sobre «extraños a la comunidad» al Consejero ministerial Rientzsch”, Anexo a *Edmund Mezger*, pp. 146 ss.; el mismo, Rev. P (9), 2002, pp. 49 s.; EL MISMO, “El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los «extraños a la comunidad»”, Rev. P (9), 2002; EL MISMO, “La esterilización de los asociales en el nacionalsocialismo. ¿Un paso para la “solución final de la cuestión social”?”, RECPC 04-05 (2002) (= LH-Bacigalupo, 2004, pp. 591 ss.); y, por la otra, en COBO DEL ROSAL, M., “Nota bibliográfica sobre MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*, 2ª ed.”, CPC 74 (2001), pp. 451 ss. Sobre el caso MEZGER vid. WAGNER, H., „Das Strafrecht im Nationalsozialismus“, en SÄCKER, F.J. (dir.), *Recht und Rechtslehre*, 1992, pp. 170 s.
10. Acerca del “caso GALLAS” vid. WAGNER, H., en SÄCKER, F.J. (dir.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, 1992, pp. 159 ss. y 178, que, siguiendo a MARXEN, K., *Der Kampf*, 1975, pp. 164 s., señala que la influencia en el autor del espíritu de la época fue tan evidente que no cabe sino concluir que en GALLAS tuvo lugar, cuanto menos, “una aproximación al Derecho penal autoritario”.

WELZEL).<sup>11</sup> Dicho esto, considero relativamente poco útil, a los efectos de la consecución de los objetivos que en esta obra se persiguen, discutir sobre si un autor (por ejemplo, Mayer, u otros autores, como MEZGER o WELZEL), simpatizaron en mayor o menor medida con los postulados del régimen. Lo que interesa en esta parte de la investigación es exponer con cierto detalle la concepción del delito defendida por una parte muy significativa de los penalistas alemanes entre 1933 y 1945. A estos efectos, debo decir que no he sabido apreciar diferencias sustanciales entre las concepciones de penalistas inequívocamente vinculados a la dirección de Kiel, como SCHAFFSTEIN o DAHM, y, por ejemplo, el Hellmuth MAYER de “Der Verbrechensbegriff” (DSt. 1938).

De conformidad con uno de los principales presupuestos de la ortodoxia de Kiel, MAYER considera en este trabajo que en el Derecho penal nacionalsocialista, el elemento esencial del delito, el auténtico fundamento de la pena, no es otro que la voluntad del autor contraria al pueblo. Es cierto que para que dicha voluntad se convierta en delito es necesario que se exprese mediante un elemento objetivo: un acto de vulnera-

11. Sobre éste *vid.*, igualmente, WAGNER, H., en SÄCKER, F.J. (dir.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, 1992, pp. 174 s.; ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, sobre todo pp. 44, 49 y 103 s., poniendo el acento en la concepción welzeliana del delito como infracción de deberes ético-sociales de la comunidad. Esta definición de delito se encuentra expresada con meridiana claridad, por ejemplo, en WELZEL, H., “Studien zum System des Strafrechts”, ZStW 58 (1939), p. 543; y, posteriormente, en EL MISMO, *Das deutsche Strafrecht*, 4ª ed., 1954, pp. 88 ss.; 6ª ed., 1958, pp. 102 ss.; 7ª ed., 1960, pp. 106 ss.; 11ª ed., 1969, p. 121. La idea del delito como infracción de un deber ético social también se encuentra presente, por cierto, en gran parte de la obra de otro de los autores cuya concepción será expuesta en el texto principal: Wilhelm GALLAS. A este respecto, *vid.*, por ejemplo, la referencia al “tono ético-social” (*sozialethische Färbung*) que caracteriza, en opinión de este último autor, a los delitos especiales en, por ejemplo, GALLAS, W., “Zum gegenwertigen Stand der Lehre vom Verbrechen”, en EL MISMO, *Beiträge*, 1968, pp. 19 ss.; EL MISMO, “Täterschaft und Teilnahme”, en EL MISMO, *Beiträge*, 1968, pp. 78 ss.; EL MISMO, “Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht”, en EL MISMO, *Beiträge*, 1968, pp. 130 ss. (=Deutsche Beiträge, 1957, pp. 3 ss.); EL MISMO, en Grebing, G., “Die Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1975 in Göttingen”, ZStW 88 (1976), pp. 175 s.

ción del deber de fidelidad al pueblo (*Verletzung der völkischen Treupflicht*). Sin embargo, cabe preguntarse si en el MAYER de 1937, dicho elemento objetivo forma parte esencial del injusto o bien se limita a cumplir una función meramente probatoria del único elemento del injusto: el de la actitud de enfrentamiento frente a los valores de la comunidad. A decir verdad, más bien parece deducirse esto último, a juzgar por la importancia a lo sumo “secundaria” que MAYER reconoce a dicho elemento objetivo.<sup>12</sup> Por lo demás, en el negado supuesto de que se entendiera que Mayer hubiese reconocido a la lesión del bien jurídico la cualidad de uno de los elementos de la definición general de delito, lo cierto sería, sin embargo, que ello no tendría por qué “expulsar” automáticamente a aquel autor de las filas del nacionalsocialismo ortodoxo. No en vano, como el propio Alcácer apunta con acierto, algunos de los más acérrimos defensores de Derecho penal nazi, como los propios SCHAFFSTEIN y DAHM, continuaron utilizando de forma eventual el concepto de bien jurídico (aunque desprovoyéndolo de todo sentido naturalístico y dotándolo de un significado esencialmente espiritualizado), y no por ello, sin embargo, ha dejado de considerarse a aquellos dos autores como dos de los más claros defensores de los más radicales postulados del Derecho penal nacionalsocialista.<sup>13</sup>

4.2. Con respecto a MEZGER, soy de la opinión de que no todos los penalistas que suelen ser citados como representantes, en mayor o menor medida, del Derecho penal nacionalsocialista ostentaron idéntico grado de militancia en el mismo. Como señala el propio MUÑOZ CONDE,<sup>14</sup> es aconsejable separar los penalistas nacionalsocialistas que encabezaron el Derecho penal nazi de aquéllos que simplemente no se resistieron, formando parte de lo que podría llamarse una “mayoría silenciosa”. Se-

12. MAYER, H., DSt. 1938, p. 78.

13. También defiende la consideración de Hellmuth MAYER como un claro representante del Derecho penal nacionalsocialista WAGNER, H., en SÄCKER, F.J. (dir.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, 1992, p. pp. 173 s.

14. MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger*, 2ª ed., 2001, pp. 78 ss.

gún mi parecer,<sup>15</sup> podrían formar parte del primer grupo, además de SCHAFFSTEIN<sup>16</sup> y DAHM,<sup>17</sup> los dos penalistas representantes de la llamada Escuela de Kiel,<sup>18</sup> Erich WOLF<sup>19</sup> y ROLAND FREISLER, el tristemente famoso “Blutrichter” (Juez sanguinario),<sup>20</sup> a quien CATTANEO ha calificado como “el representante de mayor relieve de la doctrina penal nacionalsocialista”.<sup>21</sup> Cabría integrar en el grupo de los que “se dejaron llevar” a GALLAS,<sup>22</sup> H. MAYER,<sup>23</sup> BOCKELMANN<sup>24</sup> y ENGISCH.<sup>25</sup> En este contexto, MEZGER quizá ocuparía una posición intermedia, al incor-

15. Ya apuntado en Gómez Martín, V., Interpretación, pp. 208 ss.
16. SCHAFFSTEIN, F., *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, 1935; el mismo, “Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma”, DSt. 1937.
17. DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, passim
18. La Escuela de Kiel consistió en un experimento que implicó a toda una facultad, la de derecho de la Universidad de Kiel, y que, en realidad, pretendió implicar a dicha universidad de forma íntegra, cuyo nacimiento se produjo en el verano de 1933 y cuya disolución tuvo lugar entre 1937 y 1938. El experimento, puesto al servicio de una ideologización y politización radical de la ciencia, fue encabezado por una élite de jóvenes profesores y docentes nacionalsocialistas, entre los que destacaron, además de los ya mencionados penalistas Friedrich Schaffstein y Georg Dahm, el filósofo del derecho Karl LARENZ, el teórico del estado y administrativista Ernst Rudolf Huber y los civilistas Karl MICHAELIS y Wolfgang SIEBERT: vid. ECKERT, J., “Was war die Kieler Schule?”, en Säcker, F.J. (dir.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, 1992, pp. 37 ss.; EL MISMO, “Die Kieler Rechtswissenschaftliche Fakultät -”Stoßtruppfakultät”, en OSTENDORF, H. / DANKER, U. (dir.), *Die NS-Strafjustiz*, 2003, p. 45.
19. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, EL MISMO, “Tattypus und Tätertypus”, ZakDR 1936, pp. 359 ss.
20. MUÑOZ CONDE, F., Rev. P 9 (2002), p. 48, nota 18,
21. CATTANEO, M.A., “Carl Schmitt y Roland Freisler. La doctrina penal del nacional-socialismo”, en *LH-Barbero Santos*, 2001, p. 149. Abundante documentación relativa a la actividad de FREISLER al frente del llamado *Volksgericht* se encuentra en expuesta en la impresionante *Topographie des Terrors*, que puede visitarse en el barrio berlinés de *Kreuzberg*, y que se halla enclavada, además, exactamente en el punto en el que tenía su ubicación el cuartel general de tres de las principales instituciones del régimen nazi: el SD, la *Gestapo* y las SS.
22. GALLAS, W. “Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung”, *FS-Gleispach*, 1936, pp. 50 ss.
23. MAYER, H. “Der Verbrechensbegriff”, DSt. 1938.
24. BOCKELMANN, P., *Studien zum Täterstrafrecht*, II, 1940, passim
25. ENGISCH, K., “Zur idee der Täterschuld”, ZStW 61 (1942), pp. 166 ss.

porarse muy activamente a las coordenadas del Derecho penal nacionalsocialista, pero no ser, en cambio, uno de sus originales líderes programáticos.<sup>26</sup>

## II. Las teorías inmediatamente anteriores al inicio del régimen nacional socialista: la formulación de Erik Wolf en *vom wesen des täters* (1932)

1. En la lección inaugural del curso académico de 1932 de la Universidad de Freiburg, publicada como monografía el mismo año bajo el título *Vom Wesen des Täters*,<sup>27</sup> WOLF comparte la idea de von Liszt según la cual la pena no recaería sobre el hecho delictivo, sino sobre el autor del mismo.<sup>28</sup> No obstante, WOLF se apartó expresamente de la concepción del autor como individuo cuya esencia tan solo podía ser aprehendida desde la perspectiva de las ciencias naturales, esto es, en un sentido biológico-psicológico-sociológico, defendida por von LISZT en su *Tratado de Derecho penal*.<sup>29</sup> Según WOLF, VON LISZT desarrolló el concepto de autor en dos direcciones distintas. De

26. La cuestión relativa al mayor o menor grado de implicación con el régimen nacionalsocialista no solo de los juristas citados en el texto principal, sino de otros muchos famosos juristas alemanes, constituye el objeto del exhaustivo trabajo de MÜLLER, I., *Furchtbare Juristen*, 1987, *passim*. Una referencia a la cuestión planteada, así como a la monografía de MÜLLER, se encuentra en WAGNER, H., en SÄCKER, F.J. (dir.), *Recht und Rechtslehre*, 1992, pp. 141 ss.

27. WOLF perfeccionó su teoría de los tipos de autor en un segundo trabajo. Se trata de "Tattypus und Tätertypus", publicado en 1936 en la *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*. A diferencia de *Vom Wesen des Täters*, publicado con inmediata anterioridad a la llegada al poder del régimen nacionalsocialista, y constituyó una preparación (en este sentido MARXEN, K., *Der Kampf*, 1975, p. 190) o anticipo de *lege ferenda* de los principios rectores del Derecho penal de autor que dominaría posteriormente la escena jurídica alemana durante el inexplicable holocausto nazi este artículo vio la luz cuando el Derecho penal del hecho defendido por WOLF ya era derecho positivo. La formulación de los tipos de autor de WOLF contenida en "Tattypus und Tätertypus" será expuesta *infra*, con motivo del análisis de las teorías de los tipos de autor posteriores a la llegada al poder de Hitler.

28. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 7.

29. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 9.

acuerdo con esta doble dirección, el autor sería, en primer lugar, el causante natural de un resultado delictivo en el sentido de un suceso objetivo. En segundo lugar, el causante del delito sería, de acuerdo con su esencia, un individuo especial en un sentido espiritual-psíquico-corporal, aparecido, en parte, gracias a la situación inicial y, en parte, por la influencia del medio social.<sup>30</sup> En opinión de WOLF, la explicación de la esencia de la autoría desde la perspectiva de las ciencias causales defendida por VON LISZT y sus seguidores resultaba coherente con el contexto de la estructura general del pensamiento científico propio de aquel tiempo y de las concepciones que le sirvieron de base. Se trataba de la época del empirismo y del positivismo, asentada sobre los pilares del Liberalismo político, el Individualismo ético y el Naturalismo religioso.<sup>31</sup> Para WOLF, estas tres concepciones influyeron decisivamente en la concepción de la autoría defendida por VON LISZT. Del Liberalismo político, VON LISZT extrajo la idea del hombre “natural” contrapuesto al hombre “moral” como individuo sujeto a vínculos morales, estatales y personales. Del Individualismo ético, la tesis del poder corporal-mental como baremo del deber físico-psíquico. Y como consecuencia del naturalismo religioso, la orientación de la Escuela moderna de VON LISZT se apoyó en la teoría del determinismo biológico-social. Todas estas ideas se encontraban ya en la base del pensamiento ilustrado, y fueron recuperadas, en suma, por el concepto de autor de VON LISZT y sus seguidores. En palabras de WOLF “el hombre que Franz VON LISZT pretendió haber descubierto en el autor es, por tanto, el tipo ideal abstracto «hombre» de la ideología del siglo XVIII y de la política del siglo XIX”.<sup>32</sup>

Sin embargo, la coherencia del concepto de autor de VON LISZT con la metodología positivista de su época y las concepciones que le sirvieron de base pone igualmente de manifiesto —prosigue WOLF— que el planteamiento de VON LISZT adolecía, precisamente, del defecto de ser esclavo del pensamiento

30. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 9.

31. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, pp. 10 s.

32. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 11.

liberalista de su época. Habida cuenta que la Alemania de los años 30 de siglo XX vino a certificar, en opinión de WOLF, la defunción del pensamiento político de un Estado liberal fraccionado en favor del pensamiento político de un Estado social integrado, la superación del Individualismo positivista éticamente indiferente a manos del Personalismo fenomenológico, la aparición, en suma, del Normativismo en detrimento del Naturalismo, el concepto “ilustrado” de autor defendido por VON LISZT y sus seguidores no podía sino asistir a la desaparición de aquel contexto político, científico y epistemológico que, en opinión de WOLF, había venido constituyendo su única base legitimadora.<sup>33</sup> Así expresa WOLF esta idea: “A la vista de ello, la persona aparece en el mundo histórico, que huye de las condiciones naturales y se refiere a valores (ideas), en el mundo de la *cultura*”.<sup>34</sup>

2. A diferencia de VON LISZT, WOLF no construye su concepción apoyándose en la idea de la prevención especial, sino atendiendo a principios de naturaleza ética y social.<sup>35</sup> WOLF partió, en efecto, de una perspectiva epistemológica consistente en el análisis de la esencia del autor de un delito desde un triple punto de vista: 1) *jurídico-filosófico*; 2) *jurídico-dogmático*; y 3) *jurídico-político o político-criminal*. La consideración jurídico-filosófica del autor sirve para conocer el concepto penal de autor más general. El análisis jurídico-dogmático de la ley, de la aplicación del derecho y del sistema jurídico permite interpretar el concepto de autor en el derecho vigente y construir una tipología sistemática de autores. Y el punto de vista jurídico-político conduce, por último, a plantearse el es-

33. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, pp. 11 s. Alude a la superación del concepto de autor de la Escuela moderna de VON LISZT como ejemplo del desprecio nacionalsocialista por el pensamiento individualista, naturalístico y racionalista propio de liberalismo clásico MARXEN, K., *Der Kampf*, 1975, p. 189.

34. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, pp. 14 s. Sobre la identificación de naturalismo y liberalismo político, presente de forma evidente en la obra de Wolf, como una de las principales líneas de argumentación del nacionalsocialismo alemán vid., ampliamente, ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, p. 37.

35. ROXIN, C., PG, I, 1997, § 6/7.

pacio vital que debería reservarse en el futuro a la idea de autor en la justicia penal.<sup>36</sup>

2.1. Por lo que respecta a la consideración jurídico-filosófica de autor, WOLF considera que la esencia del autor de un delito no puede ser aprehendida a partir de las ciencias naturales biológicas y psíquicas. WOLF reconoce que esta perspectiva naturalística permitía distinguir a las personas humanas del resto de los animales en la realización de algunas funciones, pero no bastaría, en cambio, para explicar *la esencia* de aquéllas, esto es, lo que las define frente a los segundos. Puesto que resultaría evidente que no todo “ser vivo” en el sentido de las ciencias naturales merecería el calificativo de “persona humana” o “autor de un delito”, WOLF llega a la conclusión de que la esencia de este último no puede ser deducida de las condiciones causales de las ciencias naturales,<sup>37</sup> sino del mundo de los valores y las ideas.<sup>38</sup> Desde esta perspectiva valorativo-cultural, uno de los elementos que definirían a la persona humana de un modo más característico es, según el parecer de WOLF, la unidad que sus actos voluntarios guardan entre sí. WOLF denominó a esta continuidad en la voluntad *actitud interna (Gesinnung)*. Esta actitud interna también puede predicarse para la voluntad jurídica como cualidad personal de sujeto de derecho. Según WOLF, aunque en la vida posterior del sujeto la actitud interna jurídica pudiera llegar a ser activada en mayor o menor grado, este elemento se caracteriza por ser innato a todo ser humano; esto es, por encontrarse presente en toda persona ya desde el principio, formando parte de su “equipaje” original.<sup>39</sup> El autor de un delito, el delincuente, no lo es porque no tenga una actitud interna jurídica. También el sujeto que comete un delito la tiene. Lo que sucede con el delincuente es, en opinión de WOLF, que su actitud

36. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 12.

37. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 14.

38. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, pp. 14 s.

39. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 15.

interna está corrompida.<sup>40</sup> La corrupción de la actitud interna jurídica supone —continúa Wolf— una desviación, un apartamiento, y una caída paulatina del sujeto, hasta quedar, finalmente, fuera del derecho.<sup>41</sup>

En la concepción de WOLF, la corrupción de la actitud interna del autor de un delito se presenta como un factor susceptible de ser clasificado en atención a dos aspectos distintos: el *grado* de corrupción y la *clase* de elementos que la formaban. Es decir: no todos los delincuentes presentaba para WOLF ni la misma *cantidad*, ni la misma *calidad* de actitud interna degenerada. La actitud interna corrompida de cada delincuente puede distinguirse, según WOLF, tanto desde un punto de vista *cuantitativo* como desde un punto de vista *cualitativo*. Ambas clasificaciones de la actitud interna parten en la orientación de WOLF de una tipología de autores que atiende a las distintas clases de relación en que el individuo puede hallarse con respecto al derecho. Esta tipología distingue entre tres clases de individuos: *Rechtsgenosse* (*compañero* de derecho), *Rechtssubjekt* (*sujeto* de derecho) y *Rechtsperson* (*persona* de derecho). Si la actitud interna de cada uno de estos individuos degenerase en una actitud interna desviada, estas tipologías se corresponderían en la tesis de WOLF con tres distintas clases de autores. Esta tipología de autores tendría el efecto adicional de reflejar tanto las diferencias *cuantitativas* como *cuantitativas* entre las respectivas actitudes internas corrompidas de las distintas clases de autores.

En cuanto a las diferencias *cuantitativas*, el sujeto que actúa como simple *Rechtsgenosse* (*compañero* de derecho) se convertiría en autor de un delito, según WOLF, cuando defraudase las mínimas expectativas culturales depositadas en su comportamiento. Ello sucedería, por ejemplo, cuando un sujeto lesiona a otro, defraudando, de este modo, la expectativa depositada en su comportamiento consistente en no lesionar a

40. En palabras del propio WOLF: “El autor es, por tanto, según su esencia, un miembro personal de la comunidad jurídica con una actitud interna jurídica corrompida”. *Vid.* WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 16.

41. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 16.

otro. La actitud interna del miembro de la comunidad jurídica se encuentra en el primer grado de corrupción. En segundo lugar, el *Rechtssubjekt* (*sujeto de derecho*) devendría autor de un delito cuando infringiese un deber especial que recaiga sobre su persona. Un ejemplo de ello se encuentra en el propuesto por WOLF del maestro obligado contractualmente que pega a uno de sus alumnos sin el consentimiento de sus padres. El nivel de corrupción de la actitud interna alcanza en esta segunda clase de individuos un grado de intensidad superior al de los simples miembros de la comunidad jurídica. Y, por último, una *Rechtsperson* (*persona de derecho*) pasará a merecer la consideración de autor cuando, teniendo la posibilidad de realizar un acto jurídico productivo, contravenga el ordenamiento jurídico. Ello ocurre, por ejemplo, en los supuestos de lesiones ocasionadas por funcionario público. Para WOLF, en esta tercera constelación de supuestos, el grado de corrupción de la persona jurídica alcanza el más elevado nivel de intensidad imaginable.<sup>42</sup>

Por lo que respecta a las diferencias *cualitativas* entre las actitudes internas corrompidas correspondientes a las distintas clases de autor, WOLF distingue entre tres clases de contravenciones: *Verbrechen* (delitos graves), *Vergehen* (delitos menos graves) y *Übertretungen* (faltas). Los *Verbrechen*, cometidos por *Rechtsgenosse*, constituyen para WOLF actos delictivos con independencia del tiempo, el lugar y del nivel de civilización. En segundo lugar, los *Vergehen* son, en su opinión, contravenciones cometidas por los *Rechtssubjekte*, y consisten, según WOLF, en contravenciones que varían dependiendo de la época, de los pueblos y de los estados. Por que respecta a las *Übertretungen*, el ejemplo más claro es el correspondiente a los delitos contra la Administración.<sup>43</sup>

En suma: la corrupción de la actitud interna podía ser clasificada, para WOLF, en atención a su grado y su clase. Pero eso no es todo. En cada uno de sus niveles, la actitud interna po-

42. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, p.16.

43. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 17.

dría presentar, además, distintos grados de intensidad.<sup>44</sup> Las modalidades de autor acuñadas por WOLF no constituyen tipos psicológicos o sociológicos arbitrarios, sino posibilidades apriorísticas de corrupción presentes en la esencia misma de la persona de derecho. En estas posibilidades de corrupción se expresa la estructura óntico-existencial de la autoría. Esta estructura es previa a la Psicología, pertenece a las realidades apriorísticas materiales de la vida jurídica.<sup>45</sup>

2.2. Desde el punto de vista de la consideración jurídico-dogmática de autor, WOLF reconoce que el Derecho penal vigente en Alemania en 1932 —año de publicación, recuérdese, de *Vom Wesen des Täters*— no consiste en un Derecho penal de autor, sino en un Derecho penal del hecho. Aquel StGB tipifica los *hechos* de estafa, el asesinato, las relaciones sexuales antinaturales o la alta traición al Estado como delitos; pero nada dice sobre el estafador, el asesino, el tipo general de homosexual, el tipo individual de delincuente político o del sujeto que le convence para cometer el delito.<sup>46</sup> En el antiguo StGB alemán, el autor aparece como punto de referencia del juicio causal. En opinión de WOLF se trata, en suma, de un concepto formal, abstracto y naturalístico de autor.<sup>47</sup> WOLF se opone a este concepto de autor y comparte la tesis de Eberhardt SCHMIDT según la cual el concepto de autor es un concepto de naturaleza valorativa. Partiendo de la premisa de que autor es quien ejecuta la acción, desde la perspectiva normativa de WOLF “ejecutar” una acción consiste en realizarla “típicamente”, esto es, no solamente actuar en el mundo exterior, sino realizar “un delito”, es decir, hacer algo que puede ser *va-*

44. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, pp. 17 s.

45. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 18.

46. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 21.

47. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 21. En opinión de WOLF, este concepto penal de autor constituye, en realidad, una suerte de concepto paralelo al concepto abstracto, ahistórico y formal de sujeto del Derecho privado. Para WOLF, ambos conceptos abstractos y formales de autor tienen, además, un origen común: el pensamiento ilustrado del siglo XVIII (*vid. op.cit., loc.cit.*).

*lorado* como una lesión de intereses.<sup>48</sup> WOLF se pregunta si hay, en realidad, tipos legales de autor que no sólo sean formales y abstractos, sino también materiales y concretos. WOLF cree que la elaboración de una tal tipo de autoría es posible. Este concepto debe tener en cuenta dos reglas esenciales: a) debe tratarse de un concepto intermedio entre el concepto de autor abstracto elaborado por el legislador, que representa el tipo de autor más general, y el concepto judicial de autor, esto es, la determinación del sujeto que en el supuesto de hecho concreto debe ser considerado autor, que constituye el tipo concreto de autor; y b) el concepto de autor debe ser un concepto sistemático-científico y de naturaleza jurídica.<sup>49</sup> Los tipos de autor a los que se refiere WOLF no tienen nada que ver con los tipos psicológicos de autor, esto es, con una consideración individual de la persona. Una tal consideración podría resultar útil para la determinación o la ejecución de la pena, pero no para la Teoría de la autoría, decisiva para la valoración del hecho, del injusto y de la culpabilidad.<sup>50</sup> Puesto que según la consideración jurídico-filosófica del autor su esencia se encuentra para WOLF en su actitud interna corrompida, los tipos de autoría tipifican clases de corrupción personal de la actitud interna. Los tipos de autoría son indicios de la corrupción de la persona. En la concepción de WOLF, los tipos son una especie de adelanto del conocimiento de la corrupción del *Rechtsge-nosse*, el *Rechtssubjekt* o la *Rechtsperson*.<sup>51</sup>

Según WOLF, el StGB ofrece ejemplos de tipos de autoría referidos a la corrupción de la actitud interna de estas tres clases de individuos. WOLF clasifica los comportamientos típicos que constituyen indicios de otros tantos tipos básicos de autoría en cinco grupos: a) comportamiento *peligroso para la comunidad*; b) comportamiento *contrario a la comunidad*; c) comportamiento de *enemistad* con la comunidad; d) comportamiento de *desidia* en relación con la comunidad; y e) com-

48. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 25.

49. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 26.

50. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 27.

51. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 27.

portamiento dañoso para (o de *indiferencia* con respecto a) la comunidad.<sup>52</sup>

En opinión de WOLF, en el caso de *Rechtsgenosse*, el StGB parece insinuar que la corrupción de su actitud interna jurídica puede impulsarle a actuar de modo peligroso para la comunidad. El miembro de la comunidad jurídica se habría convertido, con ello, en un “tipo de autor *peligroso para la comunidad*” (*Täterschaftstypus der Gemeingefährlichkeit*) [a], debido a su impulsividad y su deshonestidad. No en vano, este tipo de autor constituye para WOLF un presupuesto del tipo subjetivo de todos los delitos contra la honestidad.<sup>53</sup>

Por lo que respecta a la corrupción de la actitud interna de los *Rechtssubjekte*, el StGB vigente en 1932 parte, en opinión de Wolf, de la premisa de que la referida corrupción no se manifestaría, como en el caso de los *Rechtsgenosse*, por medio de un comportamiento impulsivo, sino a través de un comportamiento dirigido por la voluntad, esto es, de un comportamiento final. Se trataría de un comportamiento regido por actitudes esencialmente egoístas, orientadas, en suma, a la consecución de un objetivo individualista. Esta clase de comportamiento constituiría, en realidad, el indicio de un “tipo de autor *contrario a la comunidad*” (*Täterschaftstypus der Gemeinwidrigkeit*) [b]. Este enfrentamiento con la sociedad consistiría en una fría asocialidad en la que el sujeto prefiere el desnudo egoísmo del individualismo que unirse a la comunidad a partir de valores personales. Claro exponente de esta clase de comportamiento, indicio del tipo de autor acabado de referir, son, para WOLF, los llamados “delitos de intención” (*Absichtsdelikte*), como la estafa y la apropiación indebida. Según el razonamiento de WOLF, si, por ejemplo, la estafa cometida “sin intención” no se castiga, ello es debido, en realidad, a que en estos supuestos no existe un estafador.<sup>54</sup>

Por lo que respecta a la *Rechtsperson*, WOLF considera que el StGB toma como punto de partida la idea de que la corrup-

52. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 31.

53. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 28.

54. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 29.

ción de su actitud interna puede presentarse de dos formas diferentes. En la primera de estas dos formas, la actitud interna de la persona de derecho se vería corrompida como consecuencia de una actitud “fantástico-ideológica” que lo convierte en un *enemigo de la comunidad* (*Täterschaftstypus der Gemeinfeindlichkeit*) [c]. La relación de esta persona de derecho con la comunidad no consistiría para WOLF en una relación de fría asocialidad, como sucedía con el sujeto de derecho contrario a la sociedad, sino que se trataba de una relación de apasionada antisocialidad o hipersocialidad. El enemigo de la comunidad no la negaba, sino que, al contrario, la afirmaba; pero lo hacía únicamente de una forma “nueva y mejor”, de una forma propia. El ejemplo más claro de delincuente con actitud interna corrompida por su enemistad con la comunidad es para WOLF el “delincuente por convicción” (*Überzeugungsverbrecher*).<sup>55</sup>

La segunda forma que la corrupción de la actitud interna puede presentar en la persona de derecho es la propia del “tipo de autoría de la *desidia respecto de la comunidad*” (*Täterschaftstypus der Gemeinlässigkeit*) [d]. Este tipo de autor se caracteriza por mostrar una actitud de inactividad social. La corrupción de su actitud interna se presenta aquí mediante la forma de una completa indiferencia con respecto a la llamada de la activación de la persona de derecho por parte de su actitud interna. Se trata de una actitud negativo-individualista. A juicio de WOLF, este tipo de autor encuentra su máxima expresión en los “delitos administrativos” (*Verwaltungsdelikte*).<sup>56</sup>

Por último, WOLF elabora una especie de tipo de comportamiento “de recogida”, integrado por el amplísimo abanico formado por el resto de los comportamientos delictivos imaginables. A este tipo de comportamiento de recogida WOLF lo denomina “tipo de comportamiento *socialmente indiferente*”. WOLF

55. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 29.

56. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 30. Según WOLF, la diferencia entre los delitos administrativos (*Verwaltungsdelikte*) y los delitos criminales (*Kriminaldelikte*) no deberían ser distinguidos ni en la tipicidad ni en el injusto, sino en la culpabilidad y, sobre todo, en el marco de la Teoría de la autoría. *Vid.* WOLF, E., *op.cit.*, *loc.cit.*

no concibe este tipo de comportamiento como especialmente propio de ningún nivel de corrupción personal, sino que podría aparecer en todos los niveles como desliz ocasional de la actitud interna. Este tipo de comportamiento se conoce habitualmente con el nombre de “dañosidad a la comunidad” (*Gemeinschaftlichkeit*), y se traduce en la actitud interna presente, por ejemplo, en el autor de un delito imprudente y de algunos delitos dolosos como el delito de daños o el de lesiones.<sup>57</sup>

En resumen: a juicio de WOLF, estos cinco tipos básicos de autoría (comportamiento peligroso para -, contrario a -, enemigo de -, desidioso con - y dañoso para la comunidad) constituyen los pilares sobre los que debe construirse el futuro sistema dogmático de Derecho penal. Para WOLF, el futuro Derecho penal alemán debe dejar de ser un Derecho penal del hecho, un catálogo de tipos de supuestos de hecho, para devenir un catálogo abierto de tipos de autor.<sup>58</sup>

2.3. En lo que se refiere a la consideración jurídico-política o político-criminal de autor, WOLF media en la discusión sobre si a la pena le corresponde una función retributiva o una función educativa defendiendo una síntesis de ambas posiciones. Según esta concepción sintética de la teoría de la pena, que descansa sobre la base de un concepto normativo de autor, la pena participa tanto de una función retributiva como de una función educativa.<sup>59</sup> La idea de retribución es, en opinión de WOLF, inmanente a todo Derecho penal. La esencia misma del concepto de pena desaparecería. Según su parecer, esta idea también debe estar presente en un Derecho penal de autor y seguir teniendo el sentido que siempre le ha correspondido: una disminución de la personalidad jurídica.<sup>60</sup> La idea de educación o mejoramiento también conecta con el concepto normativo de autor. En opinión de WOLF, la idea de persona no puede separarse de la idea de educación. El objetivo de la educación del autor consiste únicamente en la reconstrucción de toda su

57. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 31.

58. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 31.

59. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, pp. 32 s.

60. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 33.

personalidad jurídica, no de la moral.<sup>61</sup> La reconstrucción de la persona jurídica debe llevarse a cabo de tal modo que se intente recuperar o crearse ex novo la situación espiritual a partir de la cual se produce el despertar de la voluntad a la actitud interna. Esto es, una actitud social de trabajo social, de relaciones colectivas de vida, de autodomínio.<sup>62</sup>

En conclusión: WOLF sintetiza su concepción realista del Derecho penal y del autor en el párrafo final de *Vom Wesen des Täters*: “(...) Una teoría normativa del autor que desarrolle la esencia del autor como una forma de ser del hombre en el derecho sin caer en el mero psicologismo y sociologismo, pero tampoco sin una sublimación del mero logicismo — no sólo se corresponde con el estado actual del conocimiento filosófico y las exigencias de la Nueva Criminología, sino que, pese a constituir una modesta declaración sobre el fundamento de la vida de nuestra generación, tiene la expectativa, además, de hacer fructífero también para el Derecho penal su objeto de opinión moral e intelectual, el momento ya ha llegado”.<sup>63</sup>

### III. Las Teorías de los tipos de autor durante el período nacionalsocialista (1933-1945)

#### 1. Primera etapa: 1933-1938

##### 1.1. La legislación

El nombramiento de Hitler como Canciller el 30 enero 1933 a manos del entonces Presidente de la República de Weimar,

61. WOLF se ve obligado a realizar esta aclaración porque considera que a la corrupción de la personalidad jurídica suele ir asociada la corrupción de la personalidad moral. No obstante ello, lo cierto es, sin embargo, que el propio Wolf reconoce que en algunos casos una y otra clase de corrupción de la personalidad no tienen por qué coincidir. Este es el caso, por ejemplo, del delincuente por convicción, que constituye un supuesto de corrupción de la personalidad jurídica sin corrupción de la personalidad moral. *Vid.* WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 33.

62. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 34.

63. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 36.

PAUL VON HINDENBURG, simbolizó la “defunción” de ésta segunda y el nacimiento del más trágico régimen totalitario de cuantos ha conocido la historia del mundo contemporáneo: el *III Reich* nacionalsocialista.<sup>64</sup> Poco después, Hitler aprueba el Decreto para la Defensa del Pueblo y del Estado. Este Decreto dejó *materialmente*<sup>65</sup> en suspenso la Constitución de Weimar, que fue sustituida por el programa de su NSDAP (Partido Obrero Nacionalsocialista Alemán).<sup>66</sup> Esta situación aparentemente transitoria, motivada por el incendio del *Reichstag* el 27 de febrero de 1933, se acabó convirtiendo, sin embargo, en un estado de excepción permanente.<sup>67</sup> En este nuevo contexto político, el Derecho penal positivo alemán inició un paulatino tránsito del Derecho penal del hecho al más radical de los Derechos penales de autor conocidos hasta la fecha en la época moderna. Entre otras normas,<sup>68</sup> los principales hitos legislativos que jalonaron la primera fase de esta transición (1933-1938) fueron los tres siguientes: a) Ordenanza municipal para la protección del pueblo y el Estado, de 28 febrero 1933; b) Ley contra los delincuentes habituales peligrosos y sobre medidas de seguridad y corrección, de 24 noviembre de 1933; y c) Ley de 28 junio 1935, de reforma del StGB.

64. Un breve resumen del nacimiento del régimen nacionalsocialista se encuentra, por ejemplo, en DAHM, G., *Deutsches Recht*, 2ª ed., 1963, pp. 269 ss.

65. Apunta SCHULZE, H., *Breve historia de Alemania*, 2001, p. 200, que, *formalmente*, la Constitución de Weimar continuó estando en vigor, aunque no materialmente, puesto que, al perpetuarse el estado de excepción decretado por Hitler, aquella norma nunca más volvió a ser derecho “vivo”.

66. SCHULZE, H., *Breve historia de Alemania*, 2001, p. 200; RÜPING, H., “Nullum crimen sine poena. Zur Diskussion um das Analogieverbot im Nationalsozialismus”, FS-OEHLER, 1985, p. 29; DAHM, G., *Deutsches Recht*, 2ª ed., 1963, p. 269.

67. SCHULZE, H., *Breve historia de Alemania*, 2001, p. 200.

68. Como, por ejemplo, la Ley de Defensa Nacional, de 21 mayo 1935, por la que se excluía a los judíos del “servicio de honor al pueblo alemán” (*vid.* SCHULZE, H., *Breve historia de Alemania*, 2001, p. 205); las Leyes de Nuremberg de 15 septiembre 1935, de protección de la sangre y el honor alemán (*vid.* FROMMEL, M., “Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel”, ADPCP 1989, p. 627; SCHULZE, H., *Breve historia de Alemania*, 2001, p. 205]; o el Decreto sobre lucha preventiva contra la delincuencia, de 14 diciembre 1937 (*vid.* FROMMEL, M., “La lucha contra la delincuencia en el nacionalsocialismo”, EPC 1993, (XVI), p. 52).

a) Conforme al Preámbulo de la Ordenanza municipal para la protección del pueblo y el Estado, de 28 febrero 1933, el ámbito de aplicación de esta norma estaba limitado a los “enemigos” políticos del nacionalsocialismo. No obstante, los tribunales de justicia aplicaron esta Ordenanza no sólo a aquéllos, sino a todos los que “de forma dañina para el Estado o el pueblo ponen en peligro con su conducta la reconstrucción del pueblo alemán”.<sup>69</sup>

b) El 24 de noviembre de 1933 se aprueba en Alemania la Ley contra los delincuentes habituales peligrosos y sobre medidas de seguridad y corrección.<sup>70</sup> Esta circunstancia tuvo un doble efecto para el Derecho penal: la incorporación al StGB del antiguo § 20 y la reforma del § 51 II StGB.<sup>71</sup>

Según el primero de estos dos preceptos, “la culpabilidad penal del autor no sólo consiste en la culpabilidad por el hecho concreto, sino también la culpabilidad por la conducción de toda su vida que le ha hecho degenerar” (... *seine ganze Lebensführungsschuld, die ihn hat «aus der Art schlagen» lassen*).<sup>72</sup> De conformidad con el § 20 StGB nacionalsocialista, si una valoración global de los hechos pone de manifiesto que el autor era un “delincuente habitual peligroso”, esto es, si ya había sido condenado con anterioridad al menos en tres ocasiones, entonces es merecedor de pena de presidio.<sup>73</sup> El antiguo § 20 StGB no viene a tipificar, por tanto, un hecho concre-

69. Son palabras de un delegado gubernamental pronunciadas en 1933 en una sesión secreta de policía. Las transcribe FROMMEL, M., EPC 1993 (XVI), p. 52.

70. Aunque no pudo ser aprobada durante la vigencia de la República de Weimar, sino una vez iniciada la época nazi, la Ley de delincuentes habituales fue, en realidad, un producto de los esfuerzos reformistas de aquél régimen político: vid. Roxin, C., PG, I, 1997, § 6/8; Frommel, M., EPC 1993 (XVI), pp. 47 s.; la misma, “Verbrechensbekämpfung im Nationalsozialismus”, en Säcker, F.J. (dir.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, 1992, p. 191.

71. Sobre estos dos preceptos, ampliamente, vid. MEZGER, E., “Täterstrafrecht”, DSt. 1934, pp. 145 ss.; DAHM, G., *Der Tätertyp im Strafrecht*, 1940, pp. 9 ss.

72. MEZGER, E., “Die Straftat als Ganzes”, ZStW 57 (1938), pp. 688 s.

73. Un análisis crítico de este precepto se encuentra en WAGNER, H., en SÄCKER, F.J. (dir.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, 1992, pp. 149 s.

to, sino una determinada “forma de vida”. Esta especial forma de vida del delincuente habitual peligroso constituye un tipo “criminológico” (*kriminologischer*)<sup>74</sup> o “legal” (*gesetzlicher*)<sup>75</sup> de autor. El § 20 StGB da paso a la aparición de otros tipos criminológicos de autor en el Código penal nacionalsocialista. Algunos de estos tipos son el delincuente profesional,<sup>76</sup> el rufián (antiguo § 181 StGB), y el vagabundo, mendigo, borracho o vago (antiguo § 361 StGB).<sup>77</sup> En todos estos casos, lo que determina la pena no es una conducta, sino la pertenencia del delincuente a un “tipo criminológico de autor”. No se castiga al delincuente habitual o profesional, al rufián, al vagabundo, al mendigo, al borracho, al vago, al inmoral o al ladrón por el hecho cometido, sino por su pertenencia al correspondiente tipo criminológico o legal de autor.<sup>78</sup> En sí mismo considerado, esto es, fuera del contexto configurado por la conducción de vida representada por el autor, el acto concreto carece de relevancia; o esta relevancia es, a lo sumo, meramente indicia-ria. Desde la perspectiva de la teoría que nos ocupa, el Derecho penal no debe concebir el hecho cometido por el sujeto como un acontecimiento ocasional en el transcurso de la vida, sino, antes bien, como síntoma de una forma de vida más amplia; esto es, como un suceso que conectaría con la esencia misma del autor.<sup>79</sup> Analizar más detenidamente estos tipos, así como

74. MAURACH, R., *PG*, I, 1962, pp. 293 s. y 295; ROXIN, C., *PG*, I, 1997, § 6/8; FROMMEL, M., *JZ* 1980, p. 360.

75. MEZGER, E. / BLEI, H., *AT*, 15ª ed., 1973, p. 63.

76. MAURACH, R., *PG*, I, 1962, p. 295.

77. ROXIN, C., *PG*, I, 1997, § 6/8. Mucho más discutible era la consideración de determinados tipos de delincuentes contra la moralidad (*Sittlichkeitsverbrechen*) como tipos criminológicos de autor, o si el allanador de morada profesional (*berufsmäßiger Einbrecher*), el hurtador de bolsos (*Taschendiebe*), o la hurtadora que se aprovecha de las situaciones suscitadas como consecuencia del mantenimiento de relaciones sexuales (*Beischlafdiebinnen*) constituían, en realidad, ejemplos del tipo criminológico de autor del ladrón: *vid.* MEZGER, E. / BLEI, H., *AT*, 15ª ed., 1973, pp. 63 s.

78. MAURACH, R., *PG*, I, 1962, pp. 293 s. y 296; ROXIN, C., *PG*, I, 1997, § 6/8; MEZGER, E. / BLEI, H., *AT*, 15ª ed., 1973, p. 64. Numerosos ejemplos de tipos criminológicos de autor previstos en el RStGB se encuentran en SELIG, E., *Lehrbuch der Kriminologie*, 2ª ed., 1951, p. 41.

79. MAURACH, R., *PG*, I, 1962, pp. 293 s.

considerarlos en su significado político-criminal, es competencia, en cambio, de la Criminología.<sup>80</sup> Según Monika FROMMEL, la Ley contra los delincuentes habituales peligrosos y sobre medidas de seguridad y corrección fue aplicada en el período comprendido entre 1934 y 1944 a más de 17.000 personas, que fueron internadas en campos de concentración de los que nunca salieron con vida.<sup>81</sup>

Por lo que respecta al § 51 II StGB nacionalsocialista, este precepto permite al Juez castigar al semiimputable con la misma pena que al plenamente imputable, si se trata de un delincuente habitual en el sentido del § 20 StGB.

c) En 1935, el legislador penal nacionalsocialista modifica el RStGB 1871 mediante la Ley de reforma del Código penal de Ley de 28 junio. El precepto más importante de esta Ley fue el art. 1, que modifica el decisivo § 2 RStGB, según el cual “una acción sólo puede ser sancionada con una pena si esa pena estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho”.<sup>82</sup> La modificación nacionalsocialista del precepto operada en 1935 permite castigar con pena un hecho “que la ley declare punible o que merezca pena de acuerdo con la idea básica de una ley penal y el sano sentimiento del pueblo. Si al hecho no es directamente aplicable ninguna ley penal concreta, el hecho será castigado de acuerdo con la ley cuya idea básica mejor se le pueda aplicar”.<sup>83</sup> Con este precepto, el régimen nacionalsocialista introduce expresamente la analogía *in*

80. MEZGER, E. / BLEI, H., AT, 15ª ed., 1973, p. 64.

81. FROMMEL, M., EPC 1993 (XVI), p. 45.

82. ROXIN, C., *PG*, I, 1997, § 5/14; RÜPING, H., *FS-Oehler*, 1985, p. 30; WAGNER, H., en SÄCKER, FJ. (dir.), *Recht und Rechtslehre*, 1992, p. 169. El § 2 RStGB asumió, con ciertas modificaciones, el contenido del § 2 StGB prusiano de 1851, antecesor del RStGB 1871, que era, a su vez, una traducción literal del art. 4 del *Code Pénal* francés de 1810. Según el § 2 StGB prusiano 1851, “ningún delito grave, ningún delito menos grave y ninguna falta pueden ser sancionados con una pena que no estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho”. *Vid.* sobre esto ROXIN, C., *PG*, I, 1997, § 5/14.

83. Sobre este precepto, especialmente acerca del concepto “sano sentimiento del pueblo” *vid.* PETERS, K., “Das gesunde Volksempfinden”, *DSt.* 1938, pp. 337 ss.

*malam partem* en el StGB, derogando, de este modo, el principio de legalidad entendido como sujeción del Estado a la ley.<sup>84</sup> No en vano, la doctrina nacionalsocialista (por ejemplo DAHM) entendió por “sano” sentimiento popular aquella “interpretación” de la ley “que se correspondiera con la idea alemana y nacionalsocialista de derecho”.<sup>85</sup> Esto es, en un sentido indeterminado, circular, y confiriendo al Juez una autonomía respecto del derecho positivo prácticamente absoluta.<sup>86</sup> De este modo, el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* perdería su sentido liberal de sujeción del Juez al derecho positivo para transformarse en el principio por virtud del cual el Juez se encontraría vinculado, no a la ley, sino a la “voluntad de la dirección política” (*den Willen der politischen Führung*) y a la “contemplación del pueblo” (*Volksanschauung*).<sup>87</sup>

Estas tres importantes reformas legislativas provocaron una profunda transformación del Derecho positivo. Tal fue su alcance que esta reforma puede ser considerada como el primer paso en el abandono del Derecho penal del hecho de la República de Weimar heredado por el *III Reich* por un nuevo Derecho penal de autor. Como no podía ser de otro modo, esta transformación del derecho positivo tuvo su reflejo en el pensamiento de la doctrina de la época. A continuación serán expuestas, de forma breve, las principales formulaciones del período 1933-1940 que ahora se analiza. Se trata de las formulaciones de SCHAFFSTEIN, GALLAS y Hellmuth MAYER; la formulación defendida por Erik Wolf en “Tattypus und Tätertypus” (1936); y la sostenida por MEZGER en “Die Straftat als Ganzes” (1938).

84. MÜLLER, I., “Der Niedergang des Strafrechtssystems im Dritten Reich”, en OSTENDORF, H. / DANKER, U. (dir.), *Die NS-Strafjustiz*, 2003, pp. 11 s.; MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger*, 2ª ed., 2001, p. 58.

85. DAHM, G., “Das Ermessen des Richters im nationalsozialistischen Strafrecht”, *DSt.* 1934, *DSt.* 1934, p. 91. Críticamente MARXEN, K., *Der Kampf*, 1975, p. 205.

86. DAHM, G., *DSt.* 1934, p. 90.

87. DAHM, G., *DSt.* 1934, p. 92. Sobre esto, críticamente, *vid.* MARXEN, K., *Der Kampf*, 1975, pp. 192 ss., en especial p. 193.

## 1.2. La doctrina

En su monografía *Das Verbrechen als Pflichtverletzung* (1935), Friedrich SCHAFFSTEIN considera posible dividir la evolución histórica de la Ciencia del Derecho penal en dos grandes etapas: una primera etapa, derivada de la forma de pensamiento social-liberal del siglo XIX, de acuerdo con la cual se concedía mayor importancia a la intervención en la esfera privada de libertad del individuo que a los delitos que se dirigían inmediatamente contra los bienes jurídicos colectivos;<sup>88</sup> y una segunda etapa, correspondiente al nuevo Derecho penal nacionalsocialista, cuyo principal rasgo distintivo consistiría, precisamente, en una abierta oposición al Derecho penal decimonónico del individuo y en la preferencia por los valores de la colectividad frente al dominio del individuo. Desde esta segunda perspectiva, el individuo tan solo interesaría como objeto de la consideración de la ciencia jurídico-penal en su condición de miembro de la colectividad, no como individuo en sí. Por encima de si el comportamiento del individuo ha lesionado o no un bien jurídico, a este nuevo Derecho penal le interesaría conocer si la actitud interna del individuo es o no reprochable por oponerse o no a la colectividad, o si el individuo infringe algún deber que ésta le había impuesto.<sup>89</sup> Según GALLAS, el papel desempeñado por la comunidad jurídica como sujeto pasivo del delito en la determinación de la esencia del delito sufrió una transformación decisiva con la llegada del régimen nacionalsocialista alemán. En el Derecho penal clásico y neoclásico del Estado Liberal, la circunstancia de si un delito había afectado o no a la comunidad servía para determinar el alcance del delito, pero no su existencia misma. Para el Derecho penal nacionalsocialista, en cambio, la esencia misma del delito residía en la afectación de intereses de la comunidad.<sup>90</sup> Por ello, la llegada del Derecho penal del nacionalsocialismo

88. SCHAFFSTEIN, F., *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, 1935, pp. 5 s. En idéntico sentido GALLAS, W., “Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung”, *FS-Gleispach*, 1936, pp. 57 ss. y nota 17.

89. SCHAFFSTEIN, F., *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, 1935, pp. 7 s.

90. GALLAS, W., *FS-Gleispach*, 1936, p. 63.

alemán representa para un importante sector de la doctrina de la época la transición de un Derecho penal que ponía el acento en la lesión del bien jurídico (*Rechtsgutsverletzung*) a un Derecho penal que lo pone, en cambio, en la noción de delito como hecho contrario a la comunidad (*Geimeinschaftswidrigkeit*),<sup>91</sup> como una traición (*Verrat*) al pueblo,<sup>92</sup> como la infracción del deber (*Pflichtverletzung*) de fidelidad al cuerpo social y al Führer.<sup>93</sup> El autor del delito expresaría este enfrentamiento con la comunidad a través de su voluntad (*Willensstrafrecht*) del autor,<sup>94</sup> de su actitud interna (*Gesinnungstrafrecht*)<sup>95</sup> o de su personalidad<sup>96</sup> Durante el nacionalsocialismo, la doctrina absolutamente dominante abandono el liberal Derecho pe-

91. MARXEN, K., *Der Kampf*, 1975, p. 183.

92. MARXEN, K., *Der Kampf*, 1975, pp. 186 ss.

93. BERGES, A., DSt. 1934, pp. 239 ss.; SCHAFFSTEIN, F., “Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma”, DSt. 1937, p. 344; EL MISMO, “Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?” DSt. 1935, p. 105. La preferencia de SCHAFFSTEIN por una explicación del injusto a partir de la idea de infracción de deber sobre una que atendiese a la lesión del bien jurídico encontró su muestra más evidente en la concepción de los delitos de funcionario defendida por este autor. SCHAFFSTEIN se opuso a la idea de que el elemento correspondiente a la infracción del deber que recaía sobre los miembros de la Administración de los delitos de funcionario no se derivaba, a su vez, de un supuesto bien jurídico consistente en el “buen funcionamiento de la Administración pública” (elemento principal del injusto delictivo). En opinión de este autor, la infracción del referido deber era, en realidad, el elemento principal, y no un elemento meramente secundario o derivado de un bien jurídico que, además, no existía como tal: *vid.* SCHAFFSTEIN, F., DSt. 1937, p. 344. Sobre esto *vid.* SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, 1962, p. 73; ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, p. 37.

94. FREISLER, R., “Einige Gedanken über Willenstrafrecht und Mehrheit von Straftaten”, DSt. 1935, pp. 162 ss., que llegó a afirmar que en el Derecho penal nazi, el hecho desempeñaba exclusivamente el papel de “reflejo” o elemento de prueba de la voluntad criminal como auténtica esencia de delito (p. 171). En sentido similar, aludiendo concretamente al resultado, y refiriéndose a la teoría sintomática del delito Dahm, G., DSt. 1934, pp. 87 ss. *Vid.* también GURTNER, F. / FREISLER, R., *Das neue Strafrecht*, 1936, pp. 136 s.; BERGES, A., “Pflichtwidrigkeit und Willenstrafrecht”, DSt. 1934, pp. 239 ss.

95. KOHLRAUSCH, E., “Das kommende deutsche Strafrecht”, ZStW 54 (1935), pp. 387 ss. Críticamente MARXEN, K., *Der Kampf*, 1975, pp. 188 s.

96. DAHM, G., DSt. 1934, pp. 95 s.

nal del hecho para acoger con entusiasmo el nuevo y antiliberal Derecho penal de autor.<sup>97</sup> De acuerdo con esta nueva concepción del Derecho penal, el sujeto no es castigado por haber lesionado o puesto en peligro un bien jurídico, sino por haber exteriorizado una actitud interna reprochable, al traicionar a la colectividad mediante la infracción del deber de fidelidad a aquélla. Desde esta perspectiva, se considera que el tanto el concepto de bien jurídico como la concepción del delito como su lesión o puesta en peligro son insuficientes para explicar el Derecho penal nacionalsocialista y sus nuevos valores supremos (el pueblo, la raza),<sup>98</sup> siendo necesario referirse, en cambio, al autor y a su concreto círculo de deberes con respecto a la colectividad.<sup>99</sup>

### 1.3. E. WOLF (*Tattypus und Tätertypus*, 1936)

En el artículo “Tattypus und Tätertypus” (1936), Erik WOLF afirma que ya no es posible realizar un análisis del delito orientado a la comprensión de su esencia a partir de la clásica tripartición abstracta de sus elementos en tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, o mediante la desmembración del concepto general de delito en distintas clases de tipos, como los “tipos de mera actitud interna”, “tipos de traición”, “tipos de infracción de deber” o “tipos de lesión de un bien jurídico”. Toda consideración del delito que pretenda aprehender su esencia como concepto general debe contemplarlo como una entidad con dos partes bien diferenciadas: un hecho y un autor. En tanto que

97. MARXEN, K., *Der Kampf*, 1975, pp. 190 ss. y 208 ss.

98. SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, 1962, p. 80; MARXEN, K., *Der Kampf*, 1975, p. 184; WERLE, G., *Justiz-Strafrecht*, 1989, pp. 698 ss.

99. FREISLER, R., DSt. 1935, pp. 162 ss.; SCHAFFSTEIN, F., *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, 1935, pp. 9 s.; EL MISMO, DSt. 1937, p. 344; HÖHN, R., “Staatsbegriff, Strafrecht und Strafprozeß », DR 1935, p. 266; GALLAS, W., *FS-Gleispach*, 1936, pp. 51 s. nota 1; MAYER, H., “Der Verbrechensbegriff”, DSt. 1938, p. 77. El contenido de todos los elementos del Derecho penal nacionalsocialista que han sido referidos en el texto, así como algunos otros, se encuentra ampliamente expuesto en la obra programática de GURTNER, F. / FREISLER, R., *Das neue Strafrecht*, 1936, pp. 35 ss. y, sobre todo, pp. 133 ss. Sobre todo lo anterior *vid.* ECKERT, J., en OSTENDORF, H. / DANKER, U. (dir.), *Die NS-Strafjustiz*, 2003, p. 47.

hecho, el delito consiste en una acción dañosa. El autor, por su parte, es la actitud interna que produce ese daño.<sup>100</sup>

En contraposición al “tipo de hecho”, WOLF concibe el “tipo de autor” como el que proporciona los elementos personales subjetivos del delito. Sin embargo, desde este punto de vista, el autor no es considerado en su sentido psicológico-individual o sociológico. El concepto de autor constituye para Wolf en el seno de la Dogmática del Derecho penal, al contrario, un concepto de naturaleza política y ética. El “tipo de autor” es, por tanto, un juicio político y ético que tiene por objeto al sujeto activo del delito. El juez no se enfrenta a un mero substrato psico-físico individual, sino a un miembro de la sociedad portador de una determinada actitud interna. En opinión de WOLF, pueden darse tres supuestos. Puede ocurrir, en primer lugar, que la propia ley tipifique expresamente al autor personal. Ello sucede, por ejemplo, con ciertas tipificaciones de autores fundamentadoras del carácter de “delito especial del hecho”. Ello ocurre, así, en el caso de las referencias legales a la “mujer extramatrimonial” en el delito de infanticidio, al “hombre” en el tipo de exhibicionismo o al “funcionario” en los delitos de funcionario. Una segunda alternativa consiste para WOLF en una tipificación incompleta de “tipos de autor” necesitada de un complemento de sentido o de valoración por parte del juez. Tal era el caso, por ejemplo, del tipo de autor profesional o habitual. Los “tipos de autor” aún pueden presentar —siempre en opinión de WOLF— una tercera forma. En ocasiones, la ley no se refiere al tipo de autor ni de forma completa, ni de forma incompleta. A juicio de Wolf, existen “tipos de autor” a los que, simplemente, la ley no hace referencia alguna. Se trata de determinadas actitudes internas no escritas que el sentido mismo de la ley requiere para fundamentar subjetivamente el injusto de la acción. Este fundamento residiría en el llamado “daño intelectual del delito” (*intellektueller Verbrechensschaden*). Existen delitos, en efecto, que pese a no suponer la lesión de ningún bien del pueblo, revelan, sin embargo, que la actitud interna del sujeto miem-

100. WOLF, E., “Tattypus und Tätertypus”, ZakDR 1936, pp. 359 s.

bro de la comunidad ha degenerado hasta verse corrompida. Ello representa una lesión o puesta en peligro de la comunidad. En términos hegelianos: el abandono por parte del sujeto de la actitud interna que la comunidad espera de él constituye, en realidad, la negación (antítesis) de la integridad misma de la comunidad popular (tesis).<sup>101</sup>

#### 1.4. MEZGER (Die Straftat als Ganzes”, 1938)

##### 1.4.1. Introducción

En el trabajo “Die Straftat als Ganzes”, MEZGER considera que el Derecho penal debe contemplar el delito como un “todo” (*als Ganzes*).<sup>102</sup> Así concebido, el delito no puede seguir siendo analizado como un hecho desconectado de su autor, ya que el contenido nuclear del delito como “todo” es, en opinión de MEZGER, el conjunto compuesto por el autor y su comportamiento. MEZGER comparte con VON LISZT la idea de que quien debe recibir el castigo no es el hecho delictivo, sino el autor. Esta idea, articulada por VON LISZT para la Teoría de la pena, debe ser trasladada también a la teoría del delito. Para MEZGER, el delito es, por encima de todo, un determinado comportamiento de autor. No era posible hacer referencia al hecho delictivo sin referirse también a su autor.<sup>103</sup> Por todo ello, no resultaba posible comprender adecuadamente el sentido del delito como “todo” sin entenderlo como una unidad indisoluble del hecho delictivo con el delincuente. Para atender a la esencia del delito como integrado por un comportamiento y su autor, el aplicador de la ley no sólo debe preguntarse si un

101. WOLF, E., ZakDR 1936, p. 362. Sobre este particular *vid.* también FROMMEL, M., JZ 1980, p. 360.

102. La tesis de que el delito debe ser concebido como un todo es una consecuencia de la idea de que el Derecho penal nacionalsocialista representó, desde un punto de vista metodológico, el abandono de una “consideración *separadora*” (*trennende Betrachtung*) por una “consideración *global*” (*Ganzheitsbetrachtung*) del delito, de la que MEZGER fue su principal valedor. La exposición de este cambio metodológico se realizará *infra*, a propósito del análisis de los intentos de fundamentación del Derecho penal nacionalsocialista.

103. MEZGER, E., ZStW 57 (1938), p. 677.

determinado comportamiento puede ser subsumido en un determinado “tipo de hecho delictivo”, sino que se precisa comprobar, además, si dicho comportamiento se adecua al propio del “autor típico” de un tal delito. Y precisamente en aras de la realización de esta segunda comprobación, la doctrina penal nacionalsocialista elaboró la Teoría de los tipos de autor. En suma: la formulación nacionalsocialista de la teoría de los tipos de autor constituye un instrumento imprescindible para la consideración global del delito como unión indisoluble de comportamiento y autor.

La teoría de los tipos de autor de MEZGER para el Derecho penal<sup>104</sup> se escinde en dos distintas líneas de argumentación: la elaboración de una teoría general de los tipos de autor; y la aplicación de la teoría general de los tipos de autor al caso concreto. Estas dos líneas argumentales se caracterizan por contar con un punto de partida común: la existencia en la realidad social de múltiples tipologías de delincuentes. Mediante ellas, MEZGER pretende abordar dos problemáticas completamente distintas. Así, por medio de la formulación de una teoría general de los tipos de autor, MEZGER intenta resolver la cuestión de si el aplicador de la ley en un Derecho penal nacionalsocialista está legitimado para interpretarla exclusivamente a partir de la Teoría de los tipos de autor. A través de la aplicación de la teoría general de los tipos de autor al caso concreto, MEZGER trata de conocer si en el caso objeto de enjuiciamiento, la relación entre el hecho concreto y su autor responde a las características propias de la relación entre esa clase de hecho y esa clase de autor; en suma: si el hecho concreto se “adecua” a la personalidad de su autor.

#### 1.4.2. La teoría de los tipos de autor de MEZGER

Por lo que respecta a la teoría general de los tipos de autor de MEZGER, según la formulación de este autor, en el Derecho pe-

104. MEZGER no sólo fue penalista, sino también criminólogo. En esta segunda condición, MEZGER elaboró para la Criminología una clasificación de los tipos de delincuentes paralela a la clasificación de los tipos de autor en atención al delito cometido elaborada para el Derecho penal. Lo recuerda GÖPPINGER, H., *Kriminologie*, 4ª ed., 1980, p. 440.

nal del régimen nacionalsocialista, la existencia en la realidad social de distintas clases de autor debe constituir la base de un criterio decisivo para la interpretación de todos los tipos penales. Para MEZGER, aunque el objeto del Derecho penal estaba constituido tipos de autor, debe reconocerse que, formalmente, el Derecho penal vigente en la Alemania de 1938 era, todavía, un Derecho penal del hecho.<sup>105</sup> En efecto, aunque en algunos tipos aislados el StGB se refiere expresamente a determinados sujetos que ocupaban una determinada posición personal en la sociedad, como el alemán, el funcionario, el padre, el tutor o el fiduciario, lo cierto es, sin embargo, que en la práctica totalidad de delitos, lo que castigaba el legislador era “clases de conducta”. Pero ¿por qué un Derecho penal que castiga las “clases de autor” adopta en el StGB la forma de un Derecho penal del hecho represor de las “clases de conducta”? MEZGER contesta a esta cuestión del modo siguiente: en términos de taxatividad en la redacción de los tipos, resulta más sencillo, por más preciso, tipificar clases de conducta que hacer lo propio con clases de comportamiento.

Resulta evidente que allí donde el legislador se ha referido expresamente a una determinada clase de autor, convirtiendo la posición social ocupada por el sujeto en presupuesto de la aplicación del precepto, el conocimiento de sus particularidades deviene requisito indispensable para la interpretación de la ley. Sin embargo, MEZGER no defiende la idea de que los tipos de autor fuesen relevantes para la interpretación de la ley exclusivamente en relación con los tipos acabados de referir. Antes al contrario, MEZGER cree que la consideración del tipo de autor debía convertirse en el elemento esencial de la interpretación de todos los tipos. Esto es, también de aquellos tipos en los que el legislador tipificaba “clases de conducta”. En efecto, si la descripción de los elementos objetivos de un tipo penal

105. Es más: según MEZGER, también el Derecho penal nacionalsocialista venidero debe ser un Derecho penal del hecho: *vid.* MEZGER, E., ZStW 57 (1938), p. 679. En contra, recuérdese, WOLF, E., *Das Wesen des Täters*, 1932, p. 31, quien había reclamado de lege ferenda que el StGB dejara de ser un código de Derecho penal del hecho para transformarse en un catálogo abierto de tipos de autor.

debe entenderse como un intento de concretar con mayor precisión la punibilidad de determinados tipos de autor existentes en la realidad social,<sup>106</sup> la función del intérprete de la ley debe consistir —afirma MEZGER— en permitir que los tipos de autor implícitos en la ley volvieran a hacerse visibles. MEZGER explica esta idea por medio de un ejemplo. En opinión de MEZGER, no cabe discutir razonablemente que lo que se encuentra tipificado en el delito de hurto (§ 242 StGB) es una conducta; concretamente, aquélla que consiste en sustraer a otro una cosa mueble ajena con el ánimo de apropiársela o hacer que un tercero se la apropie antijurídicamente. En los casos de sustracción de libreta bancaria con el fin de extraer dinero, la jurisprudencia alemana, ante la ausencia de un tipo penal específico para estos supuestos, se muestra partidaria de castigar por hurto. En opinión de MEZGER, este proceder jurisprudencial no se basa tanto en la interpretación del término “apropiación material” como en el argumento de que la clase de persona que se enriquece de ese modo se corresponde en general con el tipo del hurtador habitual de dinero.<sup>107</sup> Esta interpretación del § 242 StGB, de acuerdo con la cual no sólo realiza el tipo quien lleva a cabo la conducta típica, sino quien se corresponde, en general, con el tipo de autor “hurtador habitual de dinero”, es conforme con la nuevo § 2 StGB nacionalsocialista, en cuya redacción MEZGER participó como miembro de la Comisión de Reforma del Derecho penal.<sup>108</sup> Según este precepto, recuérdese, también es lícito castigar “según la idea bá-

106. MEZGER, E., ZStW 57 (1938), pp. 687 s.

107. MEZGER, E., ZStW 57 (1938), p. 680. Otro ejemplo de la importancia que la consideración de la clase general de autor en la interpretación de los tipos se encuentra para MEZGER en el delito omisivo. En opinión de este autor, la delimitación entre comportamiento activo y comportamiento omisivo consiste en un problema de autoría, en tanto que la cuestión relativa a cuándo la valoración que debe hacerse de la omisión de evitar un resultado es la equivalente a la que debe hacerse en el caso de que la acción de producirlo se resolverá en atención a la posición personal que ocupada por el omitente descrita por la ley. Ejemplos de éstas son las referencias legales a la “abuela del hijo extramatrimonial”, “padre extramatrimonial” o “comunidad de vida”. *Vid.* MEZGER, E., ZStW 57 (1938), pp. 684 s.

108. MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger*, 2ª ed., 2001, pp. 31 s.

sica de una ley penal y según el sano sentimiento del pueblo”. Con este precepto, la analogía in malam partem vino a cobrar carta de naturaleza en Derecho penal. En efecto, justificando la calificación como hurto de las sustracciones de libretas de ahorro practicadas con el propósito de retirar dinero del banco atendiendo a la supuesta existencia de una analogía entre el sujeto que realiza tales sustracciones y quien comete habitualmente hurtos de dinero, en lugar de hacerlo mediante la aplicación directa del tipo del hurto interpretando extensivamente el término “bien mueble ajeno”,<sup>109</sup> MEZGER recurre a la analogía in malam partem en Derecho penal como instrumento conforme a derecho positivo y puesto al servicio de la ampliación de la punibilidad a la luz del § 2 StGB.<sup>110</sup>

No obstante lo anterior, MEZGER recuerda que el Derecho penal vigente en la Alemania de 1938 es un derecho penal del hecho. Ello supone un límite a la espiral punitiva de base irracionalista a que amenazaría conducir una aplicación del nuevo § 2 StGB apoyada en la teoría de los tipos de autor. Si el StGB de 1938 incorpora un Derecho penal del hecho, también puede ser castigado como autor de un hecho sometido a pena, según MEZGER, un sujeto que no responda al tipo de autor correspondiente al hecho. Del mismo modo, el mero hecho de encajar en un determinado tipo de autor no puede bastar —ni siquiera mediante la nueva redacción del § 2 del StGB— para castigar con pena, sino que ésta debe estar vinculada, en todo caso, a un determinado hacer o no hacer. No obstante, MEZGER reconoce la indudable importancia que en el Derecho pe-

109. En el caso que nos ocupa, la posibilidad de entender comprendido el dinero en el tenor literal posible del término “bien mueble ajeno” de acuerdo con una interpretación extensiva —admitida en todo caso en Derecho penal: *vid.*, por todos, MIR PUIG, S., *PG*, 7<sup>a</sup> ed., 2004, 4/42— del mismo, equiparándose la sustracción de la libreta a la de su sustrato económico, no parece presentar mayores dificultades.

110. Aunque debe insistirse que en el concreto ejemplo del hurto aludido por Mezger el recurso al referido argumento analógico carece de este efecto ampliatorio de la punibilidad, porque como ya se ha puesto de manifiesto en la nota anterior, una interpretación extensiva del § 242 StGB probablemente habría debido conducir a la misma solución condenatoria.

nal nacionalsocialista podría tener el “tipo de autor” para una consideración global del delito.<sup>111</sup>

#### 1.4.3 La aplicación de la teoría general de los tipos de autor al caso concreto en MEZGER

En segundo lugar, también la idea de autor individual en el caso concreto, debe jugar, para Mezger, un papel decisivo en un Derecho penal orientado a una consideración global.<sup>112</sup> MEZGER aplica la Teoría general de los tipos al caso concreto con el objeto de dilucidar el grado de “adecuación” que la personalidad del autor del hecho enjuiciado presenta en orden a la determinación de su culpabilidad y la pena que le corresponde. A juicio de MEZGER, la personalidad del autor debe ser “adecuada” en dos sentidos distintos: adecuada al hecho y adecuada a la sociedad. En relación con la adecuación de la personalidad del autor al hecho, o, dicho con mayor rigor, la adecuación del hecho a la personalidad del autor, señala MEZGER que cuanto mayor es la culpabilidad y la pena, más se corresponde el hecho con la personalidad del autor. Esto es, más se adecua el hecho a la personalidad del autor. Por ejemplo: cuanto más grave es un hurto, un robo, un asesinato, un incendio, un delito contra la moralidad, una traición, etc., “más hurtador, ladrón, asesino, provocador de incendios, delincuente contra la moralidad, traidor”, etc. es su autor. Por lo que respecta a la adecuación de la personalidad del autor a la sociedad, esto es, a su adecuación social, ésta falta cuando el autor haya conducido su vida de tal modo que se haya convertido en un degenerado en el sentido del § 20 StGB nacionalsocialista.<sup>113</sup>

111. MEZGER, E., ZStW 57 (1938), p. 679.

112. MEZGER, E., ZStW 57 (1938), p. 686.

113. MEZGER, E., ZStW 57 (1938), p. 688.

## 2. Segunda etapa: 1939-1945

### 2.1. La legislación

En 1939, la Alemania de Hitler, que ya había iniciado su expansión hacia el Este con la invasión de Polonia, prepara el terreno para afrontar la “guerra total” contra el enemigo exterior, en lo que a finales del año 1941 acabaría convirtiéndose en la 2ª Guerra Mundial.<sup>114</sup> Este no es, sin embargo, el único frente que el régimen nacionalsocialista tiene abierto por aquel entonces. Junto a la lucha contra el referido “enemigo exterior”, el *III Reich* venía librando desde 1933 la batalla contra el llamado “enemigo interior”. La Ley contra los delincuentes habituales peligrosos y sobre medidas de seguridad y corrección de 1933 y la Ley de reforma del § 2 RStGB 1871 de 1935 —citadas supra— habían conferido tanto a los Jueces y Tribunales como a la propia Policía criminal del Reich —las temibles SS de Himmler— un poder omnímodo que había convertido al régimen nazi en una maquinaria exterminadora prácticamente imparable.<sup>115</sup> A ello se suma el auge de una Criminología de base biológico-criminal,<sup>116</sup> de cuya conformidad la “herencia genética” constituía uno de los principales factores criminó-

114. MUÑOZ CONDE, F., “El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los «extraños a la comunidad»”, *Rev. P* 2002 (9), p. 46.

115. Así describe el historiador Hagen Schulze el creciente alcance del poder de las SS: “Eran éstas una pequeña unidad nacionalsocialista de élite que había asumido el poder policial del Tercer Reich, convirtiéndose en un todopoderoso instrumento del terror, limpieza y educación. Desde su central en la berlinesa calle del Prinz Albrecht —con sus despachos y sus sótanos de torturas—, desde el cuartel general de la Gestapo (la policía secreta) y desde la Central para la seguridad del Reich, la red de las SS llegaba hasta las autoridades policiales, hasta el oscuro mundo de los campos de concentración, hasta las tropas a distinción de las SS —el núcleo de la posterior formación armada del grupo—, hasta la Central para la Raza y los Asentamientos, encargada de la puesta en práctica de la doctrina racista de Hitler”. *Vid.* SCHULZE, H., *Breve historia de Alemania*, 2001, p. 204.

116. Cuyo principal impulsor fue Exner, uno de los más influyentes criminólogos del Nacionalsocialismo. La principal obra de EXNER es su “Biología Criminal”, cuya 2ª edición, publicada en 1939, fue traducida al castellano por Juan DEL ROSAL: *vid.* MUÑOZ CONDE, F., *Rev. P* 2002 (9), p. 50, nota 35; EL MISMO, “La otra cara de Edmund Mezger: su partici-

genos —cuando no el principal—, así como la idea de que el exterminio del enemigo interior todavía podía acelerarse más otorgando mayor libertad de actuación a las SS,<sup>117</sup> provocan que el régimen de Hitler dé una última “vuelta de tuerca” mediante la elaboración de las Ordenanzas contra sujetos nocivos para el pueblo (*Volkschädling*), de 5 septiembre 1939, y contra delincuentes violentos, de 5 septiembre 1941; el Proyecto sobre “extraños a la comunidad” (*Gemeinschaftsfremde*), de 1940; y la Ley de reforma de los §§ 211 (asesinato) y 212 (homicidio) StGB, de 1941.

La línea político-criminal iniciada por la Ley contra los delincuentes habituales peligrosos y sobre medidas de seguridad y corrección, de 24 noviembre de 1933 tiene su continuidad con las Ordenanzas contra sujetos nocivos para el pueblo, de 5 septiembre 1939, y contra delincuentes violentos, de 5 septiembre 1941.<sup>118</sup> Estas dos últimas normas se caracterizaron, principalmente, por que el tenor literal de todos los tipos de conducta que contenían se encontraba extraordinariamente falto de contenido. Esta ausencia de taxatividad derivó rápidamente en un inasumible incremento del libre arbitrio judicial y policial en su aplicación, y, en definitiva, de la inseguridad jurídica. Así, por ejemplo, la jurisprudencia alemana entendió por “sujeto nocivo para el pueblo” a los efectos de la aplicación de la Ordenanza de 5 septiembre 1939, “a todo aquel sujeto que presente de forma sistemática una actitud interna contraria a la comunidad que se encuentra en gue-

---

pación en el Proyecto de Ley sobre *Gemeinschaftsfremde* (1940-1944)”, Apéndice a *Edmund Mezger*, 2ª ed., 2001, p. 110, nota 22.

117. Cfr. FROMMEL, M., en SÄCKER, F.J. (dir.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, 1992, pp. 195 s.

118. Sobre estas dos Ordenanzas *vid.* MEZGER, E., “Tattypen, Tätertypen und Charaktertypen im Kriegstrafrecht. Aus einer kriminologischen Arbeitstagung in Graz am 12. Juni 1942”, *DSt.* 1942, pp. 108 ss.; SCHAFFSTEIN, F., “Zur Lehre vom Tätertyp im Kriegstrafrecht”, *DSt.* 1942, pp. 33 ss.; ZAWAR, “Volksschändlingstat oder Volksschändlingstyp?”, *DSt.* 1943, pp. 42 ss. Críticamente FROMMEL, M., *JZ* 1980, p. 360; WERLE, G., *Justiz-Strafrecht*, 1989, p. 712; MÜLLER, I., en OSTENDORF, H. / DANKER, U. (dir.), *Die NS-Strafjustiz*, 2003, pp. 9 ss.; WAGNER, H., en SÄCKER, F.J. (dir.), *Recht und Rechtslehre*, 1992, pp. 141 ss. y 176 ss.

rra, esto es, una actitud que muestre que el sujeto se enfrenta a la comunidad como un enemigo, que se aprovecha de las circunstancias bélicas bajo las que se encuentra y que, en definitiva, debe ser contemplado como nocivo”.<sup>119</sup>

Frente a esta situación jurisprudencial, un sector de la doctrina penal del momento elabora fórmulas favorecedoras de interpretaciones restrictivas de los tipos que permitan reducir su contenido a límites razonables, todo ello sin perder su sentido orientado a la responsabilidad por el carácter o la personalidad. Se trataría de fórmulas que persiguen, esencialmente, atenuar en la medida de lo posible los potenciales efectos inculpativos de un derecho positivo de autor completamente desorbitado. De estas formulas, una de las propuestas de mayor repercusión consiste en la siguiente: para entender que un sujeto habría realizado alguna de las conductas contenidas en las citadas Ordenanzas no basta con la mera realización de la conducta típica, sino que es necesario, además, que el sujeto se haya mostrado mediante la realización de aquella conducta como un típico “sujeto nocivo para el pueblo” o como un típico “delincuente habitual”, respectivamente.<sup>120</sup>

En 1936, el informe sobre el Proyecto de Ley de 1936 emitido por la Comisión oficial de Derecho penal consideró que los §§ 211 (asesinato) y 212 (homicidio) StGB debían ser interpretados de modo que el asesinato fuera entendido como un homicidio agravado, y no como un delito cualitativamente distinto. Contra esta interpretación “oficial” de la relación entre homicidio, asesinato se alzaron, sin embargo, algunas voces críticas. La que alcanzó mayor resonancia fue la de Roland Freisler, antiguo Secretario de Estado en el Ministerio de Justicia del *III Reich* y Presidente por aquel entonces del *Volksgesichtshof* (Tribunal Supremo del Pueblo).<sup>121</sup> En un informe sobre la Ley

119. MEZGER, E., DSt. 1942, p. 113.

120. Vid. sobre esto ROXIN, C., PG, I, 1997, § 6/10.

121. Explica MUÑOZ CONDE, F., Rev. P 2002 (9), p. 48, nota 18, citando extensa bibliografía sobre el particular, que en este Tribunal, de naturaleza política, FREISLER desató sin frenos todo su fanatismo nacional-socialista hasta hacerse acreedor del apelativo de “Juez sanginario” (*Blutrichter*). Ha destacado recientemente MÜLLER, I., “Der Niedergang des

de reforma del StGB de 1941, Freisler se muestra partidario de entender que el asesinato no es un simple homicidio agravado, sino que debe ser entendido como un delito cualitativamente distinto del homicidio. A su juicio, ésta es también la voluntad de la Ley de reforma del StGB de 1941, que incorpora a los preceptos de referencia el *nomen iuris* de sus respectivos sujetos activos: el “asesino” (*Mörder*) en el § 211 StGB y el “homicida” (*Totschläger*) en el § 212 StGB. Para Freisler, este dato revela que la intención del legislador nacionalsocialista es declarar al delito de asesinato como un delito “cualitativamente distinto” del delito de homicidio, ya que el legislador penal no se refiere al “asesinato” como algo más que el “homicidio”, sino al “asesino” como alguien cualitativamente distinto al “homicida”. A pesar de la existencia de alguna voz disidente,<sup>122</sup> a juicio de la doctrina dominante de la época la reforma de los §§ 211 y 212 StGB operada en 1941 no solo habría venido a certificar el tránsito de un Derecho penal del hecho a otro de autor,<sup>123</sup> sino que expresaba, en realidad, el reconocimiento legislativo de la vigencia de la teoría de los tipos normativos de autor con pretensión de generalización para todos los delitos mediante la aplicación del § 2 StGB.<sup>124</sup>

---

Strafrechtssysteme im Dritten Reich”, en OSTENDORF, H. / DANKER, U. (dir.), *Die NS-Strafjustiz*, 2003, p. 20, que el propio BGH, en una sentencia de 16 de noviembre de 1995, hizo extensiva esta calificación a todos los jueces penales del *III Reich*, a los tribunales ordinarios, a la justicia militar y los tribunales especiales (*Sondergerichte*).

122. Entre ellas cabe destacar, por ejemplo, la de Scholsky, “Vom Mörder und Totschläger”, *DSt.* 1943, pp. 142 ss. Este autor apenas reconoció importancia a la nueva referencia legal al “asesino”, entendiendo que asesino y asesinato, autor y hecho, constituían dos realidades indisolubles, deduciéndose el segundo del primero. Según Scholsky, para condenar a un sujeto con la nueva pena del asesinato, la de muerte, no era necesario, en todo caso, que se produjese un resultado de muerte doloso con alguna de las circunstancias que convertían un homicidio en asesinato. Concurriendo todo ello, el autor del hecho debería ser calificado, por inferencia, como un “asesino” (p. 142).

123. ZAWAR, *DSt.* 1943, pp. 47 ss.

124. Llama la atención sobre este extremo FROMMEL, M., *JZ* 1980, p. 360. En el caso del nuevo § 211 StGB, DAHM probablemente habría aplicado este precepto para los supuestos en que el comportamiento y las circunstancias del hecho se corresponden con los propios del tipo del asesino

La formulación más acabada de la teoría de los tipos normativos de autor nace con el Derecho penal alemán de guerra. La creciente cantidad de tipos con penas elevadas, de delitos castigados con la pena de muerte,<sup>125</sup> y la vaguedad y falta de precisión del tenor literal de muchos de los preceptos presentes en el Derecho penal de guerra alemán obliga a los jueces a buscar criterios interpretativos que permitiesen restringir la aplicación de los tipos penales a los supuestos estrictamente imprescindibles. De entre estos criterios, el que hizo mayor fortuna fue el criterio de los “tipos normativos de autor”. Uno de los primeros autores en formularlo fue el Conde de GLEISPACH. En palabras de este autor, “en la guerra, el poder coercitivo del Derecho penal debe incrementarse. Pero no se conseguirá este objetivo si de acuerdo con elementos externos únicamente a causa de elementos externos se sigue excluyendo por medio de la pena de muerte o de penas privativas de libertad de muy larga duración a miembros del pueblo que, de conformidad con su actitud interna, no son dignos de pertenecer a la comunidad”.<sup>126</sup> Esta versión de la teoría de los tipos normativos de autor representa el máximo exponente de

---

según una contemplación popular de forma directa, no analógica, si el legislador de 1941 hubiera introducido en el apartado II de aquel precepto la locución adverbial —prevista en el Anteproyecto— “en especial” (*insbesondere*) o “por lo general” (*in der Regel*) junto al término “Es asesino, quien (...)” y antes de la enumeración de las circunstancias mixtas alternativas del asesinato. Si ello hubiera ocurrido, esta enumeración habría sido meramente ejemplificativa o indiciaria, pero no exhaustiva. FROMMEL, M., JZ 1980, p. 362.

125. FROMMEL, M., en SÄCKER, FJ. (dir.), *Recht und Rechtslehre*, 1992, p. 185, cifra el número de condenas a pena de muerte dictadas por los tribunales de guerra nacionalsocialistas entre 1941 y 1945 en más de 40.000.
126. FROMMEL, M., JZ 1980, p. 360. El criterio sugerido por GLEISPACH fue confirmado 12 años después del final de la 2ª Guerra Mundial, en 1957, por la *BGHSt.* 9, 385. En esta resolución, el más alto tribunal alemán reconoce que a partir de la reforma de 1941 no es posible castigar por asesinato a aquél que se hubiese limitado a matar otro concurrendo los elementos exigidos por el tipo. Era necesario, además, que el autor se haya comportado de un modo “especialmente reprochable”. Según esta línea jurisprudencial, el elemento “asesino” del nuevo § 211 StGB constituye un elemento puesto al servicio de una posible “corrección negativa de los tipos” (*negative Typenkorrektur*). Vid. FROMMEL, M., JZ 1980, p. 359.

un Derecho penal despectivo con toda consideración del delito como hecho empírico-criminológico y del autor como unidad psico-física, cuyo principal objetivo consiste en legitimar la construcción de prototipos de enemigos (*Feindbilder*) del pueblo a partir de una valoración ética del sujeto, así como transportar al Derecho penal los prejuicios del pueblo.<sup>127</sup>

En 1944, en pleno auge de las tesis sobre la selección genética de la raza procedente de la Biología criminal dominante en la época,<sup>128</sup> surge en el seno del régimen nazi el convencimiento de que la depuración racial planteada en la Ley contra los delincuentes habituales peligrosos y sobre medidas de seguridad y corrección, de 24 noviembre de 1933, no podría ser culminada satisfactoriamente sin la promulgación de una norma que garantizase soluciones más eficaces y menos formalizadas judicialmente. Es necesaria, en suma, una norma que permita eliminar con mayor facilidad al “enemigo interior”. Esta norma es el Proyecto sobre “extraños a la comunidad” (*Gemeinschaftsfremde*) de 1944.<sup>129</sup> Con este Proyecto, del que MEZGER y EXNER fueron dos de sus principales impulsores,<sup>130</sup> el Nacionalsocialismo alemán dio un paso más en el exterminio del

127. FROMMEL, M., JZ 1980, p. 361.

128. FROMMEL, M., EPC 1993 (XVI), pp. 59 s. y 62; MUÑOZ CONDE, F., RECPC 2002, *passim*.

129. La última versión conocida del Proyecto es la de 17 de marzo de 1944. El texto de esta versión se encuentra transcrito y traducido en MUÑOZ CONDE, F., Rev. P 2002 (9), pp. 54 ss. Sobre ello *vid.*, además, WERLE, G., *Justiz-Strafrecht*, 1989, pp. 713 s.

130. Lo demuestra extensamente MUÑOZ CONDE, F., Apéndice a *Edmund Mezger*, 2001, pp. 97 ss. (existe una versión algo resumida de este trabajo en Rev. DP 2001.1, pp. 665 ss.); EL MISMO, “Carta-informe de Edmund Mezger sobre el proyecto de ley sobre «extraños a la comunidad» al Consejo ministerial Rientzsch”, Anexo a *Edmund Mezger*, 2001, pp. 146 ss.; el mismo, Rev. P 2002 (9), pp. 49 s. Debe advertirse que la incorporación del artículo referido en primer lugar como Apéndice de la 2ª edición de su monografía obedece a la voluntad de MUÑOZ CONDE de replicar las críticas presuntamente referidas a la 1ª edición de *Edmund Mezger*, 2001, formuladas por COBO DEL ROSAL, M. / QUINTANAR DÍEZ, M., *Selección de casos prácticos*, 2000, pp. 18 s. El primero de estos dos últimos autores, COBO DEL ROSAL, ha contestado recientemente a MUÑOZ CONDE mediante una recensión de la 2ª edición de su monografía, publicada en CPC 2001 (74), pp. 451 ss.

“enemigo interior”, al ampliar el alcance de esta expresión a otros sujetos no contemplados como enemigos del régimen nacionalsocialista a la luz de la Ley de 1933 y las Leyes de Nuremberg de 15 septiembre 1935, de protección de la sangre y el honor alemán.<sup>131</sup> Según el Proyecto que ahora nos ocupa, no sólo los sujetos que no sean de raza aria —principalmente los judíos,<sup>132</sup> aunque también los gitanos y los negros— y los “pertenecientes a pueblos extraños” (*fremdvölkisch*) merecerán la consideración de “enemigos internos”; sino que también deberán ser considerados como tales aquéllos que, pese a ser de raza aria, puedan ser calificados como pertenecientes al grupo de los “fracasados”, “refractarios al trabajo y de los que llevan una vida desordenada”, o al de las “personas que, de su personalidad y forma de vida se puede deducir que tienden a la comisión de delitos”.<sup>133</sup>

Entre otras medidas, el Proyecto permite a la Policía criminal del Reich la práctica de la detención del “extraño a la comunidad” y su privación de libertad por tiempo indefinido,<sup>134</sup> y

131. FROMMEL, M., ADPCP 1989, p. 627. Como apunta SCHULZE, H., *Breve historia de Alemania*, 2001, p. 205, “las Leyes de Nuremberg “convirtieron, definitivamente, a los judíos alemanes en ciudadanos de segundo orden, porque tanto la concesión de derechos políticos como de cargos administrativos dependía de la «demostración de su pertenencia a la raza aria». Así, se negaba a los judíos no sólo el pleno derecho de ciudadanía del Reich, sino también su matrimonio con ciudadanos no judíos”. Sobre las Leyes raciales de Nuremberg vid. también MÜLLER-DIETZ, H., “Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich”, en EL MISMO, *Recht und Nationalsozialismus*, 2000, pp. 83 s.
132. RÜTHERS, B. / BIRK, A., *Rechtstheorie*, 2ª ed., 2005, p. 371.
133. Según la Fundamentación del Proyecto remitida por MEZGER a Hitler el 25 de marzo de 1944, estos tres grupos de sujetos deben ser calificados como extraños a la comunidad “de acuerdo con los conocimientos que brindan la teoría de la herencia y la biología criminal”. La Fundamentación a la que acaba de hacerse referencia se acabó convirtiendo en la Exposición de Motivos de la última versión conocida del Proyecto, y la clasificación de “extraños a la comunidad” en ella contenida, en el art. I, § 1 del Proyecto mismo, en el que se define la noción “extraños a la comunidad”. Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Rev. P* 2002 (9), p. 54.
134. “El Proyecto pone, por consiguiente, a disposición de la policía la privación de libertad por tiempo indefinido, (...), lo que constituye un arma que va más allá de lo que permite la ley de delincuente habitual de 24.11.1933 y que hace ya tiempo viene siendo reclamada por la Cien-

a los jueces y tribunales la declaración de condenas indeterminadas contra algunos de aquellos sujetos,<sup>135</sup> la castración para los homosexuales,<sup>136</sup> la esterilización para aquéllos de quienes “sea esperable que tengan una descendencia indeseable”,<sup>137</sup> la remisión a la Policía criminal de los sujetos “incurridos”,<sup>138</sup> así como de la pena de muerte para “delincuentes enemigos de la comunidad” en el supuesto de que así lo requiera “la protección de la comunidad del pueblo o la necesidad de una expia-

---

cia del Derecho penal y la Biología criminal”: *vid.* MUÑOZ CONDE, F., Apéndice a *Edmund Mezger*, 2001, p. 120; EL MISMO, *Rev. P* 2002 (9), p. 57; MUÑOZ CONDE, F., RECPC 2002. Según el art. II, § 2 (2) del Proyecto, la privación de libertad podía realizarse en “centros asistenciales comarcales”, o incluso en un “campamento” en caso de que “la persona de un extraño a la comunidad requiriera un control más enérgico del que fuera posible en los establecimientos de los centros asistenciales comarcales”: *vid.* MUÑOZ CONDE, F., *Rev. P* 2002 (9), p. 54.

135. “El Proyecto pone, por consiguiente, (...) a disposición de los tribunales, la condena indeterminada, lo que constituye un arma que va más allá de lo que permite la ley de delincuente habitual de 24.11.1933 y que hace ya tiempo viene siendo reclamada por la Ciencia del Derecho penal y la Biología criminal”: *vid.* MUÑOZ CONDE, F., Apéndice a *Edmund Mezger*, 2001, p. 120; EL MISMO, *Rev. P* 2002 (9), p. 57. Esta medida se corresponde con la prevista en el art. III, § 7 (1) del Proyecto sobre extraños a la comunidad: *vid.* MUÑOZ CONDE, F., *Rev. P* 2002 (9), p. 55.
136. “Por último, el Proyecto extiende la castración prevista en el Derecho vigente para los delincuentes sexuales también a las personas con tendencias a la deshonestidad homosexual. La reciente experiencia médica enseña que la castración es también un arma eficaz contra estas personas”: *vid.* MUÑOZ CONDE, F., Apéndice a *Edmund Mezger*, 2001, pp. 122 y 128; el mismo, *Rev. P* 2002 (9), p. 57. Idéntica medida se encontraba prevista en el art. III, § 10 (1 y 2) del Proyecto: *vid.* MUÑOZ CONDE, F., *Rev. P* 2002 (9), p. 55.
137. “El Proyecto posibilita, por tanto, esterilizar a los extraños o a la comunidad, cuando sea esperable que tengan una descendencia indeseable. Serán los Tribunales de la Salud de la Herencia los encargados de decidir cuándo es esperable una descendencia indeseable de un extraño a la comunidad”: *vid.* MUÑOZ CONDE, F., Apéndice a *Edmund Mezger*, 2001, p. 123; EL MISMO, *Rev. P* 2002 (9), p. 57. En idénticos términos se expresaba Proyecto en su art. IV, § 11 (1): *vid.* MUÑOZ CONDE, F., *Rev. P* 2002 (9), p. 55. Sobre todo lo anterior *vid.*, además, MUÑOZ CONDE, F., RECPC 2002, *passim*.
138. Art. III, §§ 8, 9 y 10 Proyecto sobre extraños a la comunidad.

ción justa”,<sup>139</sup> todo ello de acuerdo con procedimientos carentes de las más mínimas garantías para el procesado.<sup>140</sup>

Sin embargo, el Proyecto sobre “extraños a la comunidad” de 1944, que debía entrar en vigor el 1 de enero de 1945, nunca llega a convertirse en derecho positivo. En verano de 1944, la situación de Alemania en la “guerra total” es ya desesperada, y Hitler decide utilizar también a los “extraños a la comunidad” que todavía no habían sido ejecutados como “carne de cañón”, vaciando el Proyecto, de este modo, de contenido. Expresivas de esta situación son, sin duda, las palabras pronunciadas el 12 de agosto de 1944 por el Ministro de Justicia del Reich, en el acto en que se suspende la entrada en vigor del Proyecto: “En este momento de lucha a muerte del nacionalsocialismo, incluso los extraños a la comunidad deben ser utilizados como carne de cañón”.<sup>141</sup>

Estas tres reformas legislativas representaron la culminación de un programa legislativo iniciado en 1933 con la Ley de delincuentes habituales consistente en una cuidadosa incriminación de tipos de autor que garantizase no sólo la preservación de la aria como raza superior, sino la selección de los arios más idóneos para la comunidad que el III Reich pretende configurar. Por este motivo, el derecho penal de autor del régimen nacionalsocialista no sólo encuentra acogida en aquellas tres reformas, sino que se extiende al ordenamiento jurídico-penal en su conjunto. Ello obliga a los defensores de la teoría del tipo normativo de autor a ampliar los efectos de su teoría a todos los delitos del StGB nazi.<sup>142</sup> Al margen de MEZGER, que —como ya se apuntó *supra*— intervino de forma

139. Art. III, § 6 (3) del Proyecto sobre extraños a la comunidad: *vid.* MUÑOZ CONDE, F., Rev. P 2002 (9), p. 55.

140. Elocuente a este respecto es, sin duda, la intervención del Consejero del Ministerio de Justicia Rientzsch sobre el Proyecto transcrita, traducida al castellano y comentada por MUÑOZ CONDE, F., Rev. P 2002 (9), pp. 46 s.

141. MUÑOZ CONDE, F., Rev. P 2002 (9), p. 48; EL MISMO, Apéndice a *Edmund Mezger*, 2001, pp. 109 s., nota 21, citando a Till BASTIAN, *Homosexuelle im Dritten Reich*, 2001, pp. 63 ss., nota 14.

142. ROXIN, C., PG, I, 1997, § 6/10 s.

relevante en las más importantes reformas penales del período 1939-1945, el autor que defendió de forma más vehemente este último y más radical Derecho penal de autor de guerra es Georg Dahm. A continuación se expone brevemente la formulación que este autor sostiene en la monografía *Der Tätertyp im Strafrecht* (1940).<sup>143</sup>

## 2.2. La doctrina. Especial referencia a DAHM (*Der Tätertyp im Strafrecht*, 1940)

A pesar de no haber sido el primer autor en haberla defendido, Georg DAHM sí se destacó por ser quien más lejos llevó en sus consecuencias a la teoría de los tipos normativos de autor.<sup>144</sup> En opinión de este autor, es cierto que el Derecho penal positivo alemán de 1940 representa la culminación de un proceso de progresiva subjetivización que ha llevado al legislador penal a reconocer a los elementos subjetivos y relativos a la actitud interna del autor una importancia cada vez superior.<sup>145</sup> Sin embargo, ello no significa, en opinión de Dahm, que este Derecho penal deba ser calificado como Derecho penal de autor, sino que sigue constituyendo una muestra de Derecho del hecho; o a lo sumo, de Derecho penal del hecho y de la actitud interna.<sup>146</sup> Y no sólo eso, sino que el futuro Derecho penal alemán iba a seguir siendo, desde su punto de vista, Derecho penal del hecho.<sup>147</sup> Señala Dahm que ello es así porque el StGB de 1940 no castiga a los sujetos por pertenecer a una determinada clase criminológica de autor, ni el objeto de la pena es la “personalidad global” (*Gesamtpersönlichkeit*) del delincuente; sino que la sanción penal recae sobre actos concretos, so-

143. Sobre la teoría de los tipos de autor de DAHM *vid.*, además, MAURACH, R., *PG*, I, p. 294; MEZGER, E. / BLEI, H., *AT*, 15ª ed., 1973, p. 64; FROMMEL, M., *JZ* 1980, p. 362.

144. No en vano, el propio MEZGER considera a DAHM, junto a SCHAFFSTEIN, FREISLER y KOHLRAUSCH, uno de los principales defensores de la teoría de los tipos de autor del Derecho penal nacionalsocialista. *Vid.* MEZGER, E., *ZStW* 57 (1938), pp. 678 s.

145. DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, pp. 6 s.

146. DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, p. 8; SCHAFFSTEIN, F., *DSt.* 1942, p. 38.

147. DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, p. 7.

bre una actitud interna concreta y sobre la “culpabilidad por el hecho individual” (*Einzeltatschuld*).<sup>148</sup>

Para DAHM, la idea del Derecho penal nacionalsocialista positivo como Derecho penal del hecho no está exenta, sin embargo, de excepciones. Dahm distingue entre dos clases: Excepciones previstas en la Parte General del StGB y excepciones previstas en la Parte Especial.

Por lo que se refiere a las excepciones al Derecho penal del hecho previstas en la Parte General del StGB, dos de las más importantes son, a juicio de DAHM, los §§ 20 a y 51 II StGB, que permiten incrementar la pena al delincuente habitual. Para DAHM, estos dos preceptos constituyen claros exponentes de un Derecho penal que también considera como objeto de la pena la “culpabilidad por la conducción de vida”.<sup>149</sup> En opinión de DAHM, la elevación de la pena que permiten los §§ 20 a y 51 II StGB no obedece tanto a razones preventivo-especiales por la peligrosidad futura del sujeto como a razones de justicia retributiva por la culpabilidad del autor.<sup>150</sup>

En cuanto a las excepciones al Derecho penal del hecho previstas en la Parte Especial, señala Dahm que algunos preceptos del StGB nacionalsocialista no castigan clases de comportamientos, sino formas de vida antisociales; no castigan lo que el sujeto *hace*, sino lo que el sujeto es. Tal es el caso, por ejemplo, del § 181 a StGB, que castiga al “rufián” (*Zuhälter*). Siguiendo al RG, Dahm considera que una correcta interpretación del tipo obliga a aplicarlo únicamente cuando pueda afirmarse que la forma de vida propia del procesado se corresponde con la propia de un “rufián” desde el punto de vista de la “contemplación del pueblo” (*Volksanschauung*). Otro ejemplo es el § 361.3-5 StGB, que castiga a los holgazanes, los vagabundos y los mendigos, entre otros sujetos con forma de vida “asocial”.<sup>151</sup> Según DAHM, los binomios “Hecho / Derecho penal del hecho - Autor / Derecho penal de autor” no son antagó-

148. DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, pp. 7 s.

149. DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, pp. 9 s.

150. DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, p. 15.

151. DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, pp. 19 s.

nicos. En su opinión, el hecho y el autor constituyen dos elementos del delito que se encuentran vinculados mediante una inescindible conexión interna de sentido. A juicio de DAHM, sin el conocimiento de esta relación, no es posible interpretar correctamente los tipos penales. Por este motivo, tampoco cabe separar entre “Derecho penal del hecho” y “Derecho penal de autor”, ya que el Derecho penal nacionalsocialista es —prosi-gue DAHM—, al mismo tiempo, “Derecho penal del hecho” y “Derecho penal de autor”.<sup>152</sup>

Siguiendo a Erik WOLF, DAHM cree que en la base de cada tipo de hecho existe un tipo de autor.<sup>153</sup> Sin embargo, DAHM considera que no todos estos tipos de autor tienen la misma naturaleza. Este autor distingue, concretamente, entre dos clases de tipos de autor: los tipos criminológicos y los tipos normativos de autor. Los tipos criminológicos de autor consisten para DAHM en el resultado de una constatación de hechos criminológicos. Es para DAHM un tipo criminológico de autor, por ejemplo, el delincuente habitual peligroso. Los tipos normativos de autor proceden, en cambio, de juicios de valor que se desprenden de la contemplación del pueblo o de los prototipos de autor concebidos por el legislador. Así, por ejemplo, la idea de que el médico que interrumpe el embarazo de una embarazada por razones médicas no es un “abortista” descansa sobre la base del tipo “normativo” de autor del “abortista” como juicio de valor.<sup>154</sup> Para DAHM, los tipos criminológicos de autor, cuyo significado es claramente preventivo-especial, guardan mayor relación con las medidas de seguridad que con las penas. En relación con estas últimas, el análisis de los tipos criminológicos de autor interesa, sobre todo, en el ámbito de la determinación y la ejecución de la pena.<sup>155</sup> Los tipos normativos de autor, en cambio, rigen, según DAHM, para la construcción de los tipos y en el ámbito del hecho y la cuestión de la

152. DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, pp. 24 s.

153. DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, pp. 25 s.

154. DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, pp. 27 s. Sobre este ejemplo *vid.* ROXIN, C., PG, I, 1997, § 6/10.

155. DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, pp. 20 s.

culpabilidad, y conectan directamente con la función repressiva y expiatoria que la pena tiene en el Derecho penal nacionalsocialista, ya que representa un reproche al individuo como miembro de la comunidad.<sup>156</sup>

DAHM ilustra la distinción entre los tipos criminológicos y los tipos normativos de autor, así como los distintos momentos en que unos y otros deben ser tenidos en cuenta mediante dos ejemplos: el “receptador” y el “abortista”. En cuanto al primero, el § 259 StGB nacionalsocialista tipifica como delito una conducta típica de receptador en el sentido normativo imaginado por el legislador. Quien realiza la acción prevista en el tipo debe ser considerado autor en el sentido normativo del legislador, debiendo ser, por ello, castigado. Desde este punto de vista, es irrelevante si el sujeto ha cometido la acción en repetidas ocasiones —en cuyo caso seguramente podría serle reconocida la condición de “receptador” en un sentido criminológico— o bien se trata de un delincuente ocasional. “Receptador” en el sentido normativo concebido por el legislador penal lo es, según DAHM, quien realiza —incluso en una única ocasión— la conducta prevista en el § 259 StGB. Y, en el caso inverso, aunque el sujeto responda al tipo criminológico del “receptador” por haber cometido en múltiples ocasiones la conducta típica de este delito, o incluso por haber sido condenado por ello, si en el caso objeto de enjuiciamiento el sujeto no ha realizado la conducta típica no podrá ser castigado por el § 259 StGB.<sup>157</sup> Por lo que se refiere al ejemplo del abortista, el § 218 StGB castiga a quien mata al fruto de la concepción “mediante aborto” del embarazo. Pero parece claro que si quien así actúa es un médico, y la interrupción del embarazo se debe a la razones de orden eugenésico, entonces no podrá entenderse que el sujeto es un abortista en el sentido del § 218 StGB. Porque el legislador penal refleja en los tipos la imagen de los tipos de autor presentes en la conciencia colectiva del pueblo; y no cabe duda de que la imagen que la colectividad tiene del abortista no es, precisamente, la del médico

156. DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, p. 29.

157. DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, p. 30.

que interrumpe justificadamente un embarazo.<sup>158</sup> En los dos ejemplos, la habitualidad del delincuente, al ser un indicador de la peligrosidad del delincuente, deberá ser tomada en consideración, en cambio, tanto para la determinación de la pena como para su ejecución.

DAHM se pregunta si es correcto interpretar todos los tipos del StGB nacionalsocialista a partir del baremo de los tipos normativos de autor. A DAHM le parece claro que ello es posible en todos aquellos tipos con “conceptos normativos abiertos” (*offen normative Begriffe*), como el ya referido delito previsto en el § 218 StGB, que alude al elemento “aborto”.<sup>159</sup> Más difícil es, para DAHM, decidir si ello también es extensible a los tipos que sólo contienen elementos descriptivos.<sup>160</sup> En opinión de DAHM, en el régimen nacionalsocialista alemán el derecho debe ser contemplado desde el punto de vista del pueblo (*völkische Rechtsanschauung*). La ley debe ser interpretada en consonancia con el sentimiento popular. Sólo así podrá cumplir el Derecho penal como espejo del orden moral del pueblo (*als Spiegelbild der völkischen Sittenordnung*) su función de formación del pueblo. Sólo de este modo podrá cumplir la pena su función expiatoria.<sup>161</sup> Los conceptos del derecho —prosigue DAHM— no son conceptos meramente técnicos o artísticos inventados por el legislador. Conceptos como asesinato o hurto no son, para DAHM, conceptos que el legislador haya extraído de la nada, sino que, al contrario, en cierta medida ya preexisten en la conciencia colectiva. Es cierto que la contemplación popular no es exacta, y que algunos conceptos jurídicos deben ser configurados de una forma más precisa por el legislador. Esto sucede, por ejemplo, con el concepto de “hurto”. Le corresponde al legislador, y no al pueblo, delimitar de forma precisa este delito del delito de apropiación indebida. No obstante, la contemplación del pueblo constituye la materia bruta a la que el juez y el legislador deben dar for-

158. DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, pp. 30 s.

159. DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, pp. 30 s.

160. DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, p. 31.

161. DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, p. 34.

ma.<sup>162</sup> Esta idea se encuentra positivizada, además, en el nuevo § 2 StGB nacionalsocialista.<sup>163</sup>

No obstante, Dahm advierte que los tipos penales (*Tatbestände*) no siempre consiguen reflejar exactamente los tipos de autor (*Tätertypen*) que resultan de la contemplación popular. En ocasiones, estos últimos tipos de autor son más plásticos, más gráficos que los necesariamente racionales conceptos legales. Así, por ejemplo, los conceptos “ladrón asesino” (*Raubmörder*), “asesino sádico” (*Lustmörder*) o “parricida” (*Vatermörder*) son más ricos en matices, más “vivos” que el de “asesino” (*Mörder*); o los tipos del “estafador de matrimonio” (*Heiratschwindler*) o el “estafador de crédito” (*Kreditschwindler*) más que el de “estafador” (*Betrüger*). En estos casos, el legislador debe tener en cuenta de qué “Typus” de asesino o estafador se trata —de acuerdo, por tanto, con la consideración popular— para la determinación de la pena.<sup>164</sup>

Según el parecer de DAHM, la referencia a los tipos de autor que están en la base de cada precepto para su interpretación es tan necesaria en los delitos de omisión como en los de acción. Es más: según DAHM, en los primeros es, si cabe, más necesaria que en los segundos. Ello se debe, según DAHM, a que en los delitos de acción, quien realiza la conducta típica es, normalmente, el autor; mientras que en los delitos de omisión puede ser mucho más dudoso saber, por ejemplo, si quien no evita que otro se ahogue lo ha matado o no. Para contestar a esta cuestión será preciso, en opinión de DAHM, conocer si el sujeto aparece o no como un homicida “según el sano sentimiento del pueblo” (§ 2 StGB nacionalsocialista).<sup>165</sup>

La referencia a los tipos de autor también resulta útil, a juicio de DAHM, para delimitar la tentativa de los actos prepara-

162. DAHM, G., DSt. 1934, pp. 90 s.

163. DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, p. 35. En idéntico sentido PETERS, K., DSt. 1938, pp. 337 ss.; KLEE, K., DSt. 1941, pp. 71 ss.

164. DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, p. 37. Se hace eco de esta circunstancia en sentido crítico ECKERT, J., en OSTENDORF, H. / DANKER, U. (dir.), *Die NS-Strafjustiz*, 2003, p. 48.

165. DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, pp. 46 s.

ratorios. Siguiendo a Suck, autor de una monografía sobre el inicio del hecho en el nuevo Derecho penal alemán en 1937, Dahm considera que no existe un criterio general que permita determinar el inicio de la tentativa en toda clase de delitos. Así, cuanto mayor sea la importancia que para el contenido de injusto de un sujeto tenga la actitud interna del sujeto (es esencial en los “tipos de actitud interna”, como los delitos de traición, de infidelidad y de infracción de un deber, y algo menos en los “tipos mixtos con injusto predominantemente de actitud interna), menor debe ser la necesaria aportación externa al hecho para que el sujeto aparezca como autor de una tentativa. Y cuanto mayor sea la importancia que para el contenido de injusto de un delito tenga la perturbación externa de la paz social (es fundamental en los “tipos de hecho” y algo menos en los “tipos mixtos con injusto predominantemente de hecho), mayor debe ser la contribución externa al hecho para que el autor del hecho pueda ser contemplado como autor de una tentativa.<sup>166</sup> En palabras de SUCK, parafraseado por DAHM: “Comete un hecho delictivo quien actúa con la voluntad de cometerlo mediante acciones que le permiten aparecer como autor del hecho delictivo por él deseado”.<sup>167</sup> Según DAHM, las palabras de SUCK no deben entenderse en el sentido de que un sujeto deba ser considerado un “asesino” simplemente porque quiere matar y empieza a hacerlo. Quien quiere matar, pero no ha llevado a cabo su propósito, no puede ser calificado como asesino. La frase de SUCK —cuyo contenido es compartido DAHM— debe ser interpretada, según DAHM, de otro modo: únicamente puede admitirse que se ha dado inicio la ejecución de un asesinato a partir del momento en que el hecho permite reconocer las propiedades caracteriológicas de un comportamiento típico de un asesino.<sup>168</sup>

La teoría de los tipos de autor propugnada por DAHM es seguida, en su opinión, por el RG en la sentencia 73, 184 y en el

166. DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, pp. 57 s.

167. DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, p. 58.

168. DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, p. 58.

juicio II D 174 / 40.<sup>169</sup> El caso enjuiciado en este segundo fue el siguiente: el conductor de un coche provoca un accidente y, en lugar de ayudar, abandona el lugar de los hechos. El conductor iba con un acompañante, que no sólo no hizo nada para evitar que el conductor detuviera el vehículo, sino que cerró la puerta del vehículo “en las narices” de un ciclista que les perseguía reclamando que parasen. El RG condena al copiloto por el delito de omisión del deber de socorro del § 330 c StGB y por *Verdunkelung* (oscurecimiento”, “entorpecimiento”, “encubrimiento)<sup>170</sup> del § 2 de la Ordenanza contra sujetos nocivos para el pueblo, de 5 septiembre 1939. Para el RG, esta Ordenanza resulta aplicable en el supuesto de autos porque el copiloto debe ser calificado, de acuerdo con una valoración global del comportamiento y las circunstancias del hecho, como un *Volksschändling* (sujeto nocivo para el pueblo).<sup>171</sup> Y en el supuesto enjuiciado, el hecho expresa una posición de enemistad frente al pueblo y revela que el sujeto se aprovecha de la situación de guerra en que se encuentra el país.<sup>172</sup> Por lo demás, esta aplicación analógica in malam partem del § 2 de la Ordenanza contra sujetos nocivos para el pueblo<sup>173</sup> está, en opinión de DAHM, político-criminalmente justificada. Porque

169. Publicado en el ZakDR 1940, p. 225.

170. *Vid.* voz *Verdunkelung* en SLABY, R.I. / GROSSMANN, R. / ILLIG, C., Diccionario, 4ª ed., 1994.

171. Según SLABY, R.I. / GROSSMANN, R. / ILLIG, C., Diccionario, 4ª ed., 1994, la interpretación literal del término alemán *Volksschändling* tiene dos posibles acepciones: “animal dañino” y “parásito”. En el texto he considerado preferible emplear la primera de estas dos acepciones, sustituyendo la palabra “animal” por la más neutra “sujeto”. No obstante, es probable que DAHM utilice el término *Volksschändling* en un sentido peyorativo, equiparando los “sujetos” que, según entiende, se enfrentan al pueblo a “animales” carentes de toda sociabilidad.

172. DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, pp. 63 s.

173. La aplicación del § 2 de la Ordenanza contra sujetos nocivos para el pueblo de 1939 al caso expuesto constituye para DAHM un ejemplo de aplicación analógica de la ley porque, según el tenor literal de aquel precepto, éste sólo puede ser aplicado a aquél que se aproveche de alguna forma de ocultación para cometer un delito contra la salud individual, la vida o la propiedad. Y para DAHM, el delito previsto en el § 330 c StGB nacionalsocialista no puede ser calificado como un delito contra un bien jurídico individual, sino como un atentado contra aten-

el principal objetivo político-criminal del Derecho penal de guerra del III Reich no consiste en extender lo máximo posible el ámbito de aplicación de las normas penales, sino, precisamente, en castigar con la máxima energía a los sujetos nocivos para el pueblo.<sup>174</sup>

## IV. A modo de recapitulación: los tres elementos del Derecho Penal nacionalsocialista

### 1. Introducción

Acaban de ser expuestas, en sus distintas etapas, las principales manifestaciones del Derecho penal dominante en Alemania durante el período nacionalsocialista (1933-1945). Aunque todas ellas circulan en torno a la idea del Derecho penal de autor, cada una de ellas profundiza en esta idea poniendo el acento en aspectos diferentes de la misma. Así, mientras que algunos autores se aproximan a la misma desde la noción del castigo de la “voluntad” o la “actitud interna” del autor, otros estiman preferible destacar la importancia del elemento “infracción del deber” o “deslealtad a la comunidad” del delito. Pese a esta aparente heterogeneidad, suele afirmarse que todas estas manifestaciones del sinsentido que representó el Derecho penal nazi, que dieron forma a la “renovación popular del derecho” (*völkische Rechtserneuerung*) que pretendió emprender el régimen nacionalsocialista,<sup>175</sup> bebieron de fuentes comunes. Esto es, que fueron articuladas a partir de idénticos “fundamentos”. Esta última circunstancia hace posible describir el Derecho penal nazi como un constructo con una serie de elementos comunes. Sin perjuicio de otras posibles clasificaciones, tales elementos serían tres: el ideológico, el me-

---

tado contra el deber de auxilio a la comunidad y de camaradería. Vid. DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, p. 62.

174. DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, p. 64.

175. La expresión se encuentra, por ejemplo, en ECKERT, J., “Was war die Kieleschule?”, en SÄCKER, F.J. (dir.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, 1992, p. 37; RÜTHERS, B. / BIRK, A., *Rechtstheorie*, 2ª ed., 2005, pp. 370 ss.

tológico y el sociológico. Las líneas que siguen están dedicadas a exponer brevemente el contenido de cada una de estos elementos.

*2. El elemento ideológico. O la pretensión de superación del liberalismo político clásico en favor de un nacionalsocialismo intervencionista radical*

Algunos autores alemanes vieron el abandono del Derecho penal clásico, dominado por la idea de la lesión del bien jurídico, por el nuevo Derecho penal del régimen nacionalsocialista, que castigaba la voluntad y la actitud interna del autor, y que concebía el delito como traición a la colectividad por la infracción de un deber de fidelidad, como un simple reflejo de una transformación más amplia que representaba la llegada de un nuevo modelo de Estado. Según esta tesis, el Derecho penal de autor nacionalsocialista debe verse como una consecuencia de una transformación política global.<sup>176</sup> A la luz de esta transformación política, el nuevo Derecho penal se presenta como un ordenamiento que rechaza dos de los elementos más característicos del Derecho penal liberal que pretende superar: el concepto de bien jurídico y el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.<sup>177</sup>

Según los defensores del Derecho penal nacionalsocialista, el Derecho penal del bien jurídico representaba al Derecho pe-

176. Ilustrativas son, sin duda, las palabras de Hans FRANK, Ministro de Justicia del *III Reich*: “Se mire como se mire, el fundamento del concepto nacionalsocialista de honor reside únicamente en la comunidad, a la que el individuo se encuentra vinculado mediante un deber de fidelidad. El valor y el desvalor del individuo en la comunidad dependen por completo del cumplimiento del deber de fidelidad”: *vid.* FRANK, H., “Nationalsozialistischer Ehrenschatz”, *DSt.* 1937, p. 267. También las de DAHM, G., *DSt.* 1934, p. 96, que afirma sin tapujos que con la llegada del régimen nacionalsocialista se consuma “la transición de un Estado de derecho liberal a un Estado popular justo y autoritario”. En un sentido parecido HÖHN, R., *DR* 1935, p. 267. Sobre esta transformación política *vid.*, entre otros, RÜPING, H., *FS-Oehler*, 1985, p. 28; SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, 1962, pp. 70 ss.

177. Sobre el evidente componente ideológico de la concepción nacionalsocialista del delito como infracción de un deber *vid.* ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 37 ss.

nal propio de un Estado Liberal clásico, determinado por las ideas de la no intervención social y de la protección de los intereses individuales o estatales a través de la no injerencia en la esfera de libertad de cada individuo. La teoría del bien jurídico y su lesión se presentó, así, como resultado de una forma de pensamiento individualista-liberal, de acuerdo con la cual la misión del ordenamiento jurídico se agotaría en la delimitación de “esferas de intereses” (*Interessensphären*) exclusivamente individuales. Según esta línea de pensamiento, la idea de que el Derecho penal sirve para la protección de bienes jurídicos y de que el fundamento único del castigo con pena de todos los delitos debía verse en la lesión o puesta en peligro de aquéllos es una especie de dogma hasta entonces incuestionado<sup>178</sup> que debe ser, sin embargo, superado en favor de una concepción del delito como atentado contra intereses del pueblo y la sustancia misma de la comunidad popular, en el que el sujeto individual lesionado no sería, en realidad, el sujeto pasivo del delito, sino únicamente el “querellante” en nombre de la comunidad, única víctima del hecho delictivo.<sup>179</sup> Además, es muy dudoso que los delitos de omisión, los delitos de traición, los delitos especiales, y los delitos de falso juramento e infidelidad (*Untreue*) puedan ser explicados como la lesión de un bien jurídico.<sup>180</sup> Esta concepción del Derecho penal y del delito, radicalmente distintas, se adecuan en mayor medida al

178. SCHAFFSTEIN describe este dogma con la expresión “dogma de la lesión del bien jurídico” (Rechtsgutsverletzungsdogma): *vid.* SCHAFFSTEIN, F., DSt. 1937, p. 338. En contra de esta designación se pronunció MEZGER, E., ZStW 57 (1938), p. 698. En opinión de MEZGER, la expresión de SCHAFFSTEIN es completamente incorrecta, “porque los defensores de la idea de bien jurídico nunca han contemplado la «lesión» de un bien jurídico como esencial e imprescindible para el Derecho penal para entender, por ejemplo, que la mera puesta en peligro del bien jurídico queda excluida como fundamento del castigo”.

179. En palabras de WOLF, E., ZakDR 1936, p. 361: “La comunidad popular no consta únicamente de vidas y almas humanas, sino que se integra también por bienes de naturaleza económica, cultural, moral”.

180. DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, p. 32.

nuevo modelo de Estado social extremo impuesto en Alemania por el nacionalsocialismo.<sup>181</sup>

En esta línea, SCHAFFSTEIN, por ejemplo, afirmó que a partir de 1935 ya no es posible afirmar que el “dogma del bien jurídico” sigue siendo doctrina dominante en Alemania. SCHAFFSTEIN pone como ejemplo de obras en que también se encuentra expresada la idea de la superación del “dogma del bien jurídico” el escrito de habilitación de WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht* (1935) y la monografía de Hellmuth MAYER, *Strafrecht des deutschen Volkes* (1936).<sup>182</sup> En opinión de DAHM estas dos obras no son sólo ejemplo de la voluntad superadora del dogma del bien jurídico que caracteriza al Derecho penal nacionalsocialista; sino que también pretendió enterrar otros dogmas procedentes del Derecho penal liberal: el “dogma de la causalidad” (*Verursachungsdogma*) y el concepto naturalístico de acción (*naturalistischer Handlungsbegriff*).<sup>183</sup>

Por lo demás, el Derecho penal de autor nacionalsocialista fue la consecuencia necesaria de un Estado social radical que elevó al máximo exponente la idea de que el Estado debe intervenir activamente en aras de la protección de los intereses de la colectividad, y no limitarse a imponer el respeto de la prohibición de lesionar a los demás (*neminem laedere*). El ideal político nacional-socialista estuvo determinado por la unidad de comunidad y miembro de la comunidad. La esencia del delito residía, según este ideario, en la destrucción de la comu-

181. BERGES, A., DSt. 1934, pp. 242 s.; SCHAFFSTEIN, F., DSt. 1937, pp. 335 y 348. Sobre esto *vid.* ALCÁZER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, p. 37.

182. SCHAFFSTEIN, F., DSt. 1937, p. 335, nota 2.

183. DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, p. 32. Abunda en la misma tesis Schaffstein, F., DSt. 1937, pp. 335 y 348. Sobre todo lo anterior, confirmando, por ejemplo, que, en efecto, la obra de WELZEL puede ser entendida, sin grandes esfuerzos, como un intento ideológico de desacreditar el Derecho penal del liberalismo político clásico, vinculándolo de forma necesaria con el positivismo naturalístico de, por ejemplo, VON LISZT, *vid.* ALCÁZER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, p. 44.

nidad, no en la intromisión inconsentida en intereses jurídicamente protegidos.<sup>184</sup>

Como ya se apuntó *supra*, la Ley de reforma del RStGB de 28 de junio de 1935 derogó la prohibición de analogía in malam partem. Según una línea de pensamiento generalizada entre los partidarios del nacionalsocialismo alemán de la época, a esta reforma no podía objetarse que infringiera el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.<sup>185</sup> Porque, puesto que el principal objetivo del régimen nacionalsocialista consiste en la protección eficaz del pueblo, el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, propio del pensamiento ilustrado del Es-

184. SCHAFFSTEIN, F., *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, 1935, pp. 9 s.; GALLAS, W., *FS-Gleispach*, 1936, p. 51.

185. Esta objeción está en la base del dictamen emitido en 1935 por el Tribunal Internacional Permanente en referencia a la posible oposición de Ley de reforma del RStGB de 28 de junio de 1935 a la Constitución de Weimar. La cuestión era relevante en relación con la aplicabilidad o no de la Ley de reforma del RStGB en el territorio de Danzig —antigua ciudad de la Liga Hanseática y de Prusia, ciudad libre en 1919 y anexionada a Alemania el 1 septiembre 1939—, donde, a diferencia de lo que ocurría en Alemania, la Constitución de Weimar seguía vigente sin modificación alguna. El dictamen señalado llegó a la conclusión —por 9 votos a favor y 3 en contra— de que la Ley de reforma del RStGB era inconstitucional, al entender, sobre la base de la objeción que ahora nos ocupa, que la expresión “sano sentimiento del pueblo” del nuevo StGB nacionalsocialista es demasiado indeterminado, y que resultaba muy peligroso dejar las definiciones en manos del juez, y no de la ley, porque éstas ya no podrían proteger al individuo de la intervención arbitraria del Estado. *Vid.* sobre todo lo anterior RÜPING, H., *FS-Oehler*, 1985, pp. 36 s. A este respecto son sin duda clarificadoras las palabras de DAHM, G., *DSt.* 1934, p. 92, al afirmar que la vinculación del Juez al liderazgo político y al “sano sentimiento del pueblo” característicos del nuevo Derecho penal nacionalsocialista “no tiene nada que ver con la seguridad jurídica liberal”. En un sentido no menos gráfico se expresó PETERS, K., *DSt.* 1938, p. 342: “Pero, ¿cómo encuentra el Juez el sentimiento del pueblo? ¿Podemos proporcionarle una pauta segura? No es infrecuente escuchar en la doctrina la opinión de que se trata de un problema que en la práctica no tiene solución”. De todos modos, para este último autor, acérrimo defensor (como DAHM) del *Volksgeist* como fuente material del Derecho penal nazi, un dato invitaba al optimismo: en un importante número de sentencias de la época, la jurisprudencia alemana habría podido inferir el mencionado sano sentimiento popular sin ningún género de dudas: *vid.* PETERS, K., *DSt.* 1938, pp. 343 ss.

tado liberal clásico, debe ser sustituido por el principio inverso *nullum crimen sine poena*.<sup>186</sup>

### 3. *El elemento metodológico y sus cuatro principales manifestaciones*

#### 3.1. Abandono del racionalismo teleológico filosófico en favor del irracionalismo ético-moral

El giro experimentado por el Derecho penal como consecuencia de la llegada del régimen nacionalsocialista es explicado por un sector doctrinal de la época como una consecuencia de la siguiente idea: el análisis jurídico-penal de la realidad social ya no puede formularse —tal y como pretendió el pensamiento ilustrado— desde una perspectiva exclusivamente racional-teleológica, sino que éste debe ser completado con una valoración de orden ético-moral irracional.<sup>187</sup> Según esta idea, en el proceso de construcción de conceptos influirían a menudo elementos ético-irracionales cuya aprehensión no sería posible atendiendo exclusivamente a baremos de naturaleza teleológica. Se trata de representaciones valorativas cuya vigencia sería más una cuestión de “profesión” (*Bekennen*) que de “conocimiento” (*Erkennen*). Uno de estos elementos sería, por ejemplo, el elemento “honor” en los delitos contra el honor.<sup>188</sup> El derecho no debía ser concebido como la imposición de un poder sobre los miembros de la comunidad jurídica, sino, antes bien, como una forma de vida en sí misma, como

186. Esta es la argumentación defendida por autores como METHNER, STAUFFENBERG, HENKEL, CRUSEN, SCHINNERER o el propio Carl SCHMITT en oposición al dictamen referido en la nota anterior: *vid.* RÜPING, H., *FS-Oehler*, 1985, p. 8 y nota 48. Sobre todo esto *vid.* MARKEN, K., *Der Kampf*, 1975, pp. 192 ss., en especial p. 195; CATTANEO, M.A., “Carl Schmitt y Roland Freisler. La doctrina penal del nacional-socialismo”, en *LH-Barbero Santos*, 2001, pp. 148 s.; MÜLLER, I., “Der Niedergang des Strafrechtssystems im Dritten Reich”, en OSTENDORF, H. / DANKER, U. (dir.), *Die NS-Straffjustiz*, 2003, p. 12.

187. MAYER, H., *DSt.* 1938, p. 76, nota 16. Sobre esto *vid.* ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, p. 39; MARKEN, K., *Der Kampf*, 1975, pp. 175 s.

188. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 76.

parte misma de la realidad. No debía ser contemplado como un mero deber ser (*Sollen*), sino como un ser (*Sein*), como un orden inmanente a la propia comunidad.<sup>189</sup>

Desde esta perspectiva, el Derecho cobraría, en suma, un carácter “irracional”.<sup>190</sup> Se impondría, por tanto, una etización del Derecho penal. La necesidad de contemplar el delito desde una perspectiva ético-moral venía determinada por la imposibilidad de valorar en su justa medida una conducta delictiva con la exclusiva referencia al concepto teleológico-racional de bien jurídico acuñado por el pensamiento ilustrado derivado del liberalismo clásico. En lugar de la referencia al bien jurídico era necesaria una referencia al llamado “orden moral popular”.<sup>191</sup> Allí sería donde se encontrarían las bases de la estructura de la vida en comunidad. La constatación del carácter delictivo de una conducta requeriría la comprobación de si dicha conducta contradice el orden moral popular señalado. Esta comprobación no puede realizarse, sin embargo, exclusivamente a partir de ponderaciones de carácter teleológico-racional, ya que únicamente sobre la base de un ordenamiento moral y final, un suceso de la vida podría ser concebido como delito.<sup>192</sup>

189. MAYER, H., DSt. 1938, p. 77. No en vano, en opinión de este autor, si alguna corriente filosófica se vio reflejada en el Derecho penal nacional-socialista, ésa fue la representada por la Escuela Nueva de HEGEL (*vid. op.cit.*, nota 18).

190. WAGNER, H., en SÄCKER, F.J. (dir.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, 1992, p. 158.

191. MAYER, H., DSt. 1938, pp. 91 s.; PETERS, K., DSt. 1938, pp. 337 s. Sobre esto *vid.* ALCÁZER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 40 s., destacando que, como consecuencia de la etización del Derecho penal, la pena pasó a ser contemplada como la consecuencia de la no fidelidad del sujeto a la moral de la comunidad, representada por la moral del Estado.

192. GALLAS, W., *FS-Gleispach*, 1936, pp. 65, 67 y 69, quien cree que “profesar” y “conocer” constituyen dos procesos que se encuentran en abierta oposición, de modo que cuando se trata de “profesar”, ni la lógica ni la razón tienen nada que hacer. En contra, sin embargo, SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 77, para quienes no es correcto que todo lo que es objeto de profesión no puede ser objeto de la Lógica, citando las obras de Heinrich MAIER *Psychologie des emotionalen Denkens* (1908) y *Wahrheit, Wert und Wirklichkeit* (1926) como exponentes de esta

### 3.2. Superación del idealismo abstracto ilustrado en favor de una filosofía realista concreta (E. WOLF, DAHM) o del pensamiento fenomenológico de HUSSERL (SCHWINGE / ZIMMERL)

El descubrimiento por parte del neokantismo de los llamados “conceptos intermedios”, entre los que se cuentan los elementos subjetivos del injusto o los elementos objetivos de la culpabilidad, reveló, en opinión de E. WOLF, que la clasificación de los elementos del delito en elementos objetivos (tipicidad y antijuricidad) y elementos subjetivos (culpabilidad) del Derecho penal clásico era demasiado abstracta, y debía ser superada.<sup>193</sup> A juicio de WOLF, un simple cotejo de las categorías de la Parte General del Derecho penal con el amplio abanico de modalidades delictivas diferentes pone de relieve que la esencia de cada delito no puede extraerse exclusivamente de los conceptos abstractos de la Parte General, porque éstos se presentan de una forma distinta en cada delito.<sup>194</sup> La decisión sobre si un determinado supuesto de hecho constituye o no un delito no puede consistir para WOLF en el resultado de un proceso lógico de subsunción del correspondiente supuesto en uno o varios tipos abstractos. Antes al contrario, el juez, en su condición de representante de la comunidad popular, debe decidir si ésta desvalora como delito la relación existente entre el autor y el hecho.<sup>195</sup>

La idea de que en el Derecho penal nacionalsocialista los tipos penales no pueden ser interpretados de acuerdo con la jurisprudencia de conceptos “comparable a las matemáticas” propia del s. XIX es compartida por DAHM. En opinión de este autor, el nuevo pensamiento jurídico nacionalsocialista liberaba al Juez de su vinculación al racionalismo abstracto y del formalismo normativo del Derecho penal liberal, favorecien-

segunda tesis. Sobre el enfrentamiento de la Escuela de Kiel y la Escuela de Marburgo en relación con este extremo *vid.* SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, 1962, p. 81.

193. MARXEN, K., *Der Kampf*, pp. 175 s.

194. WOLF, E., *ZakDR* 1936, p. 359.

195. WOLF, E., *ZakDR* 1936, p. 360.

do una aplicación de la ley que tomaría como punto de referencia la realidad concreta del autor. De acuerdo con esta nueva perspectiva, el Juez debía tener en cuenta para la determinación de la pena, sobre todo, dos elementos de la realidad vinculados al autor: su personalidad y su relación con la comunidad.<sup>196</sup> En el Derecho penal nacionalsocialista, la legislación, la ciencia y la jurisprudencia se habrían ido aproximando cada vez más a la realidad. Esto ha tenido como contrapartida un progresivo debilitamiento de los conceptos jurídicos formales de significado único y claro. Debe partirse del presupuesto de que el derecho positivo se encuentra plagado de conceptos con múltiples significados, como, por ejemplo, “abuso”, “hecho violento grave” o “aborto”, que deben ser llenados de contenido, determinándose, de este modo, sus límites. Lejos de representar una relajación de la obediencia a la ley, la nueva metodología del Derecho penal nacionalsocialista conlleva para Dahm un aumento de la seguridad jurídica. Aunque no mediante la construcción de conceptos formales, sino por medio de una profundización y concentración de los tipos. Se trata para Dahm, en suma, de una seguridad jurídica material, no formal.<sup>197</sup>

Otros autores, como Erich SCHWINGE y Leopold ZIMMERL, entienden, por su parte, que entre la concepción del Derecho penal defendida por la Escuela de Kiel y el pensamiento fenomenológico de HUSSERL existe una conexión directa.<sup>198</sup> En opinión de SCHWINGE / ZIMMERL, esta conexión se evidenció con especial claridad en dos momentos de aquella concepción: la disolución de la distinción entre injusto y culpabilidad; y el paso de la lesión del bien jurídico a la “infracción del deber”.

Como se verá más adelante con detalle, una de las críticas formuladas desde el nacionalsocialismo contra los conceptos clásico y neoclásico de delito tiene por objeto la considera-

196. DAHM, G., DSt. 1934, p. 89.

197. DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, p. 41. Sobre esto *vid.* también RÜPING, H., *FS-Oehler*, 1985, p. 28; RÜTHERS, B. / BIRK, A., *Rechtstheorie*, 2ª ed., 2005, pp. 376 ss.

198. En contra, en cambio, MAYER, H., DSt. 1938, p. 77, nota 18.

ción del injusto y la culpabilidad como dos elementos separados del delito. Desde la perspectiva de la dirección de Kiel, la distinción entre injusto y culpabilidad representa una manifestación del “pensamiento liberal separador” propio del racionalismo ilustrado analítico. Este pensamiento separador debía ser superado, porque impedía elaborar una concepción global del delito que permitiera aprehender su esencia como “desajuste concreto” (*konkrete Unordnung*). Para conseguir analizar de forma global el delito y su esencia sería necesario —siempre según la dirección de Kiel— evitar su desmembración en distintas partes. El delito debía ser analizado como un todo. Un análisis del delito que partiera de la separación entre injusto y culpabilidad como dos de sus partes devendría, en cambio, un análisis separador o fragmentador, una artificiosa desmembración del delito incompatible con una concepción del mismo como ente unitario integrante de la realidad.<sup>199</sup>

Con la llegada del Derecho penal nacionalsocialista, el análisis del delito, en segundo lugar, deja de poner el acento en la lesión del bien jurídico para hacerlo en la infracción del deber de fidelidad a la víctima o a la comunidad.<sup>200</sup> Una de las causas que provoca este cambio de paradigma es, en opinión de algunos penalistas de la época, la voluntad de operar un cambio metodológico. Se pretende abandonar para el análisis del delito el método racionalista-abstracto del Derecho penal clásico en favor de un método empírico, fenomenológico, que permita una mayor aproximación a la realidad concreta de cada modalidad delictiva. Este cambio metodológico viene favorecido por una idea que hizo fortuna en el Derecho penal nacionalsocialista: el delito consiste en una realidad poliédrica que no puede ser explicado de forma completa acudiendo exclusivamente a la idea de bien jurídico. Sin embargo, la dirección de Kiel no sólo elimina el concepto de bien jurídico como concepto general para la valoración de todos los tipos; sino que pretende evitar la consideración de todo baremo, idea o catego-

199. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 50. En idéntico sentido WOLF, *ZakDR* 1936, p. 363.

200. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 54.

ría con pretensiones de validez general en el análisis del delito (Schaffstein); o evitar todo baremo general con excepción del representado por el lenguaje cotidiano del pueblo (DAHM).<sup>201</sup> Ante esta ausencia total de criterios generales, o con la ayuda, en el “mejor” de los casos, de las aportaciones del impreciso y fluctuante lenguaje popular, la dirección de Kiel apunta que la infracción del deber de fidelidad tiene, en algunos tipos, una importancia decisiva o incluso exclusiva; pero que en otros delitos el factor decisivo es, en cambio, la “actitud interna” o la lesión del bien jurídico. Que uno u otro aspecto fuera el determinante para la valoración del delito debía depender únicamente de la concreta especialidad de cada delito.<sup>202</sup>

### 3.3. Superación del pensamiento legal normativista y decisionista del positivismo jurídico-legal en favor del pensamiento del orden y configuración concretos (Carl SCHMITT)

Suele afirmarse que una de las aportaciones filosófico-jurídicas que mayor influencia ejerció sobre el régimen nacionalsocialista fue la obra del filósofo del derecho Carl SCHMITT.<sup>203</sup> Aunque ello no es indiscutido,<sup>204</sup> de todos los trabajos realizados por este autor, el más directamente vinculado al pensamiento nacionalsocialista de la Escuela de Kiel fue la monografía de Carl SCHMITT *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934).<sup>205</sup> En opinión de este autor, las tres formas de pensamiento de la ciencia jurídica son el pensamiento legal-

201. Para una exposición crítica de la importancia que para la concepción de Dahm tiene el lenguaje popular cotidiano *vid.* SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 55.

202. Sobre esto *vid.* SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, 1962, p. 73; MÜLLER, I., en Ostendorf, H. / DANKER, U. (dir.), *Die NS-Strafjustiz*, 2003, p. 10.

203. CATTANEO, M.A., *LH-Barbero Santos*, 2001, p. 145.

204. CATTANEO, por ejemplo, también considera obras programáticas del pensamiento nacionalsocialista las monografías de SCHMITT, C., *Der Hüter der Verfassung* (1931) y *Staat, Bewegung, Volk* (1935), y el artículo “Nationalismus und Rechtsstaat” (1934): *vid.* CATTANEO, M.A., *LH-Barbero Santos*, 2001, pp. 145 ss.

205. MAYER, H., *DSt.* 1938, p. 77, nota 18.

normativo, según el cual el derecho debe ser contemplado como una regla, norma o ratio; el decisionista, en cuya virtud el derecho constituye una decisión; y, por último, el pensamiento del orden o configuración concretos, de cuya conformidad el derecho consiste en un mandato o *voluntas*.<sup>206</sup> El pensamiento normativista se caracteriza, según SCHMITT, por ser impersonal y objetivo, el decisionista por ser personalista y arbitrario, y el pensamiento del orden y la configuración concretos, por ser suprapersonal.<sup>207</sup> En el marco de esta constelación de posibles formas de pensamiento, Schmitt considera que el régimen de la Alemania nacionalsocialista representa una revitalización del pensamiento del orden y configuración concretos marcado por la idea de fidelidad del *Movimiento al Führer*.<sup>208</sup>

206. SCHMITT, C., *Sobre los tres modos de pensar*, 1996, pp. 5 s.

207. SCHMITT, C., *Sobre los tres modos de pensar*, 1996, pp. 12 s. Sobre las principales características y finalidades políticas del “pensamiento en órdenes concretos” (*Denken in konkreten Ordnungen*) de SCHMITT, *vid.*, en un sentido absolutamente crítico, RÜTHERS, B. / BIRK, A., *Rechtstheorie*, 2ª ed., 2005, pp. 376 ss.

208. SCHMITT, C., *Sobre los tres modos de pensar*, 1996, p. 58. Para SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 75, en el contexto del Derecho nacionalsocialista resulta evidente que la discusión entre la teoría teleológica-subjetiva de la interpretación (según la cual la ley debía atender a la voluntad del legislador como hecho empírico) y la teoría teleológica-objetiva (la ley debía atender a lo que, racionalmente, el legislador ha debido querer) debía ser resuelta en favor de la primera. Ello se debía, en opinión de aquellos autores, a la “idea del *Führer*” (*Führergedanke*). En efecto, si al juez le estuviera permitido sustituir los objetivos y las tendencias que impulsan al legislador por los suyos propios, entonces éste se convertiría en el factor determinante. Ello no sería compatible, sin embargo, con el primado que el liderazgo político, el ejecutivo, el *Führer* ostentaba en el Tercer Reich. En un sentido abiertamente crítico con todo lo anterior, refiriéndose al “primado de lo político” dominante en la ciencia del Derecho penal nacionalsocialista, se mostró, por ejemplo, MARXEN, K., *Der Kampf*, 1975, pp. 170 s., 201 y 203, entre otras. Señala MARXEN, *op.cit.*, p. 213, que con la llegada del nacionalsocialismo la ley se convierte en una mera “orden del *Führer*” (*Führerbefehl*), dejando de ser un instrumento para la consecución de la seguridad jurídica formal para convertirse en un elemento puesto enteramente „al servicio de la concepción material del derecho del nacionalsocialismo. El *Führer* y el Juez, como su secuaz, trabajan de forma conjunta en la realización del Derecho verdadero, cuya fuente reside en la contemplación popular. La adhesión del Juez no consiste en una obediencia ciega, sino en la ejecución (*Nachschaffen*) de los preceptos

El nuevo escenario político supone, de este modo, la superación del pensamiento legal normativista y decisionista propio del positivismo jurídico-legal del siglo XIX, que combinó —prosigue SCHMITT— dos diferentes modos de pensamiento jurídico: el normativismo y el decisionismo. Desde la perspectiva del positivismo jurídico, el derecho se contemplaría, por una parte, como la idea de algo normativo que funciona como regla abstracta que debe ser seguida; y, por otra, como un “imperativo humano”: no pueden ser defraudadas las expectativas generales de la ley.<sup>209</sup>

La superación del positivismo legal del siglo XIX se produce, a juicio de Carl SCHMITT, como consecuencia de la confluencia de una serie de factores. El primero de estos factores es la transformación sufrida por la estructura total del Estado, así como por las necesidades históricas, sistemáticas y políticas de cada época. La relación dualista existente entre Estado y Sociedad civil (unidad política con estructura bipartita) en el liberalismo político del siglo XIX determinó que el po-

---

formulados por el *Führer*. Como colaborador (*Mitarbeiter*) del *Führer*, (scil. el Juez) completa su obra (Tat)”. También gráfico en su crítica es WERLE, G., *Justiz-Strafrecht*, 1989, pp. 715, que describe el sometimiento de la ley a la *Führergedanke* que caracterizó al Derecho penal nacionalsocialista del modo siguiente: “La nueva posición de la ley fue descrito así: el lugar de la “ley” fue ocupado por la “voluntad del *Führer*”. La ley es un vehículo de la voluntad del liderazgo político en el que el “derecho” y la “contemplación del mundo” se encuentran verdaderamente expresados. El juez se convierte en ejecutor de la voluntad del *Führer*. El Derecho penal no es un derecho limitador de la lucha contra el delito, sino parte integrante de un derecho de lucha contra el delito más amplio”. Le sigue MÜLLER-DIETZ, H., en EL MISMO, *Recht und Nationalsozialismus*, 2000, pp. 75 ss. En la misma línea, ya antes, refiriéndose al “primado de lo político” dominante en la ciencia del Derecho penal nacionalsocialista MARXEN, K., *Der Kampf*, 1975, pp. 170 s.

209. SCHMITT, C., *Sobre los tres modos de pensar*, 1996, pp. 35 s., citando la obra de KARL Bergbohm *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (1892) como claro ejemplo de la señalada dualidad del positivismo jurídico. En un sentido sin duda próximo al de Schmitt deben ser entendidas las siguientes palabras de E. WOLF: “la fuerza de la comunidad popular como todo político es puesta en duda, de algún modo, por todo ataque delictivo. En este cuestionamiento objetivo de su integridad y autoridad reside en última instancia el «contenido criminal» más fuerte, su mayor «daño objetivo»”. Vid. WOLF, E., *ZakDR* 1936, p. 361.

sitivismo legal de ese siglo deviniese una combinación de decisionismo y normativismo. La nueva estructura tripartita de la unidad política del estado nacionalsocialista, formada por los órdenes del *Estado* (gobierno), el *Movimiento* (disciplina) y el *Pueblo* (honor), requiere, en cambio, de la forma de pensamiento jurídico concreta del orden y la forma.<sup>210</sup>

Pese a su estructura tripartita aparentemente fragmentada, la unidad política del Estado nacionalsocialista constituye, en realidad, una unidad indisoluble. Esta unidad representa la superación de la idea normativista de la “división de poderes” que caracterizó al Estado Liberal hasta entonces imperante. Se trata, en suma, de la existencia de una relación intrínseca entre el orden estatal, social y nacional de la vida de una comunidad. La formación de esta unidad inescindible de los tres órdenes del estado también debe encontrar su reflejo en el ordenamiento jurídico. Este es el segundo factor: el derecho del régimen político nacionalsocialista debe referirse expresamente a la realidad concreta de las relaciones vitales de la comunidad en su concreta configuración. Las distintas naciones se diferencian por su actual pensamiento respecto de palabras, conceptos y formas que vienen determinados por el modo de ser propio y por la tradición histórica.<sup>211</sup> Para ello se sirvió de una serie de cláusulas generales.<sup>212</sup> Estas cláusulas, integradas por conceptos indeterminados de todo tipo, o por conceptos extralegales (por ejemplo, las buenas costumbres, la adhesión, la disciplina, el honor o la lealtad), fueron aplicadas en interés de la totalidad del pueblo. Esta circunstancia determina, en opinión de SCHMITT, una completa transformación de todo el derecho sin necesidad de modificar una sola ley. Las cláusulas generales permiten, en suma, la introducción de un nuevo modo de pensamiento jurídico.<sup>213</sup> Suponen para SCH-

210. SCHMITT, C., *Sobre los tres modos de pensar*, 1996, pp.73 y 76 s.

211. SCHMITT, C., *Sobre los tres modos de pensar*, 1996, p. 66.

212. SCHMITT, C., *Sobre los tres modos de pensar*, 1996, p. 72.

213. SCHMITT, C., *Sobre los tres modos de pensar*, 1996, p. 68.

MITT una renuncia al fundamento del positivismo como decisión legal desvinculada de la norma.<sup>214</sup>

Los ámbitos en los que el proceso de disolución del positivismo jurídico y del pensar dominante del siglo XIX se evidenció más son, para Schmitt, aquéllos que ocupaban el centro del pensamiento jurídico liberal: el Derecho penal y el Derecho fiscal.<sup>215</sup> En relación con el primero, una de las más importantes novedades del Derecho penal del régimen nacionalsocialista viene representada por la incorporación al catálogo de delitos de nuevos delitos “indeterminados”. Los delitos de deslealtad, traición a la nación o traición económica constituyen algunos ejemplos de esta nueva clase de delitos.<sup>216</sup> En opinión de SCHMITT, no debe extrañar que la aparición de estos nuevos delitos coincida en el tiempo con el advenimiento de una nueva forma de pensamiento más concreto. Desde su punto de vista, el pensamiento normativista legal clásico no era capaz de entender la deserción y la traición como una injusticia esencial o como un crimen de perjurio o infidelidad, sino como una mera “acción penalizada”.<sup>217</sup> Las cláusulas generales señaladas se refieren inmediatamente —prosigue SCHMITT— a la realidad concreta de unas relaciones vitales y conducen necesariamente a un nuevo modo de pensar jurídico que se corresponde con el orden dado o con un nuevo orden que surge.<sup>218</sup>

#### 3.4. Abandono del “método separador” (trennende Methode) en favor de una “consideración “global” (Ganzheitsbetrachtung) del delito (MEZGER, SCHAFFSTEIN)

En 1938, MEZGER afirma que el nuevo Derecho penal del régimen nacionalsocialista debe traer consigo una transformación metodológica. Esta transformación debe consistir, según MEZ-

214. SCHMITT, C., *Sobre los tres modos de pensar*, 1996, pp. 67 y 73.

215. SCHMITT, C., *Sobre los tres modos de pensar*, 1996, p. 68.

216. SCHMITT, C., *Sobre los tres modos de pensar*, 1996, p. 69.

217. SCHMITT, C., *Sobre los tres modos de pensar*, 1996, p. 59.

218. SCHMITT, C., *Sobre los tres modos de pensar*, 1996, p. 72.

GER, en el abandono de una “consideración separadora” (*trennende Betrachtung*) del delito en favor de otra de carácter “totalizante” (*Ganzheitsbetrachtung*).<sup>219</sup> Según una contemplación “separadora” del delito, una correcta explicación de este último exigiría su división en varias partes. Sólo a partir de sus distintos aspectos individuales sería posible elaborar el concepto de delito como “todo”. La consideración separadora del delito construiría el delito como “todo” a partir de sus elementos. En opinión de MEZGER, una explicación del delito a partir de la clasificación descriptiva de sus elementos estaría abocada, en realidad, a devenir una descripción naturalística de sus elementos, completamente desprovista de carga valorativa jurídico-penal.<sup>220</sup> Para MEZGER, esta valoración comprensiva del sentido del delito sólo está al alcance de una concepción que considere al delito en su globalidad. La consideración global del delito partiría del delito como “todo”, y describiría sus elementos generales y especiales. El delito como “todo” sería el resultado de una consideración jurídica valorativa; más concretamente, de la concreta valoración jurídica que hace el Derecho penal. MEZGER explica la diferencia entre una y otra clase de método de forma gráfica. Para el método fragmentador, la teoría del delito se construiría como una pirámide: en la base de esta pirámide se encontraría la acción “natural”, y sobre este elemento se construirían el resto de pisos del edificio. El

219. Vid. también MUÑOZ CONDE, F., Edmund Mezger, 2ª ed., 2001, pp. 29 s.; el mismo, “La otra cara de Edmund Mezger: su participación en el Proyecto de Ley sobre Gemeinschaftsfremde (1940-1944)”, Apéndice a Edmund Mezger, 2001, pp. 100 s. La idea de la “consideración global” ya había sido avanzada en 1934 por Mezger en el prólogo a su *Criminología*: “el nuevo estado total se construye sobre las dos ideas básicas de pueblo y raza. También el derecho penal será afectado por esta transformación (...) Para el nuevo Derecho penal serán esenciales dos puntos de partida, no ya como hasta ahora como compromiso, sino como síntesis: La idea de la responsabilidad del individuo ante su pueblo y la idea de la conformación racial del pueblo como un todo”. Sobre el Estado “total” nazi como principio rector del Derecho penal nacionalsocialista vid. también DAHM, G., DSt. 1934, p. 90; críticamente MARXEN, K., *Der Kampf*, 1975, pp. 171 s. Sobre todo lo anterior, con especial referencia a MEZGER, vid. MUÑOZ CONDE, F., Edmund Mezger, 2ª ed., 2001, pp. 29 s.; EL MISMO, Apéndice a *Edmund Mezger*, 2ª ed., 2001, pp. 100 s.

220. MEZGER, E., ZStW 57 (1938), p. 676.

método globalizador, en cambio, contempla el delito como la desviación de la voluntad individual frente a la colectividad, como “algo global, un proceso unitario y orgánicamente homogéneo en la vida en comunidad del pueblo, en el que es perfectamente posible distinguir distintos *aspectos*, pero que repugna por concepto una desmembración en varias *partes*”.<sup>221</sup> Frente a la pirámide del método fragmentador, el delito como “todo” se presenta para MEZGER como un círculo determinado por su punto central y su perímetro cuyos elementos representan partes del círculo a partir de ese punto central.<sup>222</sup>

Como acaba de mencionarse, el método de la “consideración global” del delito pretendió superar el método “separador”. Parece difícil negar que el método separador, tal y como ha sido descrito, presenta una evidente vinculación con la concepción *descriptivo-clasificatoria* del delito correspondiente al causalismo naturalístico, imperante en el Derecho penal alemán hasta, al menos, los años 20 del s. XX.<sup>223</sup> Del mismo modo, también deben ser reconocidas las indiscutibles implicaciones valorativas de la consideración global del delito, propias del Derecho penal neokantiano dominante en Alemania desde el inicio del ocaso del pensamiento causalista. Así las cosas, podría pensarse que la pretensión superadora de la concepción separadora del delito que cabe atribuir a la *Ganzheitsbetrachtung* no fue sino una consecuencia más del carácter superador del concepto causalista que debe reconocerse al concepto neokantiano de delito. Sin embargo, aunque la concepción del delito consistente en explicarlo desde sus partes es característica del concepto causalista de delito, no es menos cierto que una

221. MEZGER, E., ZStW 57 (1938), p. 677 (cursiva añadida).

222. MEZGER, E., ZStW 57 (1938), p. 677. También se pronuncia a favor de una consideración global del delito DAHM. En opinión de este autor, el hecho y el autor de un delito, lejos de constituir elementos antagónicos, se complementan mutuamente, conformando, de este modo, una unidad de sentido, sin cuyo conocimiento no es posible interpretar correctamente los tipos penales. Vid. DAHM, G., *Der Tätertyp*, 1940, pp. 24 ss. y 59 ss.

223. En un sentido parecido, ya antes, *Schaffstein*, F., DSt. 1935, p. 102. Sobre esto *vid.*, críticamente, MÜLLER, I., en OSTENDORF, H. / DANKER, U. (dir.), *Die NS-Strafjustiz und ihre Nachwirkungen*, 2003, p. 11.

tal consideración del delito no es exclusiva del concepto causalista. También el concepto neoclásico o neokantiano de delito aplicó el método separador en la consideración del delito al que se refiere MEZGER. El concepto neokantiano de delito dota a cada una de las categorías del delito de un contenido normativo-valorativo del que estaban huérfanas a la luz del concepto causalista; pero tampoco puede negarse que este concepto no se sustrajo por completo al conceptualismo abstracto propio del positivismo, que permite analizar el delito como un concepto compuesto por una pluralidad de elementos. La consideración global del Derecho penal nacionalsocialista pretende ser, por tanto, no sólo una superación del positivismo clásico, sino también del relativismo valorativo neoclásico. Se trata de eliminar todo resquicio del idealismo racionalista abstracto propio del Liberalismo clásico, impregnado tanto en el concepto positivista como en el concepto neokantiano de delito, para sustituirlo por un pensamiento de naturaleza realista, irracional y concreta. De establecer, en definitiva, un contacto más directo con la realidad concreta a través de una consideración del delito de base marcadamente emotiva.

Señala MEZGER que el pensamiento neokantiano distinguió claramente entre los objetos de la realidad susceptibles de ser aprehendidos sensorialmente, esto es, los fenómenos, y los valores. Los fenómenos se presentarían en la realidad sin ninguna clase de orden, determinándola como un auténtico “caos”, ya que los fenómenos carecerían de sentido “en sí”. El único modo de ordenar el desorden de la realidad consiste en que el hombre aprehenda los fenómenos de la realidad dotándoles, desde el exterior, de una dimensión de sentido. El sujeto debe darle sentido a los fenómenos asignándoles valores ajenos a la realidad objeto de estudio. Desde la perspectiva del neokantismo, realidad y valores se encuentran, por tanto, separados.<sup>224</sup> Según MEZGER, el nuevo Derecho penal nacionalsocialista basado en el realismo concreto reclama, en cambio, convertir la relación entre realidad y valor en una relación más estrecha, hasta el punto de que los valores puedan ser extraí-

224. MEZGER, E., ZStW 57 (1938), p. 701.

dos de la realidad, y más concretamente de la existencia misma del pueblo.<sup>225</sup>

La Escuela de Marburgo y la Escuela Sudoccidental de RICKERT, LASK, RADBRUCH y SAUER, partieron de un *dualismo gno-seológico* consistente en la distinción entre el *noumeno* (la “cosa en sí”) y el *fenómeno* (manifestación espacio-temporal del *noumeno* que convierte a aquél en *aprehensible por los sentidos*), de suerte que la “cosa en sí” tan solo devendría dato empírico espacio-temporal sensorialmente cognoscible (materia de conocimiento o realidad sensible) en tanto que *fenómeno (materia fenoménica)*. Para conocer la realidad empírica, el sujeto de conocimiento debe, sin embargo, aplicar a la referida materia empírica las *formas a priori* de conocimiento o *categorías del entendimiento (valores)*. De este modo, la aplicación de valores a la realidad sensible se traduciría en la obtención de *significaciones o sentidos* consistentes en los bienes u objetos en que se plasman los valores, de suerte que no puede decirse que la dimensión de sentido de la realidad sea algo apriorístico, sino que es aportada por el propio sujeto de conocimiento (es un producto del proceso de conocimiento, que, de acuerdo con el rechazo de la idea kantiana de una *conciencia en general*, puede ser, a su vez, variable histórico-culturalmente). Esta imposibilidad de separar, por tanto, objeto y sujeto de conocimiento conduce a la atribución al método de una función configuradora del objeto (*stoffgestaltende Funktion der Methode*). En el referido sentido debe ser entendida, por ejemplo, la posición metodológica de STAMMLER. Según este autor, las diferentes clases de ciencias se ocupan de *objetos distintos* o de *distintos aspectos* de un mismo objeto, determinándose, por esta vía, dos distintos modos del conocer científico: el “percibir”, propio de las ciencias de la naturaleza como esclarecedoras de las relaciones causales (causa-efecto); y el “querer” o “comprender”, propio de ciencias del espíritu como la propia ciencia del Derecho, cuya función no es otra que la aprehensión de conexiones  *finales* (medio-fin). La diferencia entre las ciencias *naturales* y las ciencias *culturales* (entre las que se

225. MEZGER, E., ZStW 57 (1938), p. 700.

contarían tanto la dogmática jurídico-penal como la Sociología), así como entre éstas últimas entre sí, no residiría, por tanto, en el objeto (materia fenoménica en ambos casos), sino en el método. De este modo, ciencias naturales y ciencias culturales se distinguirían en el referido sentido epistemológico en que mientras las primeras tendrían la consideración de ciencias causales, las segundas engrosarían las filas de las ciencias finales, no siendo la causalidad y la finalidad, respectivamente, características de la materia objeto de estudio, sino categorías de entendimiento aportadas *a priori* por la propia mente humana. El neokantismo supuso, en suma, una pretensión de superación del método puramente jurídico-formal del positivismo mediante la introducción de consideraciones axiológicas y materiales.<sup>226</sup> Frente al método neokantiano, la doctrina nacionalsocialista partió, precisamente, de la premisa opuesta: la realidad de los órdenes concretos de la vida no es algo amorfo a lo que el científico deba dotar de sentido, sino, al contrario, algo “vivo”, con cuerpo, ordenado y con pleno sentido. Para la dirección de Kiel, la interpretación de la ley no debía dar sentido a la realidad de la vida del pueblo, sino todo lo contrario: la interpretación de la ley debía limitarse a reflejar dicha realidad sin modificarla.<sup>227</sup>

Por lo demás, la “consideración global” del delito a la que se refiere MEZGER no representó ni una novedad metodológica ni una concepción metodológica cuyo ámbito de aplicación quedase circunscrito al Derecho penal. No representó una novedad metodológica, por dos motivos: en primer lugar, porque aquella consideración debe ser vista, en realidad,

226. Sobre esto *vid.* MIR PUIG, S., *Introducción a las bases*, 1976, pp. 227 ss.; Silva SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación*, 1992, pp. 55 ss. Por lo demás, la posibilidad de reconducir tanto las ciencias naturales como las sociales a un supraconcepto de ciencia pasa para el neokantismo por la afirmación de la existencia de la analogía entre ambas clases de disciplinas consistente en un acercamiento a sus respectivos objetos de investigación mediante el sistema y la formación de conceptos, variando sólo en que en las primeras predomina el pensar ontológico mientras que en las segundas lo hace el axiológico: *vid.* GIMBERNAT ORDEIG, E., *Concepto y método*, 1999, p. 43.

227. MARXEN, K., *Der Kampf*, 1975, p. 197.

como una mera consecuencia metodológica de una corriente filosófica ya clásica: el Realismo filosófico; y en segundo lugar, porque ningún penalista, ni siquiera entre los defensores del llamado “método separador” (*trennende Methode*), ha negado nunca que el análisis del delito, aunque parta de la contemplación de los elementos que lo integran, debe ser puesto al servicio del delito como “todo”. Una consideración del delito que consistiera en una mera explicación de sus partes, incluso de todas ellas, sería, también desde una concepción separadora del delito, una concepción parcial e incompleta del delito.<sup>228</sup> La consideración global del delito consistió, además, en una “forma de consideración especial” o “camino” especial conducente al conocimiento en sentido amplio, no sólo al Derecho penal. En efecto, el método de la consideración global extendió su máxima “debe aprehenderse las partes del todo, en lugar de aprehenderse el todo de las partes”, a todos los ámbitos del conocimiento.<sup>229</sup>

#### 4. *El elemento sociológico: ¿DURKHEIM EN EL HORIZONTE?*

Quizá quepa ver, por último, un posible antecedente sociológico de la forma de pensamiento jurídico-penal que caracterizó a la orientación nacionalsocialista de la Escuela de Kiel en el concepto de Derecho penal y de delito presente en la Sociología positivista de Emile DURKHEIM. Desde la perspectiva de DURKHEIM, el delito debe definirse como aquel hecho social castigado con pena lesivo de los sentimientos colectivos más profundamente arraigados o de la Autoridad. El Derecho penal es para DURKHEIM, por su parte, la suma de todas las reglas de comportamiento sancionadas declarativas de sanciones represivas contra quien comete un delito, esto es, contra quien lesiona esa autoridad o los sentimientos colectivos profundamente arraigados, simbolizando y garantizando la solidaridad social. El Derecho penal es, en opinión de este autor, un Derecho represivo, que persigue mediante la pena la confirmación y el mantenimiento de la conciencia colectiva, y, con

228. MEZGER, E., ZStW 57 (1938), p. 676.

229. MEZGER, E., ZStW 57 (1938), p. 676.

ello, el de la cohesión social. En su calidad de sanción represiva, la pena sería, esencialmente, una reacción pasional.<sup>230</sup> Durkheim deduce la naturaleza represiva del Derecho penal de la distinción entre las ideas de *venganza* y *reparación*. Mientras que la función de la primera se agotaría en la *causación de un daño* al desviado, la segunda pretendería reparar el bien objeto de ataque. Partiendo de esta distinción, DURKHEIM deduce la posibilidad de defender, a su vez, una doble tipología normativa: el Derecho represivo, esencia de aquellas reglas jurídicas que están sancionadas represivamente, esto es, cuya lesión desencadena una *sanción represiva*, organizada, que persigue el objetivo de dar con los desviados, tomarles algo, infligirles daños, para forzarle a la expiación y con ello, al mismo tiempo, realizar la venganza de la sociedad; y el Derecho *resistutivo* como denominación colectiva para aquellas reglas jurídicas cuya lesión lleva consigo una sanción dirigida a la reparación del estado preexistente a la lesión.<sup>231</sup>

## V. Toma de posición

### 1. Planteamiento

Como puede deducirse fácilmente de la exposición del Derecho penal nacionalsocialista que acaba de ser desarrollada, la orientación nacionalsocialista de la Escuela de Kiel cumplió la función de justificar un determinado ideario político y un determinado ordenamiento jurídico: el incomprensible, por absolutamente infame, y de consecuencias monstruosamente trágicas ideario del régimen del Tercer *Reich*. Esta sola circunstancia ya bastaría, sobradamente, para desacreditar completamente la teoría de los tipos de autor defendida desde el nacionalsocialismo alemán.<sup>232</sup> No obstante, lo que ahora interesa no es tanto someter a crítica el “significado” político del

230. DURKHEIM, E., *La división del trabajo social*, 1993, p. 93.

231. BULLASCH, U., *Rechtsnorm und Rechtssystem*, 1988, pp. 67 ss. y 78; MARRA, R., *Il diritto in Durkheim*, 1986, p. 17.

232. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases*, 1976, p. 260.

programa irracionalista de la Escuela de Kiel<sup>233</sup> como analizar la viabilidad de la teoría de los tipos de autor sostenida desde aquél. Es posible avanzar ya el resultado del referido análisis: la tesis de que el Derecho penal no deba castigar tipos de conductas, sino tipos de autor debe ser rechazada de plano.

En las páginas que siguen procederé a tomar posición sobre el contenido de esta tesis, en el mencionado sentido crítico, dividiendo para ello el desarrollo de dicha valoración crítica en tres apartados. El primero tiene por objeto analizar el proceso de progresiva desarticulación del Derecho penal liberal por parte de los partidarios del nuevo Derecho penal nacionalsocialista.<sup>234</sup> En este apartado se valorará críticamente la lucha sin tregua librada por el nacionalsocialismo en un triple frente: contra el concepto de bien jurídico, contra la tipicidad como elemento de la definición de delito, y, por último, contra la separación entre antijuricidad y culpabilidad como dos categorías autónomas del delito. En el segundo apartado de ocuparé de la principal consecuencia, o el principal objetivo, del abandono nacionalsocialista del concepto de bien jurídico. Me estoy refiriendo a la definición del delito como infracción de un deber de fidelidad hacia el *Führer*. Por último, en el tercer y último apartado se encuentran algunas observaciones, especialmente de orden metodológico, sobre la teoría de los tipos de autor del nacionalsocialismo.

233. Sobre éste MIR PUIG, S., *Introducción a las bases*, 1976, p. 260.

234. La desarticulación nacionalsocialista del sistema penal liberal clásico operada por el régimen nacionalsocialista fue calificada por el BGH, en su sentencia de 16 de noviembre de 1995, como “la peor perversión del sistema jurídico imaginable”. Lo destaca MÜLLER, I., “Der Niedergang des Strafrechtssystems im Dritten Reich”, en OSTENDORF, H. / DANKER, U. (dir.), *Die NS-Strafjustiz*, 2003, p. 20. En la misma línea RÜTHERS, B. / BIRK, A., *Rechtstheorie*, 2ª ed., 2005, p. 370, consideran, por su parte, que el Estado nazi se convirtió, por ello, en un „sistema totalitario de no-derecho“ (*ein totalitäres Unrechtssystem*), en una “perversión del ordenamiento jurídico de Weimar” (*op.cit.*, p. 379). En un sentido parecido, ya antes, RÜTHERS, B., *Ideologie und Recht*, 1992, pp. 126 s.

## 2. Sobre la lucha nacionalsocialista contra el derecho penal liberal

### 2.1. Planteamiento

Como ya se expuso con cierto detalle supra, el régimen nacionalsocialista se convirtió en una especie de cruzada contra liberalismo político precedente. En el marco del Derecho penal, esto significó, como también se ha apuntado, que el Derecho penal nacionalsocialista debía hacer *tabula rasa* con todos aquellos conceptos, ideas o instituciones penales que tuvieran alguna connotación liberal. Así, el Derecho penal nazi, y los autores que lo secundaron, se embarcaron en una lucha sin cuartel contra, principalmente, dos conceptos, el de *bien jurídico* y el de *tipo*, y contra una distinción conceptual, la que tendría por objeto la *separación entre antijuricidad y culpabilidad* como dos elementos distintos de la definición general de delito, por considerarlos productos inequívocamente liberales.

### 2.2. Sobre la lucha nacionalsocialista contra el concepto de bien jurídico

#### 2.2.1. Introducción

Como ya se expuso supra, con la llegada del nacionalsocialismo el Derecho penal dio un giro radical hacia lo subjetivo. Las pretensiones subjetivadoras del Derecho penal nacionalsocialista encontraron su máxima expresión en la tesis de que el concepto de bien jurídico era un instrumento propio del derecho de un modelo de Estado, el liberal clásico,<sup>235</sup> que ya había sido superado por el sobrevenido régimen nacionalsocialista. En este nuevo Estado, el concepto de bien jurídico no puede satisfacer las funciones sistemáticas y metodológicas que

235. Vid., por ejemplo, SCHAFFSTEIN, F., DSt. 1935, pp. 98 s.: “En lo que respecta a su contenido, la concepción del delito como lesión de un bien jurídico no es sino una derivación de la concepción iusnaturalística e ilustrada del delito como lesión de cualquier derecho subjetivo”. Sobre esto vid. MARXEN, K., *Der Kampf*, 1975, pp. 177 s.

la Ilustración y el liberalismo le habían reconocido.<sup>236</sup> En este escenario, la noción de la lesión de un bien jurídico debía ser sustituida como elemento central del injusto por ideas como las de “voluntad del autor”, “carácter del autor” o “infracción del deber”. Las críticas más frecuentes que se vertieron desde el nacionalsocialismo contra el concepto de bien jurídico fueron cuatro: el concepto de bien jurídico sólo serviría para comprender los intereses individuales, y no los supraindividuales; el concepto de bien jurídico sólo abarcaría los intereses “materiales”, y no los intereses “ideales”; el concepto de bien jurídico es un concepto unilateral que no comprende los “contraintereses” presentes en algunos tipos;<sup>237</sup> y, por último, el concepto de bien jurídico debe ser sustituido por el concepto “infracción del deber de fidelidad”, por tratarse de un concepto más completo.<sup>238</sup>

En mi opinión, ninguna de estas cuatro críticas se encuentra mínimamente fundamentada. Las razones que lo explican son las siguientes: a) el concepto de bien jurídico no sólo comprende intereses individuales, sino también supraindividuales; b) el concepto de bien jurídico no sólo permite dar acogida a intereses “materiales”, sino también a intereses “ideales”; y c) el concepto de bien jurídico podría no consistir en un concepto unilateral, sino en uno comprensivo de los “contraintereses” presentes en algunos tipos.

### 2.2.2. La polémica sobre la protección de los intereses supraindividuales. A la vez, una aproximación a la discusión sobre el significado ideológico del concepto de bien jurídico

El régimen nacionalsocialista basó la desaparición del clásico Derecho penal del hecho en favor de un nuevo Derecho penal de autor más adecuado a las exigencias del Estado social alemán de la época, entre otras razones, en la idea de que el Derecho penal del Estado liberal clásico estaba consagrado a la

236. SCHAFFSTEIN, F., DSt. 1935, p. 101.

237. Cfr. MARXEN, K., *Der Kampf*, 1975, p. 198.

238. Cfr. MARXEN, K., *Der Kampf*, 1975, pp. 177 ss.

protección de intereses exclusivamente *individuales*. Esta fundamentación no es, sin embargo, correcta.

En primer lugar, debe señalarse que la mayor parte de la doctrina nacionalsocialista alemana erró por completo al creer que el origen de la idea (propia, en efecto, del liberalismo político) según la cual el Derecho penal debía consistir en un instrumento puesto al servicio de la protección de derechos subjetivos de los individuos se encontraba en la teoría del bien jurídico. Ya que, en realidad, aquella idea procede de Paul Johann Anselm Ritter von FEUERBACH.<sup>239</sup> Para este autor, los individuos ya tienen derechos subjetivos con anterioridad al contrato social, y mediante éste ceden al Estado la elección de los medios para el aseguramiento de tales derechos.<sup>240</sup> Uno de los instrumentos del Estado para conseguirlo es el Derecho penal. Sólo los ataques a los derechos subjetivos de los individuos pueden convertirse en objeto de persecución jurídico-penal. A su vez, esta tesis suele ser considerada la recepción para el Derecho penal de la teoría ilustrada del contrato social, según la cual el tránsito del estado de naturaleza al estado civil debía formalizarse por medio de un contrato social pactado por los miembros de la futura organización política.<sup>241</sup> En este sentido, el “enemigo” liberal contra el que tendría que haber dirigido sus esfuerzos el Derecho penal nacionalsocialista debe-

239. Así lo reconoció, por ejemplo, SCHAFFSTEIN, F., DSt. 1935, pp. 98 s. Una extensa muestra de la valoración que el pensamiento ilustrado de FEUERBACH merecía en la época nacionalsocialista se encuentra, por ejemplo, en GELBERT, K., “Feuerbach”, DSt. 1941, pp. 137 ss.

240. ZAFFARONI, E.R., “¿Es posible un Derecho penal del enemigo no autoritario?”, en *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 1082.

241. El concepto de delito acuñado por FEUERBACH fue seguido por STÜBEL, GROLMAN, HENKE, SCHAFFRATH, ESCHER, BRINZ, y parcialmente también WINSCHIED, UNGER, HALSCHNER, y posiblemente HEPP. La influencia del pensamiento ilustrado en la concepción liberal de Feuerbach puede observarse, por ejemplo, a partir de la obra de BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, 8ª reimpr., 1995, pp. 30 s. Sobre todo lo anterior *vid.* NAGLER, J., “Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit”, en *FS-Binding*, 1911, p. 299; EL MISMO, “Der Begriff der Rechtswidrigkeit”, en *FS-Frank*, I, 1930 (reimpr. 1969), p. 342; SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 62; RUDOLPHI, H.-J., “Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs”, en *FS-Honig*, 1970, p. 154; y entre nosotros, por todos, LUZÓN, D.M., PG, I, 1996, p. 82.

ría haber sido, entonces, Feuerbach y la tradición liberal por él aplicada al Derecho penal. Afirmar, como hizo la dirección de Kiel, que el concepto de bien jurídico constituyó exclusivamente un instrumento liberal eficaz para conseguir la protección de intereses meramente individuales, siendo incapaz, en cambio, de garantizar la seguridad de la sociedad misma, no solo supone ignorar aquel el extremo que acaba de ser señalado, sino que, con ello, los penalistas nacionalsocialistas evidencian un total desconocimiento del origen histórico del concepto de bien jurídico.<sup>242</sup>

El concepto de bien jurídico nace con BIRNBAUM en la Alemania liberal de mediados del XIX. Suele afirmarse que el concepto no surgió con la pretensión de limitar el *ius puniendi* del Estado, sino, al contrario, con la voluntad de ampliarlo, permitiendo, de este modo, la aparición de algunos delitos que, por consistir en la vulneración de intereses supraindividuales (como, por ejemplo, la religión o las buenas costumbres), en modo alguno podían encajaban en el Derecho penal exclusivamente protector de los derechos individuales.<sup>243</sup> De este modo, si nos atenemos al fin con el que la noción de bien jurídico fue concebida en su origen, este concepto no sólo no impidió calificar como delito la lesión o puesta en peligro de intereses colectivos, no individuales, sino que su nacimiento histórico obedeció a la voluntad de extender la protección penal también a ciertos intereses supraindividuales. Carece de sentido, por tanto, contemplar el concepto de bien jurídico como un instrumento liberal que se erige en instrumento para

242. Por esta razón considero discutible la opinión de SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, 1962, p. 84, de que el carácter liberal del concepto de bien jurídico se deduciría inequívocamente del rechazo que la ciencia jurídico-penal autoritaria del nacionalsocialismo alemán mostró por el concepto. Desde mi punto de vista, aunque, como apuntaré *infra*, creo que existen razones (no exclusivamente históricas) para afirmar el sentido liberal del concepto de bien jurídico, el argumento de Sina presupone que los penalistas nacionalsocialistas conocían perfectamente el alcance que antes de 1933 se había venido reconociendo al concepto de bien jurídico. Sin embargo, creo que esto último puede ser puesto en tela de juicio de un modo relativamente sencillo, como a continuación se expone en el texto principal.

243. *Vid.*, por todos, MIR PUIG, S., *Introducción a las bases*, 1976, p. 128.

la protección de intereses estrictamente individuales y que resulta, por el contrario, insuficiente para la salvaguarda de valores de naturaleza colectiva. No en vano, todas las legislaciones penales liberales del s. XIX contenían delitos que atentaban o ponían en peligro bienes jurídicos colectivos o de titularidad estatal.<sup>244</sup> No resultaba necesario, por tanto, eliminar, en aras de la defensa de un modelo de Derecho penal también protector de intereses colectivos, un concepto —el de bien jurídico— que en absoluto constituía obstáculo alguno para el desarrollo de dicho modelo.

De hecho, algunos autores neokantianos que se mostraban conformes con la orientación hacia un modelo de Estado definitivamente antitético a los postulados del liberalismo político clásico propugnada desde el régimen nacionalsocialista creyeron que el concepto de bien jurídico no solo no era un instrumento liberal-burgués a rechazar, sino que, al contrario, constituía, incluso, una noción considerablemente útil para la consecución de los propósitos perseguidos por el Derecho penal nacionalsocialista del *III Reich*.<sup>245</sup> Cabe destacar a este respecto las aportaciones de la llamada Escuela de Marburgo,<sup>246</sup> formada, entre otros autores, por Leopold ZIMMERL y Erich SCHWINGE. Más concretamente, la monografía de Leopold ZIMMERL *Aufbau des Strafrechtssystems* (1930); y el trabajo conjunto de Erich SCHWINGE / Leopold ZIMMERL *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht* (1937).<sup>247</sup>

En la primera de estas dos obras, ZIMMERL defendió la tesis de que al concepto de bien jurídico le no podía ser objeta-

244. Este extremo fue reconocido expresamente por MEZGER en uno de sus trabajos más comprometidos con el Derecho penal nacionalsocialista, "Die Straftat als Ganzes": "Que, por ejemplo, en los delitos de funcionario público de los §§ 331 ss. StGB debe protegerse la «rectitud de la función pública», reconocida por la ley, por tanto, como un bien jurídico, es algo que está fuera de toda duda". *Vid.* MEZGER, E., ZStW 57 (1938), p. 697.

245. Lo destaca SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, 1962, p. 73

246. Se refiere a ella SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, 1962, p. 80.

247. Sobre el origen del llamado concepto "metodológico-teleológico" de bien jurídico *vid.* SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, 1962, pp. 75 ss.

da una supuesta incapacidad para comprender también los intereses individuales, porque, al contrario, el concepto de bien jurídico se refería exclusivamente a los intereses colectivos. Según ZIMMERL, en un sentido estricto sólo hay bienes jurídicos de la comunidad. Cuando se habla también de bienes jurídicos del individuo, en realidad se está utilizando esta expresión, de un modo impropio, para indicar que, en algunos casos, los intereses de la generalidad no son perturbados de forma directa, sino sólo de modo indirecto a través de los intereses del particular. Para ZIMMERL, el individuo no merece ser, en sí mismo, objeto de la protección del ordenamiento jurídico, sino sólo en su condición de miembro de la colectividad. La comunidad social puede estar interesada como tal en la conservación de los bienes del individuo de una forma inmediata o de una forma meramente mediata. De una forma inmediata cuando con el menoscabo del bien del individuo también se menoscaba, al mismo tiempo, la comunidad de la que es miembro. Pero la comunidad social puede tener únicamente también un interés mediato en la indemnidad de los bienes del particular. Según ZIMMERL, vivir en sociedad tan solo es posible si al particular le son reconocidos una serie de derechos y libertades, y si su esfera de poder jurídicamente reconocida es respetada también por el resto de miembros de la colectividad. En esta dirección, un menoscabo de los bienes del individuo sólo puede ser contemplado como socialmente lesivo en la medida en que se haya actuado en contra de su voluntad. El interés de la comunidad en el mantenimiento de un determinado estado se encuentra condicionado, por tanto, por la voluntad del individuo.<sup>248</sup>

En *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, SCHWINGE / ZIMMERL se adscribieron a la opinión según la cual la obtención e interpretación del derecho ya no podía realizarse mediante la aplicación de un método formal, sino a través de la de uno de carácter teleológico, que se convirtió en dominante se extendió en la ciencia jurídica después de la primera guerra mundial gracias, sobre todo, a la obra de Mez-

248. ZIMMERL, L., *Aufbau des Strafrechtssystems*, 1930, p. 44.

ger. Para SCHWINGE / ZIMMERL, uno de los más claros exponentes del giro hacia lo teleológico experimentado por la idea de bien jurídico se encuentra en la obra de MEZGER. En opinión de SCHWINGE / ZIMMERL, las consecuencias más importantes que este autor extrae en materia de interpretación de la ley penal y del contenido de injusto supralegal como directriz para la interpretación de la ley las deduce, precisamente, del giro del concepto de bien jurídico hacia lo teleológico. Según SCHWINGE / ZIMMERL, con este planteamiento se establece un puente entre el Derecho privado y el Derecho público, ya que representa la victoria de la Jurisprudencia de fines y de intereses, preconizada por Heck para el Derecho civil, también en el Derecho penal. Con ello, el Derecho penal conseguía superar definitivamente el formalismo y el positivismo dominantes hasta VON LISZT.<sup>249</sup> Pues bien: en el referido sentido teleológico, el concepto de bien jurídico permite al juez interpretar y aplicar el derecho sin perder de vista el sentido y el fin del tipo de que se trate, de la ley a la que pertenece y del ordenamiento jurídico en general. Por ello, entendido en este sentido, el concepto de bien jurídico puede ser utilizado perfectamente, a juicio de SCHWINGE / ZIMMERL, como instrumento orientado a la protección de la sociedad. Para estos autores, lo que el Derecho penal nacionalsocialista debe superar no es tanto el concepto mismo de bien jurídico como la perspectiva individualista bajo la cual dicho concepto se encontraba vinculado a una concepción del Derecho penal más formal que material.<sup>250</sup> Para SCHWINGE / ZIMMERL, la oposición que la Escuela de Kiel mostró en bloque contra la idea de bien jurídico por considerarla propia de un pensamiento liberal exclusivamente individualista evidenció que aquella dirección valoraba de

249. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, pp. 62 s. y 77 ss. A juicio de estos autores, el concepto de bien jurídico experimentó a partir de VON LISZT un giro radical en su configuración que permitió entenderlo como el instrumento por medio del que la idea de fin llegó a la teoría jurídica del delito, iniciándose, con ello, la consideración teleológica y dándose por concluida, de este modo, la consideración lógico-formal del derecho. Se trató, en suma, de un giro desde lo formal hasta lo teleológico.

250. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 65.

forma muy crítica una teoría que no conocía suficientemente. En caso contrario, aquella Escuela habría advertido que autores como BINDING, MERKEL, HEGLER, FINGER, OETKER o WACHENFELD concibieron el bien jurídico en un sentido colectivista muy próximo al del Derecho penal nacionalsocialista, de tal modo que la crítica de los autores nacionalsocialistas a dicho concepto estaría completamente vacía de contenido.<sup>251</sup> A pesar de que la Escuela de Kiel recibió el concepto de bien jurídico de BINDING como una construcción propia de una concepción individualista, para SCHWINGE / ZIMMERL el concepto de bien jurídico de BINDING podía formar parte perfectamente de un manual de Derecho penal nacionalsocialista.<sup>252</sup>

Como puede comprobarse, en las posiciones defendidas por autores como SCHWINGE o ZIMMERL, que acaban de ser expuestas, se constata de forma palmaria la presencia de un fenómeno que ha sido destacado con acierto, entre otros autores, por ALCÁCER GUIRAO. El fenómeno consistiría en la *espiritualización* (*Vergeistigung*) del concepto de bien jurídico,<sup>253</sup> y podría explicarse del modo siguiente. En principio, aunque el neokantismo incorporó a la definición general de delito una dimensión valorativa y de sentido en buena medida ignorada por el causalismo, no es menos cierto, sin embargo, que los autores neokantianos continuaron definiendo el delito, de forma predominante, como la lesión de un bien jurídico. Con la llegada del nuevo Derecho penal nacionalsocialista, que postulaba el abandono de la idea (teóricamente liberal) del delito como la lesión de un bien jurídico y se mostraba plenamente partidario de virar hacia un entendimiento de aquél exclusivamente como la infracción de un deber, el neokantismo se encontró en una suerte de encrucijada. ¿Debía mantenerse fiel al concepto (de raíz causal) de delito que había venido manteniendo hasta entonces (esto es, como lesión de un bien jurídico), o bien había de abrazar la “nueva” concepción del delito como

251. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 66.

252. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 65.

253. SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, 1962, p. 78; MARXEN, K., *Der Kampf*, 1975, p. 198.

infracción de un deber? Ante dicha disyuntiva, autores como SCHWINGE o ZIMMERL creyeron posible llegar a una solución de compromiso, de conformidad con la cual cabría adaptarse a la concepción del delito como infracción de un deber respetando, al mismo tiempo, la idea de la lesión del bien jurídico.

Dicha solución de compromiso pasaría, según estos autores, por una “espiritualización” de la noción de bien jurídico, según la cual ésta pasaría a ser concebida como una especie de “valor ideal” no material,<sup>254</sup> sino “espiritual” o ideal. Por ejemplo, el bien jurídico protegido en el delito de homicidio ya no sería la vida concreta de los individuos, sino “la vida” entendida como valor ideal. Dada la naturaleza inmaterial de la vida como valor, ésta no podría ser lesionada fácticamente, sino que, a lo sumo, únicamente podría vulnerarse la pretensión de que dicho valor, la vida, sea respetado. Desde esta perspectiva, ya no era correcto contemplar, por ejemplo, el delito de homicidio como la lesión material de la vida de un individuo a manos de otros. Porque lo esencial del bien jurídico del homicidio no residiría, desde esta óptica, en la vida del ya muerto como dato meramente empírico, sino en la vida misma como valor ideal a proteger. De este modo, y puesto que en el delito de homicidio la pretensión de respeto de la vida se expresaría mediante la norma que prohíbe matar, esto es, mediante el deber de no matar, el delito de homicidio consistiría en la vulneración de dicha norma o deber. Dada la extensión del concepto “valor ideal”, SCHWINGE y ZIMMERL no tuvieron inconveniente en reconocer tal consideración a los nuevos intereses supraindividuales nacionalsocialistas, como la “moral del pueblo”, la “raza”, la “sangre”, el “espíritu nacional”, etc., legitimando, de este modo, la incorporación al StGB de determinadas conductas que vulnerasen la pretensión de respeto de tales intereses.<sup>255</sup>

Que el concepto “espiritualizado” de bien jurídico empleado por algunos autores neokantianos bien podría haber he-

254. SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, 1962, p. 75.

255. Sobre esto *vid.*, por ejemplo, ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, pp. 48 ss.

cho las delicias del más radical defensor del nacionalsocialismo penal lo demuestra el hecho de que a alguno de los principales representantes de la Escuela de Kiel dicho concepto, en contra de lo que parecía ser uno de los dogmas del Derecho penal nazi, no le pareció completamente rechazable. Dos de los casos más emblemáticos a este respecto fueron los de Karl KLEE<sup>256</sup> y, sobre todo, el de Friedrich SCHAFFSTEIN.<sup>257</sup> A continuación me referiré brevemente a este segundo.

En su monografía *Das Verbrechen als Pflichtverletzung* (1935), SCHAFFSTEIN consideró que (si bien con una función meramente complementaria)<sup>258</sup> la lesión del bien jurídico convivía de modo no excluyente con la vulneración del deber, la expresión de la actitud interna y la traición como los distintos puntos de vista desde los que puede aprehenderse la esencia del delito.<sup>259</sup> SCHAFFSTEIN se sirvió de un ejemplo para concretar esta última tesis. En el caso de un tutor y el niño cuya educación le ha sido confiada, no es merecedor del mismo castigo, por ejemplo, una lesión corporal que una sustracción patrimonial, a pesar de que, en ambos casos, el tutor habría vulnerado su deber de velar por los intereses individuales del sujeto tutelado. En segundo lugar, la conducta del tutor sería merecedora, a juicio de SCHAFFSTEIN de un tratamiento diferenciado con respecto al que merecería un sujeto sobre el que no recayese

256. KLEE, K., DSt. 1936, pp. 2 y, especialmente, 13 ss..

257. Ponen de relieve este extremo ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, p. 38, nota 76; Sina, P., *Die Dogmengeschichte*, 1962, pp. 81 s. Como señala este segundo autor, con el reconocimiento del concepto de bien jurídico por parte de la Escuela de Kiel finaliza la famosa lucha de escuelas Marburgo-Kiel (*op. cit.*, p. 80). No obstante, como señala SINA, la lucha, zanjada en lo concerniente a la aceptación del concepto, continuó tanto en lo relativo a su contenido como en lo que hace al método a seguir para su elaboración (*op. cit.*, pp. 81 s.). Sobre la mencionada lucha de escuelas *vid.* MARXEN, K., *Der Kampf*, 1975, p. 168.

258. SCHAFFSTEIN, F., *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, 1935, pp. 9 s.

259. SCHAFFSTEIN, F., *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, 1935, pp. 8 s.; el mismo, DSt 1937, pp. 336 s. y 340 s. En idéntico sentido GALLAS, W., *FS-Gleispach*, 1936, p. 53. Describe acertadamente la proximidad existente entre 1933 y 1945, en lo que respecta a los resultados alcanzados, entre la dirección teleológica neokantiana y la dirección nacionalista más "científica" SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, 1962, pp. 71 s.

aquel deber. En tercer lugar, también se derivaría una distinta valoración jurídica de la circunstancia de que el tutor hubiese agredido al niño por un arrebato de cólera o bien para obtener placer sádico. Señala SCHAFFSTEIN que únicamente atendiendo a todos los puntos de vista del delito podrá enjuiciarse correctamente un supuesto de hecho sobre la base del derecho vigente. En los casos de los que SCHAFFSTEIN se sirve ejemplificativamente, ello no sucedería, por ejemplo, si la consideración del hecho se formulase unilateralmente atendiendo tan solo, o bien a la vulneración de los deberes del tutor, o bien tan solo a la agresión del niño, o bien únicamente a la exteriorización de una determinada actitud interna.<sup>260</sup>

En suma: en los neokantianos como SCHWINGE / ZIMMERL, el concepto metodológico de bien jurídico referido a valores por ellos defendido no cumplió función limitadora alguna, ya que valores susceptibles de protección jurídico-penal podían serlo —se decía— cualesquiera que el legislador deseara proteger, confundiendo, de este modo, objeto de protección y valoración del objeto, *ratio legis* o el sentido o fin mismo de las normas penales.<sup>261</sup> Esta comprensión del bien jurídico, además de en la voluntad de ser de utilidad al nuevo Derecho penal nacionalsocialista, pudo encontrar algún apoyo teórico en la construcción normológica de BINDING. En palabras de este autor con respecto a la, en su opinión, nula capacidad del concepto de bien jurídico para limitar el *ius puniendi* del Estado: “Todos estos bienes tienen valor social. En su indemnidad no sólo tiene interés éste o aquél, sino toda la comunidad. Por eso encuentran únicamente protección social. Nada es más equivocado que pretender aplicar aquí una forma de consideración individualista, y separar drásticamente, por ejemplo, los bienes del individuo de los de la sociedad y el Estado. El efecto devorador de la lesión de bienes va mucho más allá del círculo jurídico del individuo”.<sup>262</sup>

260. SCHAFFSTEIN, F., *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, 1935, pp. 8 s.

261. ROXIN, C., PG, I, 1997, § 2/7; RUDOLPHI, H.-J., *FS-Honig*, 1970, p. 154; AL-CÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, pp. 48 ss.

262. BINDING, K., *Die Normen I*, 3ª ed., 1916, pp. 340 s.

Los dos extremos que han sido expuestos anteriormente, esto es, el origen no limitador, sino “expansionista” del *ius puniendi* del concepto de bien jurídico, y la utilización sin esfuerzo de este concepto por parte de algunos autores neokantianos en un sentido que incluso llegó a resultar convincente para algunos autores nacionalsocialistas, nos abocan a una duda cuya resolución es de la máxima relevancia. La duda es la siguiente: ¿puede considerarse que el concepto de bien jurídico un concepto antiliberal? En efecto, si, según se ha dicho, el auténtico outsider del Derecho penal nacionalsocialista en sus pretensiones antiliberales no era el concepto de bien jurídico, sino el de derecho subjetivo; si el modelo de Derecho penal protector de derechos subjetivos del individuo de Feuerbach merece ser considerado como la plasmación del programa político-criminal del liberalismo político clásico (porque sitúa en la cúspide de la tensión individuo-Estado/sociedad al primero);<sup>263</sup> entonces, ¿qué papel queda reservado para el concepto de bien jurídico? En otras palabras: si el Derecho penal de los derechos individuales de Feuerbach es inequívocamente liberal, ¿quiere ello decir que la ampliación del ámbito de lo punible hacia lo supraindividual convierte al concepto de bien jurídico en antiliberal? ¿No es el concepto de bien jurídico propio de un Estado liberal?

No es seguro que BIRNBAUM, el padre del concepto de bien jurídico, reconociera a dicho concepto una capacidad limitadora del *ius puniendi*. Puede discutirse, y de hecho se discute, si el concepto de bien jurídico nació con una voluntad limitadora del *ius puniendi* del Estado, o si, en cambio, lo hizo sin esa voluntad, o, incluso, con la pretensión opuesta. Así, por ejemplo, mientras que algunos autores se muestran partidarios de la segunda alternativa,<sup>264</sup> otros, en cambio, consideran que, en BIRNBAUM, el concepto que nos ocupa, aunque por una parte vino a legitimar una ampliación del ordenamiento jurídico-

263. Sobre los principios que configuran este programa *vid.* ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, pp. 68 ss.

264. Este es el caso, por ejemplo, de MIR PUIG, S., *Introducción a las bases*, 1976, p. 128.

penal, por otra contribuyó a incrementar el grado de racionalidad y seguridad jurídica que debe presidir su aplicación. Así, por ejemplo, ALCÁCER GUIRAO entiende que el tránsito operado por BIRNBAUM del delito como lesión de derechos subjetivos individuales al delito como lesión de un bien jurídico, lejos de representar un giro ideológico del liberalismo al comunitarismo, persiguió, en realidad, operar una concreción dogmática y metodológica del concepto “derecho subjetivo”. En concreto, lo que BIRNBAUM y su noción del bien jurídico habrían perseguido sería dotar al derecho subjetivo de un substrato fáctico, tangible, que sería lo que en realidad resultaría lesionado mediante la comisión del delito, y todo ello en aras de la seguridad jurídica.<sup>265</sup>

265. ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 101 s., y 110. Con respecto a la discusión sobre el sentido liberal o antiliberal del concepto de bien jurídico, el propio Alcácer Guirao, op.cit., p. 55 y pp. 67 s., llama la atención sobre algo que merece ser destacado. Me estoy refiriendo al hecho de que la discusión que ahora nos ocupa es de naturaleza ideológica. Así, de entre los partidarios de un cambio de paradigma hacia la infracción de un deber cabría distinguir entre quienes habrían propugnado dicho cambio por razones ideológicas y quienes lo habrían hecho por motivos de orden metodológico. En el primer grupo de autores estarían, por ejemplo, todos los pertenecientes a la órbita nacionalsocialista. Pertenecería al segundo, en cambio, Günther JAKOBS. Así las cosas, mientras que los autores nacionalsocialistas o afines al nacionalsocialismo del *III Reich* habrían reconocido al concepto de bien jurídico un contenido liberal, Jakobs, en cambio, lo habría puesto en duda. A juicio de ALCÁCER, esta circunstancia nos conduce a admitir, como una consecuencia lógica, que el giro nacionalsocialista tenía una clara vocación comunitarista y totalitarista, superadora del liberalismo político representado por el concepto de bien jurídico; mientras que esta sospecha no planearía, en cambio, sobre la concepción de JAKOBS, ya que éste no observaría al bien jurídico como un obstáculo liberal contra el que luchar, y ello significaría, entonces, que su propia concepción de la infracción de un deber tampoco sería una muestra de autoritarismo. En relación con todo esto, es absolutamente evidente que asiste la razón a ALCÁCER cuando señala que el rechazo ideológico del nacionalsocialismo alemán del *III Reich* al concepto de bien jurídico por su sentido liberal es una muestra palmaria de las pretensiones absolutistas del nuevo Derecho penal nazi. Sin embargo, y ocupándonos ahora de JAKOBS, creo que el razonamiento de ALCÁCER resulta, cuanto menos, discutible. Ya que, según creo, el hecho de que Jakobs no abandone el concepto de bien jurídico por su sentido liberal (que Jakobs niega), sino por razones metodológicas, no garantiza que su concepción personal del delito como infracción de un

Dejando al margen la polémica sobre cuál fue la auténtica intención de BIRNBAUM en el proceso constituyente del concepto de bien jurídico,<sup>266</sup> lo cierto es, en mi opinión, que existen razones de peso para entender que el concepto que ahora nos ocupa puede ser asumido sin traumas desde la perspectiva de un Derecho penal liberal. Creo que el concepto de bien jurídico se encuentra plenamente capacitado para cumplir la función político-criminal liberal limitadora del poder punitivo que normalmente se le encomienda en el marco de un Estado liberal. Los devaneos históricos del concepto —algunos de los más significativos acaban de ser expuestos supra— no justifican, en mi opinión, que el concepto que ahora se analiza no sea válido, sino que, probablemente, lo que viene a demostrar es que se trata, eso sí, de una noción que, todavía a día de hoy, se encuentra pendiente de un mayor nivel de desarrollo y concreción por parte de la doctrina.<sup>267</sup> En mi opinión, no sólo es posible configurar de este modo el concepto de bien jurídico, sino que existen sobrados motivos para entender que ello es, además, *recomendable*.<sup>268</sup> Esto último podría apoyarse, principalmente, en tres ideas.

La primera idea es de orden histórico, y pretende llamar la atención sobre el hecho siguiente. Quizá pueda decirse que el concepto de bien jurídico fue acuñado por BIRNBAUM en un sentido no necesariamente liberal, y que, posteriormente, puesto en manos de algunos autores neokantianos, alcanzó considerables cotas de abstracción y espiritualización, no contribuyendo ello, desde luego, a su comprensión como un concepto liberal. Sin embargo, como los propios SCHWINGE y ZIMMERMANN

---

deber sea necesariamente liberal, y no tendente, como en ocasiones se ha dicho, a un cierto autoritarismo. No es éste el momento, sin embargo, de pronunciarme sobre este particular. De ello me ocuparé con algún detalle en el Capítulo siguiente.

266. También relativiza la posible importancia de este extremo ALCÁZER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, p. 71, nota 233.

267. De esta opinión, entre otros, ALCÁZER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, p. 68.

268. Exponen algunos de estos motivos, entre otros, MIR PUIG, S., PG, 7ª ed., 2004, 4/50 ss.; LUZÓN PEÑA, D.M., PG, I, 1996, p. 82.

reconocieron, su concepto de bien jurídico poco o nada tenía que ver con el sentido original del mismo.<sup>269</sup> De hecho, no resulta en absoluto difícil encontrar antecedentes (no demasiado alejados en el tiempo del origen del concepto) de autores que lo habría utilizado en un sentido inequívocamente limitador del *ius puniendi*. El caso más representativo de aquello a lo que ahora me refiero es el de VON LISZT. Según este autor, la existencia misma del derecho se debería a las personas, y, según esto, la finalidad de todo Derecho penal debería consistir en la protección de intereses humanos de la vida. Estos intereses, que en el caso de ser jurídicamente protegidos reciben en VON LISZT el nombre de “bienes jurídicos”, no consistirían para el mencionado autor en un producto del ordenamiento jurídico, sino de la vida. Entendidos de este modo, los bienes jurídicos preexistirían al ordenamiento jurídico. Mediante esta determinación prejurídica de las “condiciones de vida de la comunidad estatal” que debían ser protegidas por el Estado, VON LISZT propuso un concepto de bien jurídico cuyo núcleo material no sólo era independiente del Derecho vigente, sino que representaba un límite que el legislador no podía superar. A diferencia de las concepciones ilustradas sobre el bien jurídico, en el concepto de bien jurídico de VON LISZT, el contenido material del delito no resultaría de la Filosofía del Derecho, sino de datos de la sociedad. Del concepto material liberal de bien jurídico defendido por VON LISZT, este autor extrajo la conclusión de que el Estado no podría castigar con pena todo lo que quisiera, sino que se encontraría limitado por la existencia prejurídica de una serie de intereses sociales susceptibles de protección.<sup>270</sup>

En segundo lugar, debe advertirse que, aunque es cierto que el concepto que nos ocupa pudo no aparecer originalmente como un instrumento limitador en el sentido indicado, sino que este sentido se la ha comenzado a ser reconocido por

269. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 62.

270. VON LISZT, “Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindische Handbuche”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, I, 1905 (reimpr. 1970), p. 223. Sobre el concepto liberal de bien jurídico defendido por von Liszt vid., por ejemplo, RUDOLPHI, H.-J., *FS-Honig*, 1970, pp. 152 y 154 s.

parte de un sector de la doctrina en tiempos relativamente recientes,<sup>271</sup> un sector cada vez más importante de la doctrina viene sugiriendo en la actualidad la existencia de una posible conexión entre el concepto de bien jurídico y la noción ilustrada del “daño social”.<sup>272</sup>

Por último, debe llamarse la atención sobre el hecho de que las concepciones espiritualizadas del bien jurídico defendidas, por ejemplo, por SCHWINGE y ZIMMERL en absoluto deben verse como una consecuencia necesaria o inevitable de la noción misma de bien jurídico. Al contrario, no solo se trata de los posibles modos de configurarla, sino, seguramente, de uno de los que en mayor medida ha traicionado el espíritu esencialmente liberal del concepto de bien jurídico. En efecto, existe, por ejemplo, una posible fundamentación material del concepto que ahora nos interesa plenamente coherente con el programa político-criminal ilustrado. Me estoy refiriendo a la concepción *personalista* del bien jurídico. En efecto, si desde la perspectiva de un Estado liberal el Derecho penal podría ser visto como un instrumento del Estado en aras de la protección de los intereses del ciudadano, singularmente de su libertad, entonces resultaría perfectamente adaptable a dicha perspectiva un concepto de bien jurídico centrado en los intereses individuales de la persona. Esto es, un concepto de bien jurídico reconducible al individuo, y resistente a toda “comunitarización” y “etización” del Derecho penal.<sup>273</sup> Frente a las concepciones “espiritualizadas” del bien jurídico defendidas, por ejemplo, por SCHWINGE y ZIMMERL, una concepción personalista del bien jurídico presenta indudables ventajas en términos de seguridad jurídica. Ello obedece, principalmente,

271. MIR PUIG, S., *PG*, 7ª ed., 2004, 4/54; LUZÓN PEÑA, D.M., *PG*, I, 1996, p. 82; ROXIN, C., “Sentido y límites de la pena estatal”, en EL MISMO, *Problemas básicos*, 1976, p. 23; EL MISMO, *PG*, I, 1997, § 2/2 y 7.

272. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases*, 1976, p. 129; LUZÓN PEÑA, D.M., *PG*, I, 1996, p. 82; RUDOLPHI, H.-J., *FS-Honig*, 1970, p.154. Considera, en cambio, que la posibilidad de establecer dicho paralelismo es, cuanto menos, algo controvertido ROXIN, C., *PG*, I, 1997, § 2/8.

273. ALCÁZER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, p. 72.

a que desde el punto de vista de la función de criminalización de conductas, la mencionada perspectiva personalista obligaría al legislador a fundamentar y racionalizar en mayor medida la creación de normas penales, al tomar como punto de referencia “objetos” externos a la propia lógica de la norma y a la “valoración del objeto” subyacente a la misma.<sup>274</sup>

¿Significa este posicionamiento en favor de un concepto personalista de bien jurídico, y el consiguiente rechazo de las concepciones “espiritualizadas” de SCHWINGE y ZIMMERL, que no cabe proteger intereses supraindividuales, esto es, que todo delito que atente contra bienes jurídicos colectivos puede ser tachado, automáticamente, como impropios del Derecho penal de un Estado liberal? La pregunta que acaba de ser formulada debe ser contestada en sentido rotundamente negativo. Comparto la posición de aquellos autores que defienden la idea de que la protección del individuo (singularmente de su libertad) mediante el Derecho penal no debe articularse exclusivamente a través de la protección de bienes jurídicos individuales, sino también mediante la de algunos bienes jurídicos supraindividuales especialmente importantes (sólo éstos) para el individuo en términos de participación del sujeto en el sistema social. Paradigmáticos al respecto serían, por ejemplo, la Hacienda pública, el medio ambiente o la Administración de Justicia.<sup>275</sup>

Por lo demás, el Derecho penal nacionalsocialista abandonó el concepto de bien jurídico en favor de conceptos como los de “actitud interna reprochable”, “voluntad reprochable”, “modo de vida antisocial”, “infracción del deber de fidelidad a la comunidad” o “traición al pueblo” como paso necesario para la obtención de un Derecho penal más comprometido con

274. ALCÁZER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, p. 73 y, en especial, pp. 77 s. Esta idea, expresada de un modo algo diferente, se encontraba ya, por ejemplo, en VON LISZT, “Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindische Handbuche”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, I, 1905 (reimpr. 1970), p. 223; y ya de forma contemporánea en RUDOLPHI, H.-J., *FS-Honig*, 1970, pp. 152 y 154 s.

275. ALCÁZER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 96 s.

la protección de la sociedad que el Derecho penal liberal clásico. Sin embargo, los nuevos conceptos no ayudaron en absoluto a la consecución de este objetivo. Desde el punto de vista del Derecho penal de un Estado social extremo —como el del *III Reich* alemán—<sup>276</sup> debería admitirse, ciertamente, que sería más protector de la sociedad un Estado que interviniese penalmente hasta el punto de prohibir todas las conductas, incluso las más insignificantes, que lesionaran o pusieran en peligro un bien jurídico-penal.<sup>277</sup> Sin embargo, no es esta lógica proteccionista la que dominaba el Derecho penal del *III Reich*. En efecto, éste no constituyó un ordenamiento que castigara conductas peligrosas para la sociedad, sino que se centró en el castigo de los sujetos —no, por tanto, de las conductas— que mostraban una actitud de disidencia con el “espíritu del pueblo” (*Volkgeist*) dimanante de la comunidad. Para el Derecho penal nacionalista ni siquiera era necesario que esta actitud interna contraria al pueblo se tradujera en una conducta que se manifestara en el mundo exterior lesionando o poniendo en peligro intereses de la comunidad. Así, por ejemplo, se afirmaba que el modo de vida del rufián se oponía abiertamente al espíritu popular de la comunidad, y que esta oposición era, en realidad, el objeto de la prohibición contenida en el antiguo tipo de rufianismo (§ 181 StGB nacionalsocialista). Sin embargo, resulta evidente que éste en modo alguno podía

276. Ya que el Derecho penal de un Estado social moderado nunca podría obviar la idea de que el derecho penal no debe perseguir la “máxima utilidad posible”, sino “la mínima imprescindible”. Expresión de esta máxima es el principio de subsidiariedad y el carácter fragmentario del Derecho penal. Según el principio de subsidiariedad, sólo cabe acudir al Derecho penal como última alternativa, a falta de otros medios menos lesivos. El Derecho penal tiene, además, naturaleza fragmentaria. De acuerdo con esta idea, el Derecho penal no debe prohibir todos los ataques contra los bienes jurídicos penales, sino solamente los más peligrosos. *Vid.*, por todos, MIR PUIG, S., *PG*, 7ª ed., 2004 4/47 ss.

277. El que en un Estado social y democrático de Derecho ello no resulte, sin embargo, admisible, se debe, sobre todo, a principios derivados del carácter democrático del Estado. Principalmente a los principios de responsabilidad por el hecho como manifestación del principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad y el principio de resocialización. *Vid.* MIR PUIG, S., *PG*, 7ª ed., 2004, 4/68, 71 ss. y 77.

ser el modo de conseguir una mayor protección social contra los perjuicios provocados por las conductas de rufianismo, ya que el rufián sólo podía provocar un daño social, esto es, lesionar la libertad sexual, mediante la realización de concretas conductas de rufianismo en el mundo exterior; y, en términos de protección social, el modo más eficaz de evitar estas conductas habría consistido, precisamente, en prohibir su realización, no en reprochar su modo de vida o su actitud interna opuesta a la comunidad.

Este último extremo, esto es, la constatación de que, en términos estrictamente preventivo-generales de protección de la comunidad, al *III Reich* le habría resultado más eficaz un Derecho penal del hecho que un Derecho penal de autor, podría poner de manifiesto que, en contra de lo que en ocasiones se ha afirmado, el Derecho penal nazi no estuvo dominado por una “racionalidad” preventiva, instrumental o consecuencialista, sino por una lógica valorativa o principialista.<sup>278</sup> Volviendo al ejemplo del rufianismo, lo que acaba de ser apuntado quedaría decir lo siguiente: el Derecho penal nacionalsocialista no habría tratado ante de proteger a la sociedad evitando la proliferación de las conductas de rufianismo, como de declarar, mediante penas estigmatizantes que, desde el punto de vista de los valores éticos representados por el Estado, la valoración que merecía el rufián, esto es, el autor del delito, no podía ser sino completamente negativa.

### 2.2.3. ¿Caben en el concepto de bien jurídico intereses “ideales” o “inmateriales”?

La concepción del Derecho penal de la Escuela de Kiel opuso al concepto de bien jurídico la objeción de tratarse de un concepto exclusivamente “causal”, “naturalístico” o “materialista”,<sup>279</sup> esto es, de un concepto que sólo era capaz de explicar el contenido de los intereses materiales susceptibles de protección jurídica; no, por tanto, de los intereses de naturaleza

278. En este sentido ALCÁZER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, p. 46.

279. WERLE, G., *Justiz-Strafrecht*, 1989, p. 711.

“ideal”.<sup>280</sup> En mi opinión, tampoco esta crítica es merecedora de ser compartida. Tanto la Filosofía del derecho, como la Jurisprudencia de intereses de Derecho civil, como, por último, el Derecho penal se han encargado de poner de manifiesto que el término “bien jurídico” también puede ser empleado sin traumas en un sentido que no sólo comprenda los intereses estrictamente materiales, sino también los ideales o inmateriales. Así, por ejemplo, desde la lógica del propio lenguaje jurídico y filosófico se considera que no plantea problema alguno, por ejemplo, la afirmación del interés ideal “honor” como un bien jurídico merecedor de protección civil o penal.<sup>281</sup> No obstante, en este trabajo se estima preferible sostener un concepto de bien jurídico de cuya conformidad éste no sea contemplado ni como una “cosa”, ni como un “valor” o un “interés” que deba ser protegido; sino como algo que participa tanto de lo primero como de lo segundo. Desde la perspectiva que aquí se adopta, defendida en España por MIR PUIG, se considera conveniente definir el bien jurídico protegido como una relación dialéctica de realidad y valor. Esto es, como una “cosa valiosa”.<sup>282</sup>

#### 2.2.4. Sobre la crítica nacionalsocialista al concepto neokantiano de bien jurídico

Como ya se ha expuesto, la historia de la teoría del bien jurídico revela que uno de los más importantes conceptos de bien jurídico defendidos por la doctrina identificó dicho concepto con la *ratio legis* o el sentido o fin mismo de las leyes penales. De acuerdo con este concepto, el bien jurídico no sólo constituía la base del método interpretativo teleológico, sino que, con la espiritualización del concepto a manos del neokantismo, llegó a confundirse con la interpretación teleológica misma, perdiendo, de este modo, su sentido limitador de objeto protegido con substrato fáctico. Pese a que dicho concepto fue

280. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 68; SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, 1962, p. 81.

281. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 68.

282. MIR PUIG, S., *PG*, 7ª ed., 2004, 6/40; ALCÁZER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, p. 90.

presentado ante el nacionalsocialismo como un concepto válido para el nuevo Derecho penal, la voluntad nacionalsocialista de romper con todo aquello que recordase, aunque fuera levemente, a Derecho penal liberal tuvo como consecuencia que también el mencionado concepto espiritualizado de bien jurídico fuera objeto de algunas críticas por parte de la Escuela de Kiel.<sup>283</sup> Una de estas críticas fue la que se dirigió contra este concepto “metodológico” de bien jurídico y contra el método teleológico al que sirvió de base consistió en contemplarlo como un procedimiento unilateral que pretendía aprehender el sentido de los preceptos atendiendo exclusivamente a la protección del bien jurídico lesionado como único fin de la ley. De acuerdo con esta crítica, la interpretación teleológica basada en el concepto metodológico de bien jurídico sólo tenía en consideración uno de los factores concurrentes en el delito: el bien jurídico protegido. Sin embargo, una tal interpretación teleológica se mostraría inadecuada para tener en cuenta, en cambio, las restantes relaciones de valor o intereses en juego. Según la crítica que nos ocupa, estos intereses concomitantes al bien jurídico podrían encontrarse en una relación de reforzamiento o de oposición con el valor que representa el bien jurídico. En el primer caso se hablaba de “valores concomitantes favorecedores” (*unterstützende Nebenwerte*),<sup>284</sup> en el segundo, de “contraintereses que se oponen” (*widerstreitende Gegeninteresse*) al valor del bien jurídico.<sup>285</sup> A juicio de DAHM, SCHAFFSTEIN y WELZEL, la unilateralidad del método teleológi-

283. Un resumen de estas críticas se encuentra en MARXEN, K., *Der Kampf*, 1975, pp. 196 ss.

284. Un ejemplo de intereses favorecedores del valor del bien jurídico sería, por ejemplo, las modalidades de acción especialmente graves desde un punto de vista penal previstas en algunos tipos del StGB: *vid.* WELZEL, H., “Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht” (1935), en EL MISMO, *Abhandlungen*, 1975, p. 102.

285. Ejemplos de “contraintereses” los brinda, por su parte, la regulación de los delitos contra el patrimonio, donde no toda lesión del bien jurídico amenazado es típica, sino sólo determinadas modalidades de la acción (por ejemplo, la lesión del patrimonio por medio de una acción estafadora, extorsionadora o quebrantadora de la confianza del otro): *vid.* WELZEL, H., “Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht” (1935), en EL MISMO, *Abhandlungen*, 1975, p. 102.

co traía causa de las insuficiencias del concepto de bien jurídico, que se derivaban, a su vez, del elevado nivel de abstracción que en opinión de aquel sector doctrinal tenía este concepto. A juicio de aquellos autores, puesto que el concepto de bien jurídico se movía en un plano meramente abstracto o “científico-conceptual”, no era capaz de descender hasta la realidad. En su opinión, el referido concepto de bien jurídico incurría, por este motivo, en el error de no considerar todas las relaciones que convergen en el supuesto de hecho concreto de la vida, permaneciendo anclado en la “extracción de una relación valorativa concreta”: el valor del objeto de protección.<sup>286</sup> Según la crítica que ahora se expone, dicho concepto de bien jurídico no permitía tener en cuenta que en el proceso de normativización, el legislador no se habría referido al valor del “objeto de protección” como la única relación de valor presente en la realidad, sino a todas las relaciones valorativas concurrentes en la realidad. El fin de la norma no consistiría, así, en tutelar ciegamente el objeto de protección, sino en hacerlo considerando el resto de intereses concurrentes. Interpretar los tipos penales a partir de un concepto de bien jurídico de acuerdo con el cual la ley se limitaría a prestar tutela al objeto de protección sin atender al resto de intereses concurrentes sería, en realidad, una interpretación teleológica incompleta. Ya que, según la Escuela de Kiel, se trataría de una interpretación de la ley pretendidamente teleológica, pero orientada únicamente a una parte de los fines.<sup>287</sup>

Frente a las críticas nacionalsocialistas al concepto metodológico de bien jurídico así como de la confusión con el método de interpretación teleológica de interpretación a que aquel concepto conduce, debe recordarse, en primer lugar, que el mencionado concepto no sólo constituye el único concepto de bien jurídico existente, sino que (como ya se ha afirmado a lo largo del presente Capítulo) ni siquiera es el preferible. Aunque

286. WELZEL, H., “Naturalismus...”, en EL MISMO, *Abhandlungen*, 1975, p. 102; SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 69.

287. WELZEL, H., “Naturalismus...”, en EL MISMO, *Abhandlungen*, 1975, p. 102; SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 69.

la crítica al concepto metodológico de bien jurídico pudiera ser compartida —lo cual ya se afirmó en otro lugar a propósito de la crítica al concepto de bien jurídico defendido por ZIMMERL y SCHWINGE / ZIMMERL—, ello no significa, sin embargo, que deba rechazarse cualquier concepto de bien jurídico teóricamente defendible. No tendría por qué rechazarse, un concepto personalista de autor configurado en el sentido apuntado *supra* en el texto.

Pero es que incluso dejando al margen lo que acaba de ser apuntado, cabe entender que los argumentos que la Escuela de Kiel opuso contra el concepto metodológico de bien jurídico ni siquiera servirían para desvirtuar este último concepto. En realidad, cuando los representantes del concepto metodológico de bien jurídico se refirieron al concepto de bien jurídico como criterio rector de la interpretación teleológica, no lo hicieron en el sentido unilateral criticado por los autores nacionalsocialistas, sino en un sentido más amplio. Así, por ejemplo, dos de los más significativos exponentes del concepto metodológico de delito, SCHWINGE y MEZGER, nunca defendieron un concepto de bien jurídico tan estricto como el que constituyó el objeto de las críticas nacionalsocialistas. Así mientras que Schwinge identificó el término “bien jurídico” con el de “fin” o “función de protección” del Derecho penal, refiriéndose al mismo, por tanto, en su sentido de instrumento al servicio de una contemplación global de los tipos, MEZGER entendió el concepto de bien jurídico en el sentido de concebirlo como la fórmula más sencilla de expresar el fin perseguido por cada precepto penal.<sup>288</sup> Pues bien: sin perjuicio de que estos dos conceptos de bien jurídico puedan ser calificados, ciertamente, como altamente abstractos, parece evidente—en contra de lo que afirmaba la Escuela de Kiel—, sin embargo, que ninguno de los dos expresaría el valor correspondiente al objeto de protección como el único valor concurrente en cada precepto.<sup>289</sup> Ya que el alcance de las expresiones “fin” o “función de protección” del Derecho penal (*Schwinge*) o “fin perseguido

288. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 70.

289. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 70.

por cada precepto penal” (Zimmerl) es lo suficientemente amplio como para comprender todos los intereses concomitantes al bien jurídico: tanto los que refuerzan el valor que representa el bien jurídico (valores concomitantes reforzadores) como los “contraintereses que se oponen” al valor del bien jurídico.

### 2.3. Sobre la lucha nacionalsocialista contra el concepto de tipo

En la monografía *Verbrechen und Tatbestand*, que para algunos constituyó la obra culminante de la concepción del Derecho penal de la Escuela de Kiel,<sup>290</sup> DAHM se mostró partidario de eliminar el concepto “tipo” de la Dogmática del Derecho penal. En opinión de DAHM, no existían reglas generales de interpretación, sino que el único modo de aproximarse al máximo a la realidad concreta consistía, en su opinión, en interpretar cada fenómeno individual por separado. Para la consecución de este objetivo, DAHM propuso una medida de *lege lata* y otra de *lege ferenda*. La medida de *lege lata* —a la que ya se hizo referencia *supra*— propuesta por Dahm consistió en una interpretación laxa de los tipos penales, de conformidad con la cual no fuera castigado quien realizase la conducta típica, sino aquél que, según el lenguaje popular, se presentara como el autor típico del delito de acuerdo con su esencia. De *lege ferenda*, DAHM sugirió que el tenor literal de los tipos fuese redactado de modo que la interpretación laxa acabada de referir fuera más factible. DAHM propuso, en suma, un “relajamiento” en la redacción de los tipos, de modo que su tenor literal fuese lo suficientemente flexible como para adaptarse sin problemas al caso concreto. Un modo de conseguirlo podía consistir, en opinión de DAHM, en la utilización masiva de elementos normativos o elementos de valoración.<sup>291</sup> Estas dos propuestas, la relativa a la interpretación laxa de los tipos, y la concerniente a la redacción flexible de éstos adaptada al lenguaje popular, representaron el adiós a la idea de “tipicidad” como “tipicidad del hecho” y la bienvenida a una “nueva” tipicidad: la “tipici-

290. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 82.

291. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 82.

dad del autor”. Representaron el tránsito, en suma, de un Derecho penal del hecho a un Derecho penal de autor.<sup>292</sup>

El intento de DAHM de destruir completamente los tipos penales no pudo ser más nocivo para la ciencia del Derecho penal y el principio de Justicia material. El Derecho penal de autor supuso la negación de una de las principales conquistas del pensamiento ilustrado de la revolución francesa: el principio de responsabilidad por el hecho.<sup>293</sup> La recuperación de este principio en la Alemania de la segunda postguerra significó, a su vez, la negación de la negación: esto es, la vuelta a un Derecho penal del hecho.<sup>294</sup> El principio de responsabilidad por el hecho se opone a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser del sujeto activo, obligando a detenerse, por el contrario, en la valoración de la gravedad del hecho cometido.<sup>295</sup> Un Derecho penal que tenga por finalidad proteger a la sociedad mediante la prevención de delitos recurriendo a normas de motivación, y que a su vez pretenda presentarse como democrático, no puede pretender evitar que los sujetos modifiquen su carácter o su modo de ser. Ello significaría una intromisión en la esfera personal de libertad del sujeto inaceptable en un Estado que, como sucede en un modelo de Estado democrático como el nuestro, tenga en consideración la dignidad humana y el principio de participación en la vida social de sus sujetos. Estos dos últimos principios impiden tratar al delincuente como un objeto del Derecho penal, e imponen la necesidad de concebirlo, al contrario, como un sujeto activo del proceso de motivación. Resulta mucho más respetuoso con los principios que se encuentran en la base de un modelo de Estado democrático un Derecho penal que preten-

292. Sobre la lucha nacionalsocialista contra el concepto de tipo *vid.* SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, 1962, pp. 73 y 81.

293. En realidad, este principio era defendido ya con anterioridad a la Revolución francesa por algunos de los autores que, como CARPZOV y ZIEGLER, se encargaron de llevar a cabo el proceso de recepción del Derecho común en Alemania. *Vid.* SCHAFFSTEIN, F., *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, 1930 (reimpr. de 1986), p. 45 y nota 2.

294. MIR PUIG, S., *PG*, 7ª ed., 2004, 4/68.

295. MIR PUIG, S., *PG*, 7ª ed., 2004, 4/68.

da evitar la comisión de delitos por medio de normas de motivación que intenten impedir la realización de conductas lesivas o peligrosas para bienes jurídicos. Ello conecta, finalmente, con el principio según el cual nadie debe ser castigado por los meros pensamientos, caracteres o actitudes internas (*cogitationis poenam nemo patitur*).

Las legislaciones penales liberales del siglo XIX tuvieron en la legalidad uno de sus principales objetivos. La idea decisiva para garantizarla era el concepto de tipicidad. De acuerdo con esta noción, los elementos de cada delito debían encontrarse recogidos en tipos penales, cuyo tenor literal debía reunir dos cualidades esenciales: debía permitir una delimitación clara entre unos y otros; y la prueba de sus elementos debía resultar sencilla. En opinión de los penalistas de nacionalsocialismo, el interés de aquellas legislaciones por limitar el poder del estado garantizando la seguridad jurídica ante posibles abusos de derecho autoritarios llegó a ser tan obsesivo que el valor del tipo como “forma” (*Formwert*) pasó a predominar sobre el valor de su contenido material (*Inhaltswert*). La Escuela de Kiel recibió este Derecho penal liberal, donde la forma parecía dominar al contenido, con absoluto desprecio. Desde la perspectiva nacionalsocialista, el formalismo de las legislaciones penales liberales de referencia las separaba decisivamente de la realidad concreta, hasta el punto de conducir a soluciones también incorrectas desde el particular concepto nacionalsocialista de justicia material. La llamada “función protectora de la forma” de las legislaciones liberales del siglo XIX fue entendido por el nazismo como la antítesis de la justicia material. Desde el punto de vista nacionalsocialista, esta primacía de la forma tenía en su base un programa político de corte individualista completamente incompatible con el pensamiento colectivista radical del Tercer Reich.<sup>296</sup> Desde esta perspectiva, la ley no podía seguir siendo contemplada como un simple mecanismo político abstracto, formal, limitador del poder del Estado, sino que, al contrario, debía ser entendido como un instrumento puesto al servicio de la realidad social, o, más concreta-

296. GARCÍA AMADO, J.A., AFD 1991, p. 350.

mente, de la realidad del pueblo —mejor: del Estado— alemán del régimen nacionalsocialista. Como ya señalaron SCHWINGE / ZIMMERL, es cierto que el derecho no puede ser puesto únicamente al servicio del Estado como concepto más formal e ideal que real, sino que debe servir a la sociedad como ente material más integrante de la realidad. La forma “Estado” sólo tiene sentido en la medida en que integre también el valor material y el sentido inherentes a la sociedad a la que sirve, no en la medida en que, al contrario, lo destruya. La forma no puede forzar el contenido, sino que, al contrario, debe estar puesto a su servicio. Del mismo modo que el Estado debe servir a la sociedad, también la ley penal, o, más concretamente, los tipos penales deben expresar y configurar el valor o desvalor material, no acabar con él.<sup>297</sup> Sin embargo, tampoco puede obviarse —prosiguen SCHWINGE / ZIMMERL— que la forma desempeña en el Derecho penal una función garantizadora sin la cual la Justicia tampoco podría ser realizada. Entendida en su sentido de igualdad ante la ley, incluso un ordenamiento jurídico formal valorativamente neutro podría garantizar cuotas de seguridad jurídica mucho más amplias que otro que pretendiera imponer de modo antiformalista una determinada idea de justicia material, al margen de los procedimientos mayoritarios de libre decisión. Tal fue el caso del Derecho penal del régimen nacionalsocialista. Para cumplir con esta función de garantía, la ley debe expresar de forma clara e inequívoca por medio de los tipos penales el fundamento del injusto.<sup>298</sup> Con ello se conseguiría atender a la especialidad del caso concreto sin que se pusiera en peligro el principio de igualdad.<sup>299</sup> Desde el punto de vista de los principios que actualmente dominan el proceso legiferante en un Estado social y democrático de derecho, la ley sólo puede garantizar la seguridad jurídica si se trata de una ley estricta (*lex stricta*) respetuosa con la exigencia de tipicidad del hecho.<sup>300</sup> Un ordenamiento jurídico cu-

297. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 90.

298. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 90.

299. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 95.

300. MIR PUIG, S., *PG*, 7ª ed., 2004, 4/9 y 16.

yos tipos no describiesen conductas, sino autores, o que permitiese interpretar los tipos penales incluso más allá de los límites que permitiría una interpretación extensiva, esto es, de forma analógica, adolecería de una imprecisión tal que nunca podría ser idóneo para dar cumplimiento al mandato de taxatividad de la ley.<sup>301</sup>

Con la inestimable colaboración del § 2 StGB nacionalsocialista, la teoría de los tipos normativos de autor no sólo fue puesta al servicio de aplicaciones de la ley que cayeron por completo dentro del espacio de la analogía in malam partem, sino que también permitió la injustificada interpretación restrictiva o “corrección negativa”<sup>302</sup> de algunos tipos por debajo del límite mínimo de su tenor literal. Tal fue el caso, por ejemplo, de la interpretación que Dahm hizo de tipo penal del aborto, o de la que otros autores realizaron con relación a otros tipos, como el del delito de organización no autorizada de juegos (§ 284 StGB). Desde la teoría de los tipos normativos de autor se afirmó que el fundamento de la punibilidad de la conducta típica de este último delito residía en la especial peligrosidad del sujeto que actúa profesionalmente como sujeto especialmente peligroso. La realidad fenomenológica vendría a demostrar que un jugador puede llegar a perder, por medio del juego clandestino, importantes sumas económicas en perjuicio del patrimonio de terceras personas físicas o jurídicas. Ejemplo de las primeras pueden ser los hijos pendientes del pago de la pensión de alimentos o las personas respecto de las que el jugador se apropia indebidamente de dinero o bienes con valor económico; de las segundas, aquellas sociedades cuyo patrimonio es deslealmente administrado. A la vista de esta constatación fenomenológica, y partiendo de una valoración positiva del derecho a la percepción de la pensión alimenticia por los hijos y del patrimonio individual y social, la prohibición de la organización de juegos de azar a quien incluso se lucra con ello parecía tener pleno sentido. Concebido de este modo, el deli-

301. ECKERT, J., en OSTENDORF, H. / DANKER, U. (dir.), *Die NS-Strafjustiz*, 2003, p. 48.

302. La expresión procede del BGH alemán: *vid.* FROMMEL, M., JZ 1980, p. 559.

to de juego profesional clandestino era, en realidad, un delito de peligro abstracto. Sólo podía quien, por responder al perfil psicológico del profesional, sea capaz de poner en peligro la seguridad familiar o el patrimonio individual o social. El injusto del delito consistía, por tanto, en la puesta en peligro de determinados intereses familiares y económicos. En caso contrario, aunque el sujeto haya realizado formalmente la conducta típica (organización ilícita de juego de azar), la conducta debería quedar sin pena o ser castigada, a lo sumo, como tentativa. Según la teoría de los tipos normativos de autor, concurriría en la conducta de organización profesional de juegos de azar ilícitos su correspondiente contenido de peligro abstracto cuando el sujeto que la comete respondía al perfil criminológico del delincuente profesional.

Sin embargo, la interpretación del delito previsto en el § 284 StGB que acaba de ser expuesta no puede ser aceptada. Resulta exagerado contemplar la prohibición de participar profesionalmente en juegos clandestinos como un mecanismo de protección de la seguridad familiar o el patrimonio individual o social. En relación con estos últimos intereses, aquella prohibición representa un adelantamiento excesivo de las barreras de protección penal. Al margen de lo discutible que resulta la incriminación de esta clase de comportamientos, lo cierto es que parece más acertado entender que el delito de juego ilícito profesional como una suerte de enriquecimiento injusto que atenta contra una determinada “ética económica”. La corrección de este planteamiento se desprende de tres argumentos de lege lata. En primer lugar, de acuerdo con la actual redacción de los §§ 284 (organización no autorizada de un juego de azar), 285 (participación en un juego no autorizado) y 287 (organización no autorizada de una lotería o una rifa) StGB, la profesionalidad del sujeto activo de la conducta típica ha dejado de ser un elemento esencial de estos delitos. De los tres preceptos mencionados, tan solo en el § 284.3.1 StGB aparece la profesionalidad como elemento del tipo, pero no como elemento esencial, sino como elemento accidental del que sólo depende la gravedad de la pena. En segundo lugar, debe advertirse que la rúbrica del Capítulo XXV de la Parte especial del StGB lleva por título “Provecho propio punible” (*strafbare Ei-*

*gennutz*), y da cobijo a algunos delitos que representan otras modalidades de enriquecimiento injusto, tales como la frustración del proceso de ejecución forzosa (§ 288 StGB), la apropiación o uso no autorizado de cosa pignorada (§§ 288 y 289 StGB), la usura (§ 291 StGB), la caza y pesca ilegales (§§ 292 y 293 StGB) y la puesta en peligro de barcos, automóviles y aeronaves por medio de mercancías prohibidas (§ 297 StGB). Existe, por último, un tercer argumento que habla en favor de la tesis de que el contenido de injusto de los delitos que nos ocupan viene determinado por una infracción de principios generales de la ética económica, y en contra, por tanto, de la tesis del delito de peligro abstracto sugerida por la teoría del tipo normativo típico de autor. En el supuesto de que pudiera aceptarse el ya negado extremo de que el § 284.3.1 StGB tipifica un delito de peligro abstracto, lo cierto es que no cabe decidir la concurrencia o ausencia de este elemento atendiendo a una consideración criminológica del delincuente y de su peligrosidad, en lugar de cuestionarse la peligrosidad de la conducta misma. A esta idea se refirió ya BAUMANN cuando apuntó que la mayor debilidad de la teoría de los tipos normativos de autor consistía en “que no pretende inferir la esencia (*Leitbild*) del tipo o el contenido de significado que supera el significado concreto de los elementos del tipo de la ley, sino de la opinión popular o del derecho no escrito”.<sup>303</sup>

## 2.4. Sobre la lucha nacionalsocialista contra la separación de injusto y culpabilidad

### 2.4.1. Planteamiento

Como se expuso *supra*, la dirección de Kiel entendió que la separación de injusto y culpabilidad como dos elementos distintos del concepto de delito no era sino una artificiosa consecuencia de una forma de pensamiento, la racionalista-abstracta propia del liberalismo ilustrado, que debía ser superada. Frente a la idea de la antijuricidad y la culpabilidad como dos ca-

303. De esta opinión MEZGER, E. / BLEI, H., *AT*, 15ª ed., 1973, p. 64.

tegorías separadas, la doctrina nacionalsocialista propuso un análisis global del delito que lo concibiera como un todo indisoluble, donde carecería de sentido distinguir entre injusto y culpabilidad. En el presente epígrafe se pretende abordar la crítica al rechazo de la distinción entre injusto y culpabilidad protagonizado por la dirección de Kiel a partir de tres de sus principales manifestaciones: la crítica a la etización del Derecho penal nacionalsocialista; el análisis de los llamados “delitos de traición” como ejemplo de la confusión entre injusto y culpabilidad en el Derecho penal nacionalsocialista; y, por último, la crítica a la teoría de la “culpabilidad por la conducción de vida” de MEZGER.<sup>304</sup>

#### 2.4.2. La etización del Derecho penal

Como ya se ha afirmado, a los ojos de la Escuela de Kiel, la distinción entre injusto y culpabilidad constituía un producto formal derivado de una concepción liberal del mundo completamente incompatible con la concepción nacionalsocialista del derecho. Por este motivo, desde la perspectiva nacionalsocialista, la referida distinción debía desaparecer. El rechazo de la separación entre injusto y culpabilidad fue, al menos en parte, el resultado de la influencia de un factor principal: la etización del Derecho penal.<sup>305</sup> Así, por ejemplo, autores como PETERS defendieron la tesis de que el único modo de huir del *formalismo* ilustrado propio del Derecho penal liberal consistía en erigir al pueblo y a su sano sentimiento en auténticas fuentes *materiales* de un ordenamiento jurídico<sup>306</sup> en el que ética y derecho consistirían en dos realidades coincidentes por principio. Esto es, la idea de la llamada “etización del Dere-

304. Sobre el estado actual de la discusión sobre la relación entre injusto y culpabilidad, haciendo referencia a algunas concepciones modernas que, a partir de distintas fundamentaciones, recuperan la idea de que aquellas dos categorías no pueden ser separadas ALCÁZER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 127 s., nota 420.

305. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 43.

306. Destaca este aspecto RÜTHERS, B. / BIRK, A., *Rechtstheorie*, 2ª ed., 2005, p. 375.

cho penal”.<sup>307</sup> Desde este punto de vista, es decir, para un Derecho penal indisolublemente unido a la ética, carecía de sentido, ciertamente, dividir formalmente el delito en dos partes, una objetiva (el injusto) y otra subjetiva o personal (la culpabilidad). El juicio de reproche ético-jurídico debía tener por objeto los elementos objetivo y subjetivo del delito como dos aspectos indisolubles del delito.<sup>308</sup> De este modo, el Derecho penal nacionalsocialista experimentó un imparable descenso hacia lo subjetivo, de acuerdo con el cual la decisión judicial cada vez se encontraba más cerca de consistir en un juicio ético sobre el sujeto y sus circunstancias personales que en una valoración del hecho objetivo. Esta circunstancia fue puesta de relieve, por ejemplo, por KLEE, que destacó que en el Derecho penal de la Escuela de Kiel, la fusión de antijuricidad y culpabilidad no derivó en la elaboración de una categoría dogmática híbrida o intermedia, sino en una evidente primacía de la culpabilidad como juicio de reproche personal al sujeto sobre la antijuricidad objetiva de la conducta.<sup>309</sup>

Como ya se ha señalado repetidamente, para los autores nacionalsocialistas o próximos al nacionalsocialismo, el Derecho penal no debía limitarse a proteger los derechos subjetivos de las personas. Ello era contemplado como algo excesivamente individualista. En lugar de este objetivo, en el nuevo contexto del régimen nacionalsocialista al Derecho penal le estaba encomendado el desempeño de un papel sin duda más ambicioso: la protección de la integridad ética del pueblo alemán. Se trataría de un cambio de paradigma axiológico en virtud del cual el individuo y su libertad personal deberían abandonar inmediatamente la posición de privilegio de la que habían venido gozando con el liberalismo clásico, siendo relegados, entonces, a una posición absolutamente accesoria y dependiente del Estado, que pasaría a ocupar la posición central

307. PETERS, K., DSt. 1938, pp. 337 ss.; KLEE, K., “Das Volksempfinden als Rechtsfertigungsgrund an sich strafbaren Verhaltens. (Umkehrschluß aus § 2 StGB)”, DSt. 1941, p. 73.

308. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 47.

309. KLEE, K., “Das Verbrechen als Rechtsguts- und als Pflichtverletzung”, DSt. 1936, pp. 3 y 16.

del sistema. Para el nacionalsocialismo, el individuo no era nada sin la comunidad, solo merecía ser protegido como parte integrante del entramado social, perdiendo toda relevancia, de este modo, su autonomía personal. Con el nuevo régimen, el individuo dejaba de ser titular de derechos, y pasaba a ser súbdito de un Estado totalizante que se erigía, así, en titular monopolístico no solo de todos los derechos, sino también de los valores que conformarían la ética social de la comunidad. De este modo, el Estado nacionalsocialista se convierte en lo que algunos autores conocen como el “Estado ético” de Hegel, esto es, en un Estado que, en nombre del pueblo y la comunidad, decide de forma unilateral, y de espaldas a quienes teóricamente representa, qué resulta conforme a la ética social y qué es, en cambio, contrario a la misma.<sup>310</sup> En un Estado ético como el nacionalsocialista, puesto que la ética no constituiría una realidad tangible, sino, al contrario, algo ideal o inmaterial, las contravenciones éticas se acabarían confundiendo, identificando con su pretensión de respeto de la ética misma, esto es, con las normas del Estado que la imponen. Esta última idea quizá recuerde a los términos en los que desde este trabajo se criticó severamente la espiritualización del concepto de bien jurídico operada por algunos autores neokantianos. Ello no resulta casual. No en vano, SCHWINGE / ZIMMERL defendieron la tesis de que los contenidos de la ética y el Derecho penal debían ser armonizados. No era posible, a juicio de estos autores, que un comportamiento fuera reprochable desde un punto de vista ético-social, y valioso, en cambio, desde un punto de vista jurídico; o que, al contrario, un comportamiento fuera antijurídico y punible y, al mismo tiempo, ético-socialmente valioso.<sup>311</sup>

Frente a todo lo anterior debe afirmarse, sin embargo, que desde el punto de vista del Derecho penal de un Estado liberal,

310. Sobre el “Estado ético” hegeliano *vid.*, por ejemplo, ALCÁ CER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 33 ss.; GARCÍA AMADO, J.A., “El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs”. Documento de trabajo inédito, p. 19, nota 58, citando el trabajo inédito de PRIETO NAVARRO, E., “Günther Jakobs, de Hegel a Schmitt”, p. 21.

311. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 49.

resulta claramente preferible afirmar lo siguiente: ni los bienes jurídico-penales tienen naturaleza exclusivamente moral; ni es correcto identificar ética y derecho como si de lo mismo se tratase; ni, por último, cabe hablar de culpabilidad sin antijuricidad.

Por lo que respecta a la primera idea, esto es, los bienes jurídico-penales tienen naturaleza exclusivamente moral, debe convenirse que lo que hace que un bien jurídico sea merecedor de protección jurídico-penal no es su aspecto vinculado a la moral, sino algo ajeno a ésta. El Derecho penal no puede proteger intereses exclusivamente morales.<sup>312</sup> Éste es uno de los límites del *ius puniendi* que se derivan del carácter social del Estado social y democrático de derecho: la intervención penal debe ser necesaria para proteger a la sociedad,<sup>313</sup> y no lo sería si pretendiera proteger intereses que no tuvieran una dimensión de valor que excediera de la estrictamente moral.<sup>314</sup> Además, en un Estado liberal, lo que legitima al Estado como instrumento protector de la sociedad no es la protección de una moral social ajena a los derechos de los individuos, esto es, integrada por valores exclusivamente comunitaristas, sin referente individual, como, por ejemplo, determinados valores religiosos, raciales, etc., sino sólo a través del aseguramiento de intereses con un substrato personal.<sup>315</sup>

Tampoco una equiparación formal entre derecho y moral, al estilo de la propuesta en su día por SCHAFFSTEIN, puede ser en absoluto aceptada. Si dicha equiparación se produjera, entonces quedaría borrada de un plumazo, olvidada, la razón por la que, a día de hoy, se considera no solo el Derecho, sino incluso el Estado debe mantenerse al margen de la moral. La razón es que, en realidad, no existe una moral, la moral, que pueda ser monopolizada por el Estado como si no hubiera otras.

312. MIR PUIG, S., *PG*, 7ª ed., 2004, 4/52.

313. MIR PUIG, S., *PG*, 7ª ed., 2004, 4/3.

314. RUDOLPHI, H.-J., *FS-Honig*, 1970, p. 167; OTTO, H., en MÜLLER-DIETZ, H. (ed.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1971, p. 5.

315. ALCÁ CER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 77 s.

Sino que, por ejemplo, todo lo que concierne a la actitud interna del sujeto con respecto, por ejemplo, a la religión, a la sociedad o al Estado forma parte de la moral personal de cada individuo, y debe quedar, por tanto, fuera del alcance normativo del Estado.

La principal consecuencia de la confusión o identificación de Derecho y moral sería la siguiente: aunque en principio el juicio de desvalor ético debería recaer sobre las ideas, y el análisis jurídico debería tener por objeto, en cambio, los hechos, sería posible desvalorar éticamente hechos y jurídicamente ideas. De este modo, cabría castigar con penas tanto ideas como procesos mentales meramente internos incluso cuando no se hubieran concretado en una acción. Salta a la vista, sin embargo, que esta conclusión resulta sencillamente inaceptable, pues dejaría en papel mojado una de las principales conquistas liberales de la Ilustración: la máxima *cogitationis nemo patitur*. Nótese que esta última idea es tan evidente que incluso fue aceptada sin cortapisas por los “comunitaristas” SCHWINGE / ZIMMERL.<sup>316</sup> Como apunta a este respecto GARCÍA AMADO: “proclamar, como hizo el nazismo, la unidad entre derecho y (una) moral material equivale a convertir a la moral en jurídicamente coactiva”.<sup>317</sup> Por lo demás, si el Derecho penal y la moral fueran completamente equiparados, el ámbito del primero se ampliaría desmedidamente. En efecto, aunque debe admitirse que la determinación de los límites de la punibilidad constituyen una cuestión de naturaleza político-criminal, no es menos cierto que un Derecho penal que pretenda presumir de ser garantista nunca podrá intervenir en todos aquellos supuestos que no representen una infracción de las exigencias morales mínimas.<sup>318</sup>

El intento nacionalsocialista de moralizar el derecho resultó completamente contraproducente, porque acabó derivando justamente en lo contrario de lo que pretendía conseguirse: uno de los ordenamientos más injusto y alejado de la moral —

316. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 49.

317. GARCÍA AMADO, J.A., AFD 1991, p. 350.

318. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 50.

de cualquier moral— de la historia de la humanidad. En efecto, la moralización del derecho al margen o por encima de sus formas lo privó por completo de su propia racionalidad interna hasta desbocarlo hacia una total perversión de lo jurídico. Parafraseando a Laubne, “la tiranía de las formas es terrible; pero fuera de las formas no hay más que la barbarie”.<sup>319</sup>

Por fin, también resulta ampliamente criticable la primacía que el Derecho penal de la Escuela de Kiel reconoció a la culpabilidad sobre la antijuricidad. La razón principal de esta crítica reside en lo siguiente: un ordenamiento jurídico-penal para el que lo más importante no sea la antijuricidad objetiva de la conducta, sino la valoración que merezca el sujeto como tal, esto es, en atención a sus circunstancias personales, es un más que un ordenamiento jurídico es un ordenamiento ético. Esta circunstancia fue puesta de manifiesto, desde el propio nacionalsocialismo, por KLEE en relación con los delitos contra la administración pública. A juicio de este autor, no era posible negar, a la luz de la redacción de los tipos, que el elemento más importante residía en la infracción del deber del funcionario. Sin embargo, que esto fuera así no significaba, en opinión de KLEE, que el aspecto más destacado de dicho elemento fuera el *subjetivo* de fidelidad del funcionario con respecto a la administración a la que se debe. Para KLEE, si la razón principal por la que el legislador nacionalsocialista había decidido tipificar los delitos de funcionario como delitos de infracción de un deber consistía era de naturaleza *objetiva*, y consistía en que el cumplimiento de dicho deber era el modo más sencillo de garantizar el correcto funcionamiento del aparato del Estado.<sup>320</sup> Así las cosas —y ésta es, probablemente, la parte de la argumentación de KLEE que podría servir también para un Estado democrático— debe concluirse que la conveniencia de seguir distinguiendo entre antijuricidad y culpabilidad reside, precisamente, en separar dos aspectos del delito que deben permanecer claramente diferenciados: el hecho y el autor. Del mismo modo que carece de sentido emitir un juicio

319. La cita es de GARCÍA AMADO, J.A., AFD 1991, p. 350.

320. KLEE, K., DSt. 1936, p. 4.

de reproche sobre la voluntad del autor sin cuestionarse previamente si dicha voluntad se encuentra o no referida a algo objetivamente contrario a derecho, no es correcto preguntarse si el autor es merecedor de un juicio de reproche por la infracción de su deber como funcionario sin haber comprobado antes si dicha infracción se ha producido efectivamente. De este modo, el hecho antijurídico, más que un filtro previo a la culpabilidad, es el auténtico fundamento de la pena, siendo la culpabilidad, en cambio, una categoría que, lejos de fundamentarla, solo podrá limitar su alcance. Lo contrario, esto es, entender la culpabilidad como un juicio de reproche del autor fundamentador de la pena representa una subjetivización del Derecho penal inasumible por un Estado liberal.

#### 2.4.3. Análisis de los llamados “delitos de traición” como ejemplo de la confusión entre injusto y culpabilidad en el Derecho penal nacionalsocialista

##### A) Introducción. A la vez, sobre el recurso al lenguaje popular como instrumento útil para la interpretación de los tipos penales

En opinión de DAHM, en el Derecho penal nacionalsocialista, la esencia del delito no podía ser correctamente apprehendida mediante un análisis del delito que lo fragmentara en sus distintas partes. No era posible elaborar reglas generales que permitiesen conocer la esencia de todas las modalidades delictivas. Al contrario: cada forma de aparición del delito debía ser analizada en concreto. A juicio de aquel autor, el método más adecuado para ello consistía en encontrar el “elemento más llamativo”, más destacado del delito. Uno de los instrumentos más útiles para la interpretación de los preceptos penales consistía para DAHM en el lenguaje popular.<sup>321</sup> Se trataba, en suma, de descender a la realidad fenomenológica y comprobar empíricamente dónde residía lo esencial de cada clase de

321. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 55.

delincuente o de cada modalidad delictiva en concreto, para conocer, en segundo lugar, de qué modo recoge aquella esencia el lenguaje popular. Éste puede referirse al delito aludiendo, bien a su autor, bien a la conducta que realiza o al resultado producido. Sucede lo primero, por ejemplo, con las expresiones populares “traidor”, “asesino”, “ladrón”, “estafador” o “extorsionador”; lo segundo, en cambio, con las expresiones “lesiones” o “apropiación indebida”. De esta distinción, DAHM extrae una importante consecuencia: cuando el lenguaje popular denomina al autor de un delito de un modo determinado, la esencia del delito residirá en la “voluntad” del sujeto, y no en la realización de la conducta o la producción de un resultado. Según DAHM, ello ocurre, por ejemplo, en el caso del “ladrón”. Según DAHM, no es ladrón aquél que sustrae a otro una cosa mueble ajena con la intención de apropiársela antijurídicamente, sino solamente aquél que “es un ladrón conforme a su esencia”.<sup>322</sup> Cuando el lenguaje popular designa a un delito mediante una designación referida a la conducta o al resultado, algunas de estas designaciones son recogidas por el legislador penal a modo de título o rúbrica del correspondiente delito. Pues bien: en opinión de DAHM, el título o rúbrica de cada delito permitía describirlo sintéticamente por medio de palabras clave en aras de una interpretación sencilla y natural que se aproximaba más a su esencia que la más completa de sus definiciones.<sup>323</sup> Tal es la importancia que DAHM reconoció al lenguaje popular y a los títulos o rúbricas del StGB como reflejo del mismo que este autor incluso llegó a identificar la esencia del delito con su nombre.<sup>324</sup> El nombre de un delito expresa, para DAHM, lo más característico, lo que más llama la atención del mismo.<sup>325</sup> Esta equiparación de nombre y esencia la considera DAHM un avance, una profundización del co-

322. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 82.

323. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 81.

324. “(...) lo que es relevante para el nombre, esto es, para la esencia del delito (...)”: *vid.* SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 82.

325. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 52.

nocimiento con respecto a la “superficialidad del pensamiento científico tradicional”.<sup>326</sup>

Resulta obvio, sin embargo, que derivar la esencia de un delito de su denominación legal constituye un procedimiento completamente erróneo. En primer lugar, no cabe duda de que es preciso relativizar la posible utilidad del criterio al que acaba de hacerse referencia. Como señala con razón BOLDOVA PASAMAR, el *nomen iuris delicti* no es más que una simple consecuencia de la propia evolución histórica del lenguaje,<sup>327</sup> influenciada por razones de orden social o cultural, así como de las particularidades lingüísticas del idioma que de aquella evolución se derivan. En segundo lugar, también conduce a error pretender encontrar la esencia de un delito a través del análisis de su “elemento más llamativo”, prescindiendo de los elementos “injusto” y “culpabilidad”. Debe señalarse, en primer lugar, que el uso cotidiano del lenguaje, al que DAHM acudió ciegamente como baremo sin el que resultaba imposible aprehender la esencia fenomenológica de un delito, en absoluto constituye una realidad incontrovertida e invariable. Al contrario, el lenguaje popular cotidiano es poco claro, vacilante y susceptible de manipulación. Esta circunstancia se advierte claramente a la luz de uno de los más frecuentes ejemplos de DAHM: el delito de aborto. En efecto, ¿puede decirse que un supuesto de interrupción del embarazo médicamente indicado o conforme a derecho por otras razones constituye un “aborto” en el sentido que a este término le atribuye el lenguaje popular? DAHM afirmó, por ejemplo, que un tal comportamiento no podía ser castigado como delito porque no se correspondía con el concepto “popular” de “aborto”: interrupción del embarazo no indicada médicamente ni justificada por otras causas. Sin embargo, no cabe descartar por completo que el término “aborto” signifique en lenguaje popular “toda interrupción del embarazo”. Si ello fuera así, cosa que parece posible, enton-

326. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 82; MARXEN, K., *Der Kampf*. 1975, p. 205.

327. BOLDOVA PASAMAR, M.A., *La comunicabilidad de las circunstancias*, 1995, p. 296.

ces el sentido en que DAHM empleó el término “aborto” contradecía el propio uso del lenguaje cotidiano. Según SCHWINGE / ZIMMERL, esta última circunstancia no fue más que una consecuencia del error de DAHM de identificar la esencia del delito con su nombre. O traducido a una terminología más actual: de identificar el “tipo de injusto total” con el “tipo”. En efecto, el nombre de un delito es elegido en ocasiones teniendo en cuenta el “tipo de injusto total”, mientras que en otros casos la denominación elegida por el legislador se extrae sólo a partir del tipo libre de valoración. Lo primero sucedería, por ejemplo, con el asesinato o el robo. Lo segundo, con el aborto o el homicidio rogado. En la elección del nombre del delito, el legislador no se encuentra vinculado por el sentido conferido a los términos por el uso cotidiano del lenguaje del profano. No obstante, las nomenclaturas empleadas por la ley no suelen contradecir al lenguaje popular. Una tal técnica legislativa no persigue poner de manifiesto, sin embargo, que la esencia del delito dimana directamente del sentido popular de los términos; sino aumentar la popularidad de la ley, convirtiéndola en un instrumento socialmente útil y fácilmente inteligible frente a las imprecisiones del lenguaje popular.<sup>328</sup> No es viable, por tanto, conocer la esencia de un delito a partir de su nombre.<sup>329</sup>

La ambigüedad, falta de claridad y manipulabilidad del lenguaje popular como baremo interpretativo<sup>330</sup> no constituyó, de todos modos, un contratiempo para la concepción de Dahm. Antes al contrario, en aquellas tres características del lenguaje popular residió, en realidad, una de las claves del sentido de su concepción. La dirección de Kiel se apoyó en la nebulosa del confuso lenguaje popular con el fin de someter al Derecho penal a un severo proceso de “caotización” que permitiese

328. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, pp. 51 y 87 s.

329. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 52.

330. Sobre el carácter no determinante del lenguaje ordinario en orden a la resolución de problemas de autoría y participación, así como sobre su función de contribuir a la determinación del “sentido literal posible” de la ley como límite que no puede sobrepasar el intérprete, *vid.* DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho Penal*, 1991, p. 97.

dar cobertura legal a la barbarie nazi.<sup>331</sup> Al margen de los deleznable fines perseguidos por el recurso de Dahm al lenguaje popular, que quedan desacreditados por sí mismos, se impone aquí una reflexión metodológica. Frente a una concepción como la de Dahm que se apoyó en una completa falta de claridad y de reglas que pretendió partir de una concepción global del delito no distintiva en elementos y orientada a factores tan poco conectados a lo jurídico-material como el lenguaje popular o el “elemento más llamativo” del delito con el fin de adaptarse a una tópica fenomenológica puesta al servicio de los más execrables fines políticos, se presenta como claramente preferible un método analítico del delito que lo describa en sus distintos elementos y que permita una aplicación más garantista del Derecho penal.<sup>332</sup>

B) Los delitos de traición como delitos con el elemento “más llamativo” (deslealtad) especialmente previsto en la ley

En el Derecho penal nacionalsocialista, el propio StGB se encargó de destacar en algunos tipos el correspondiente “elemento más llamativo” al que se refirió DAHM. Esto ocurrió, por ejemplo, con los llamados “delitos de traición” (*Verratsdelikte*).<sup>333</sup> El término “traición” empleado por el StGB para esta constelación de delitos revelaba que el “elemento más llamativo” o determinante no era en estos delitos la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, sino la deslealtad. No tener en cuenta esta circunstancia conducía, según aquellos autores, a so-

331. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 82.

332. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, pp. 55 s. También puso de relieve las limitaciones de la “ganzheitliche Betrachtungsweise”, aunque refiriéndose sobre todo a su falta de concreción, ZAWAR, DSt. 1943, p. 44.

333. Un estudio histórico sobre el origen y las distintas modalidades de los delitos de traición se encuentra en SCHAFFSTEIN, F., “Verräterei und Majestätsdelikt in der gemeinrechtlichen Strafrechtsdoktrin”, en el mismo, *Abhandlungen*, 1986, pp. 123 ss., en especial p. 129 (referencia a la clasificación de Tiberius Decianus en delitos de traición a Dios, delitos de traición a la patria y delitos de traición entre sujetos privados). *Vid.* también SCHAFFSTEIN, F., DSt. 1935, p. 104.

luciones grotescas e incluso contrarias al sentido mismo del lenguaje, como, por ejemplo, castigar por traición al extranjero que hace públicos documentos secretos alemanes en interés de su país.<sup>334</sup>

Sin embargo, como pusieron de manifiesto los propios SCHWINGE / ZIMMERL, la Escuela de Kiel se equivocó al considerar que la “traición” constituía el elemento clave de estos delitos. El empleo de este término por el legislador consistió en un simple recurso de técnica legislativa, que persiguió el objetivo de hacer más inteligible la ley frente a las imprecisiones del lenguaje popular.<sup>335</sup> El único método que puede conducir satisfactoriamente a la esencia de un delito consiste en una investigación sistemática que distinga entre injusto y culpabilidad, y nunca una interpretación de la ley meramente formal conectada al “elemento más llamativo” como la defendida por DAHM.<sup>336</sup>

Es evidente que la tesis según la cual la distinción entre injusto y culpabilidad imposibilita un análisis jurídico-material del delito no puede ser compartida en modo alguno. Es más: lo que sucede es precisamente lo contrario. En efecto, un correcto análisis jurídico-material del delito que pretenda apre-

334. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 50.

335. WESENSSCHAU, 1937, p. 51. Según estos autores, la más clara demostración de que la referencia legal a la “deslealtad” no podía ser contemplada como un argumento a favor de la tesis de que la infracción del deber de fidelidad al pueblo alemán constituían uno de los “elementos más llamativos” del delito aludidos por la dirección de Kiel resultaba de la regulación que la Novela de 1934 hizo de los delitos de “alta traición” y de “traición al Estado”. En opinión de SCHWINGE / ZIMMERL, el legislador de 1934, al incluir los delitos con y sin traición en el mismo capítulo e incluso en el mismo párrafo, con total independencia de si constituían o no infracción del deber de fidelidad, vino a reconocer que la inexistencia de diferencias esenciales entre unas y otras conductas. *Vid.* SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 52. Sin embargo, el indicador de la ubicación sistemática de los delitos en el Código penal también está lejos de ser un criterio de validez indiscutible. Mantiene este punto de vista, por ejemplo, BAJO FERNÁNDEZ, M., *PE*, I, 3ª ed., 1989, p. 47, quien señala que “las rúbricas de los capítulos tienen una función sistematizadora que no afecta a la sustantividad de las figuras previstas”.

336. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 52.

hender el sentido y el fin de los preceptos debe tener en cuenta la distinción entre lo que el Derecho penal *puede* prohibir, es decir, al antijuricidad, y lo que es *lícito* imputarle personalmente al sujeto, esto es, la *culpabilidad*.<sup>337</sup> Como algunos autores se encargaron de poner de manifiesto, la disolución de la frontera que separaba injusto y culpabilidad debía conducir a la concepción de la Escuela de Kiel en materia de delitos de traición a resultados cuando menos sorprendentes, como, por ejemplo, calificar no sólo como impune, sino como altamente honroso el comportamiento de un extranjero o un judío que revela documentos secretos alemanes. No obstante, la Escuela de Kiel no admitió la impunidad de estos supuestos, y reclamó para ellos la misma pena —la de muerte— que para aquéllos en que el comportamiento era realizado por un alemán. La diferencia entre la revelación del extranjero y el judío, por una parte, y la del alemán, por otra, debía verse en que mientras que este último cometía un delito de traición, el extranjero y el judío debían ser castigados por un delito común.<sup>338</sup>

No obstante, para la dirección de Kiel esta distinción no tuvo consecuencias prácticas. En efecto, aunque se afirmaba que sólo el ciudadano alemán podía infringir e infringía el deber de fidelidad al pueblo alemán, por lo que ni el extranjero ni el judío podían incurrir en dicha infracción, lo cierto era, sin embargo, que en el StGB nacionalsocialista, unos y otros recibían la misma pena. Desde el punto de vista de la infracción del deber de fidelidad al pueblo alemán, la referida equiparación penológica entre unos y otros resultaba, sin embargo, difícilmente explicable. Una tal equiparación sólo podía fundamentarse razonablemente a partir de una concepción del Derecho penal vinculada a la idea de bien jurídico. En efecto, si el legislador nacionalsocialista decidió disponer la misma consecuencia jurídica para conductas que presentan contenidos completamente dispares en términos de infracción de deber de fidelidad al pueblo alemán, ello bien pudo significar que, en realidad, también en los delitos de traición, la lesión

337. *Vid.*, por todos, MIR PUIG, S., *PG*, 7ª ed., 5/9 ss. y 5/26 ss.

338. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 51.

o puesta en peligro del bien jurídico —el bien (*das Wohl*) del Reich— era, como mínimo, tan relevante como la infracción del deber de lealtad al pueblo alemán. En efecto, el peligro para el bien del Reich, esto es, la puesta en peligro del bien jurídico, era exactamente la misma en todos los supuestos, con independencia de que se diera o no la infracción del deber de fidelidad. El contenido de injusto de los todos los supuestos era, en suma, el mismo.

Esta opinión fue defendida en Alemania por SCHWINGE / ZIMMERL. Para estos autores, la diferencia entre los comportamientos que ponían en peligro el bien del *Reich* con infracción del deber de fidelidad al pueblo alemán, esto es, los comportamientos realizados por alemanes) y los que no implican una tal infidelidad, es decir, los que tienen como autores a los extranjeros y los alemanes, no residía en el injusto, sino en la culpabilidad. No se trataba, por tanto, de una cuestión referida a la valoración negativa del *hecho*, sino al reproche que merecía su *autor*. En opinión de aquellos autores, en los casos en que el sujeto activo consistía en un extranjero o en un judío, la culpabilidad venía integrada por el dolo entendido como conocimiento de la realización de los elementos del tipo de injusto y de su antijuricidad. En los supuestos que el autor era un alemán, la culpabilidad del sujeto añadía a los elementos anteriores uno nuevo: la infracción del deber de fidelidad al pueblo alemán. La adición al dolo típico y conocimiento de la antijuricidad de la infracción del referido deber provocaba un incremento del contenido de culpabilidad y convertía la conducta del autor un comportamiento personalmente más reprochable. Pero si la conducta del alemán tenía mayor contenido de culpabilidad, ¿por qué los extranjeros y los judíos recibían la misma pena? En opinión de SCHWINGE / ZIMMERL, la respuesta a esta pregunta se encontraba en el siguiente argumento: debido a la especial relevancia del bien jurídico en juego (el bien del *Reich*), el simple hecho de su lesión representaba un contenido de injusto de tal importancia que compensa-

ba por sí solo el posible desequilibrio de culpabilidad que pudiera existir entre alemanes y no alemanes.<sup>339</sup>

El planteamiento de SCHWINGE / ZIMMERL tuvo, principalmente, dos aspectos positivos: contempló el elemento de la infracción del deber de fidelidad como un elemento de naturaleza predominantemente personal, más vinculado al autor que al hecho; y, al distinguir entre injusto y culpabilidad, permitió reconocer idéntico grado de importancia a los dos aspectos más importantes del delito: el objetivo, correspondiente al daño que el delito ha causado a la comunidad, o “dañosidad social”; y el subjetivo, relativo a la personalidad del sujeto que ha producido ese daño.<sup>340</sup> De este modo, SCHWINGE / ZIMMERL evitaron caer en un Derecho penal nacionalsocialista abocado unilateralmente a la idea de traición al pueblo defendida por la Escuela de Kiel.

No obstante, frente a la concepción defendida por estos dos autores también pueden ser formuladas serias objeciones. En mi opinión, las principales son tres. Por una parte, la concepción de estos dos autores nunca tuvo la voluntad de erigirse en una auténtica oposición a la Escuela de Kiel, sino que, al contrario, llegó a conclusiones muy parecidas a las alcanzadas por ésta dirección a partir de un punto de partida distinto: la idea de bien jurídico y del delito como su lesión o puesta en peligro. Pese a lo generalizada que se encuentra la idea de que las ideas de SCHWINGE / ZIMMERL cumplieron una función de resistencia frente al avance del Derecho penal nacionalsocialista, la máxima preocupación de estos dos autores tuvo por objeto la salvaguarda de la idea de bien jurídico, presentándolo ante el régimen nazi como un concepto perfectamente válido para el “nuevo” Derecho penal de autor. Por otra parte, que el elemento de la infracción del deber de fidelidad constituyese un elemento perteneciente al aspecto personal del delito, esto es, a su autor, no significa que deba consistir, necesariamente, en un elemento de la culpabilidad. También pueden

339. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 51.

340. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 59.

existir elementos de naturaleza personal en el injusto.<sup>341</sup> Con todo, este equívoco no sólo se encuentra presente en la concepción de SCHWINGE / ZIMMERL, sino que constituye un rasgo característico del concepto neokantiano o neoclásico de delito que, al igual que otros autores, SCHWINGE / ZIMMERL defendían. En efecto, la posición de SCHWINGE / ZIMMERL descansó sobre una concepción del delito de base causalista, hoy ya superada, que bloqueó la llegada a la teoría del delito de la concepción personal del injusto hasta los años 50 del siglo XX. Así, en 1937, año de publicación de *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken*, SCHWINGE / ZIMMERL no contemplaban al dolo y la imprudencia como elementos del tipo subjetivo, sino como formas de la culpabilidad como parte subjetiva del delito, como “juicio de reproche normativo al autor del delito”. Con la llegada del finalismo, el dolo referido a los elementos objetivos del tipo pasó a integrar la parte subjetiva del tipo de injusto, permaneciendo en la culpabilidad el conocimiento de la antijuricidad. Y, en tercer lugar, debe apuntarse que el mayor contenido de culpabilidad del sujeto como consecuencia de la infracción del deber de fidelidad ni siquiera encajaba por completo con el concepto neoclásico de culpabilidad defendido por SCHWINGE / ZIMMERL. De acuerdo con este concepto, la culpabilidad debía ser entendida como “reprochabilidad por la voluntad defectuosa”, y debía estar integrada por tres elementos: la imputabilidad como capacidad de culpabilidad; el dolo o culpa como voluntad defectuosa; y la ausencia de causas de exculpación. Pues bien: no era correcto afirmar que la infracción del deber de fidelidad daba lugar a un aumento de la culpabilidad del sujeto, porque tampoco podía decirse que con la referida deslealtad se vieran incrementado el dolo o la culpa como formas de la voluntad defectuosa como elemento fundamentador de la culpabilidad. En efecto, puesto que tanto el dolo como la culpa iban referidos a los elementos

341. Sobre la teoría del injusto personal *vid.*, entre otros, los trabajos de MAIHOFER, W., “Der Unrechtsvorwurf. Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre”, *FS-Rittler*, 1957, pp. 141 ss.; RUDOLPHI, H.J., “Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre”, en *FS-Maurach*, 1972, pp. 51 ss.

del tipo, no era posible un aumento del contenido de dolo o la culpa sin un correspondiente aumento del contenido del tipo de injusto. Pero SCHWINGE / ZIMMERL dejaron claro que el contenido del tipo de injusto en todo caso venía determinado exclusivamente por la lesión del bien jurídico, sin dejar espacio alguno en el mismo para la idea de la infracción del deber de fidelidad. Desde el punto de vista del concepto neoclásico de delito, el único modo de haber fundamentado la inclusión de la infidelidad al pueblo alemán en la culpabilidad habría consistido en entender que el dolo y la culpa no son las dos únicas formas que puede adoptar una voluntad defectuosa, sino que son posibles otras modalidades. Entre ellas se encontraría la infracción de deberes de fidelidad. Esta última forma de voluntad defectuosa sería compatible con la representada por el dolo o la culpa. De este modo, sería posible, por ejemplo que un sujeto lesionara dolosamente el bien jurídico infringiendo su deber de fidelidad a la patria. Pues bien: dada la acumulación de formas de voluntad defectuosa presente en el sujeto de este último supuesto, el juicio de reproche que cabría formular contra el mismo daría como resultado un contenido de culpabilidad mayor que el que correspondería al sujeto que hubiese actuado simplemente con dolo. Se trataría de algo así como una responsabilidad añadida por razón de una especial “actitud interna”. Sin embargo, esta segunda fundamentación tampoco puede ser admitida, ya que representaría una forma de responsabilidad por el carácter o la voluntad. Las dificultades de SCHWINGE / ZIMMERL para ubicar el elemento de la infracción del deber de fidelidad al pueblo alemán tanto en el injusto como en la culpabilidad son una consecuencia del carácter ambivalente del concepto neoclásico de delito. El concepto neoclásico o neokantiano de delito representó el descubrimiento para el delito de sus dimensiones de *valor* y de *sentido*, trayendo consigo una depuración metodológica de la concepción causalista de delito. La dirección neokantiana introdujo en el Derecho penal, en efecto, la idea de valoración negativa y de reproche, de modo que la antijuricidad devino un “juicio de desvalor sobre el hecho” y la culpabilidad “reprochabilidad por la voluntad defectuosa”. Pero también se mantuvo fiel, en cambio, al esquema causalista que dividía el deli-

to en una parte objetiva (hecho antijurídico) y una parte subjetiva (culpabilidad del autor), a la exclusividad de la lesión del bien jurídico como contenido de la antijuricidad y a la ubicación del dolo y la culpa en la culpabilidad.<sup>342</sup>

C) Acerca de la teoría de la “culpabilidad por la conducción de vida” de Mezger

De acuerdo con la teoría de la “culpabilidad por la conducción de vida” de MEZGER, en determinados delitos, la culpabilidad consistiría en un juicio de reproche dividido en dos partes: un reproche por el acto concreto, por el hecho aislado que ha cometido; y un reproche por su conducción de vida, que le ha hecho degenerar, que abarca, en realidad, toda su personalidad, que tiene por objeto aquello en lo que se ha convertido como consecuencia de haber llevado una vida “equivocada”.<sup>343</sup> En la medida en que el “modo de vida equivocado” se revelaría a partir de la constatación de un acto concreto indiciario, el reproche de este último debería constituir, según esta concepción, un presupuesto mismo de la culpabilidad por la vida.<sup>344</sup> Durante la etapa nacionalsocialista, la teoría de la “culpabilidad por la conducción de vida” de MEZGER recibió el apoyo, con algunos matices, de otros autores como BOCKELMANN<sup>345</sup> y ENGISCH.<sup>346</sup>

Según BOCKELMANN, “sólo cuando la pena estatal recae no sobre *lo que empieza a hacer*, sino sobre *lo que es* el autor, en-

342. Sobre la naturaleza híbrida del concepto neoclásico de delito, y más concretamente del carácter mixto de sí concepto de culpabilidad, vid., por todos, MIR PUIG, S., *Introducción a las bases*, 1976, pp. 241 ss.; EL MISMO, *PG*, 7ª ed., 2004, 6/13 y 20/12 ss.

343. Según MEZGER, recuérdese, “la culpabilidad penal del autor no sólo consiste en la culpabilidad por el hecho concreto, sino también la culpabilidad por la conducción de toda su vida que le ha hecho degenerar”. Vid. MEZGER, E., *ZStW* 57 (1938), pp. 688 s. Sobre esto vid. ROXIN, C., *PG*, I, 1997, § 6/9.

344. MAURACH, R., *PG*, I, 1962, pp. 293 s.

345. BOCKELMANN, P., *Studien zum Täterstrafrecht* (2), 1940, pp. 145 ss.

346. ENGISCH, K., “Zur idee der Täterschuld”, *ZStW* 61 (1942), pp. 171 y 174.

tonces es una auténtica pena por el autor”.<sup>347</sup> BOCKELMANN afirmó que al autor sólo se le podría hacer responsable de aquello que fuera el resultado de una decisión propia. El concepto de culpabilidad presuponía para BOCKELMANN, por ello, una decisión del sujeto. De este modo, sólo tendría sentido convertir al autor en culpable por una conducción incorrecta de la vida en la medida en que ésta pueda ser reconducida a una “decisión incorrecta sobre la vida”. La teoría de la decisión equivocada sobre la vida de BOCKELMANN, que ya había sido defendida en similares términos por MEZGER,<sup>348</sup> descansó sobre una concepción de la culpabilidad del autor como responsabilidad por un paulatino o súbito estado de corrupción del sujeto derivado de su responsabilidad por una acción concreta. Testimonio de esta concepción son algunas de las afirmaciones vertidas por BOCKELMANN en torno a esta materia: “la responsabilidad por el estado debe poder ser extraída de una responsabilidad por la acción, de lo contrario es injusta”,<sup>349</sup> “sobre la base del ser humano tan solo puede formularse un reproche cuando este ser es la consecuencia de un hacer”,<sup>350</sup> o “la culpabilidad no es lo que le falta al autor, sino únicamente lo que permite que le falte. De este axioma no cabe apartarse”.<sup>351</sup>

Frente a MEZGER y BOCKELMANN, ENGISCH se mostró partidario de entender que sólo cabe hablar de auténtica “culpabilidad del autor” allí donde al autor se le imputa su carácter, su personalidad misma y no la decisión equivocada sobre la vida.<sup>352</sup> En palabras de ENGISCH, si un sujeto ha puesto manifiesto con ciertas acciones o con un determinado comportamiento un carácter malvado, veleidoso o desordenado, debe responder y expiar por ese carácter, sin que importe cómo ha llegado a ese carácter, con tal de que sea “persona” —esto es,

347. BOCKELMANN, P., *Studien zum Täterstrafrecht* (2), 1940, pp. 145 ss. (curativa añadida).

348. MEZGER, E., *ZStW* 57 (1938), p. 689.

349. BOCKELMANN, P., *Studien zum Täterstrafrecht* (2), 1940, p. 144.

350. BOCKELMANN, P., *Studien zum Täterstrafrecht* (2), 1940, p. 147.

351. BOCKELMANN, P., *Studien zum Täterstrafrecht* (2), 1940, p. 151.

352. ENGISCH, K., *ZStW* 61 (1942), p. 171.

que no se trate de un enfermo mental o de un inmaduro— y que haya actuado como tal —es decir, sin encontrarse en una situación de perturbación de la conciencia, etc. A juicio de Engisch, también éste es el razonamiento que se encuentra en la base de la determinación del límite de imputabilidad presente tanto en el Código penal como de la Ley de tribunales de jóvenes alemanes.<sup>353</sup>

Sin embargo, las tesis de MEZGER, BOCKELMANN y ENGISCH nunca llegaron a ser admitidas pacíficamente por la doctrina. Este rechazo se fundamentó, sobre todo, en dos motivos. En primer lugar, un sector de la doctrina mostró serias dudas sobre si realmente cabe hacer depender la pena de la pertenencia del delincuente a un determinado tipo de autor en algunos delitos (por ejemplo, los de traición al Estado o infracción de un deber), y defender, al mismo tiempo, la idea de la culpabilidad por el hecho como fundamento de la pena para los restantes tipos.<sup>354</sup> En segundo lugar, contra la teoría de la culpabilidad por la conducción de vida de Mezger, Bockelmann y Engisch se ha objetado que no siempre cabe convertir al sujeto en culpable de su modo de vida “equivocado”, ya que “es casi imposible separar culpabilidad y destino (no provocado culpablemente) en la evolución de un ser humano”.<sup>355</sup> No en vano, la doctrina absolutamente dominante ha rechazado y sigue rechazando en la actualidad las teorías de la culpabilidad del autor (*Täterschuld*) defendidas desde el Derecho penal nacionalsocialista alemán, entre las que se encuentran, recordemos, la teoría de la “culpabilidad por la conducción de la vida” de MEZGER, el planteamiento que parte de la “culpabilidad por la decisión sobre la vida”, defendido por BOCKELMANN, y, por último, la teoría de la culpabilidad por el carácter de ENGISCH. El motivo de este rechazo debe verse en la idea de que toda concepción que sobrepase el principio de responsabilidad por el hecho concreto debe ser calificado como De-

353. ENGISCH, K., ZStW 61 (1942), p. 174.

354. ROXIN, C., *PG*, I, 1997, § 6/9.

355. ROXIN, C., *PG*, I, 1997, § 6/9.

recho penal de autor,<sup>356</sup> y atenta, por ello, contra uno de los principios fundamentales del Estado democrático de Derecho: el principio de culpabilidad.<sup>357</sup>

### 3. Sobre la definición nacionalsocialista de delito como infracción de un deber

1. Como ya se apuntó supra, el concepto de bien jurídico era incapaz, según la doctrina nacionalsocialista, de explicar de modo satisfactorio la esencia del delito. Esta inidoneidad resultaría especialmente evidente, a juicio de la dirección de Kiel, en el caso de los delitos especiales, los militares, los de medios determinados y aquéllos caracterizados por la presencia de elementos subjetivos del tipo. Con respecto a las dos primeras clases de delitos, puesto que en ellas los bienes jurídicos en juego estarían protegidos por el correspondiente tipo básico, el delito especial y el delito militar solo podrían explicarse a partir de la idea de que mediante su tipificación, el legislador habría pretendido castigar con pena no la lesión de un bien jurídico, sino la infracción del deber especial que recae, por ejemplo, sobre el funcionario público o el soldado.<sup>358</sup> Por lo que respecta a los delitos de medios determinados y los delitos con elementos subjetivos del tipo, la exigencia legal de que la conducta típica se ejecute de un modo determinado, o de que vaya acompañada de un determinado elemento subjetivo distinto del dolo (por ejemplo, el ánimo de enriquecimien-

356. ZAFFARONI, E.R., *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 1086, quien describe la concepción de MEZGER del modo siguiente: “su tesis de la culpabilidad por la conducción de la vida es una clara manifestación de derecho penal de autor: quien se conduce como un enemigo va reduciendo su ámbito de decisión y, por ende, su delito; si bien no es reprochable *in acto*, lo fue *in causa*, por lo cual corresponde reprocharle todas las elecciones de su existencia que culminen en ese acto. No reprocha el ilícito, sino la construcción de la personalidad que ese ilícito expresa, en forma de una *actio libera in causa* existencial. De allí que con coherencia afirme que cuanto más extraño sea un acto para la personalidad del agente, menos reprochable resulta y viceversa”.

357. MIR PUIG, S., *PG*, 7ª ed., 2004, 4/63 y 68. Atribuye el referido rechazo, en cambio, a razones propias del Estado de derecho ROXIN, C., *PG*, I, 1997, § 6/9.

358. MARXEN, K., *Der Kampf*, 1975, p. 185.

to en determinados delitos contra el patrimonio) demostraría, desde la perspectiva de la doctrina nacionalista, que en el punto de mira de la ley no estaría únicamente la lesión de un bien jurídico.<sup>359</sup> Desde la nueva perspectiva nacionalsocialista, el concepto de bien jurídico únicamente podía encajar en una concepción del Derecho penal anclada en el causalismo y en el formalismo. Sin embargo, como ya ha sido apuntado, el Derecho penal nacionalsocialista apostó por superar esta contemplación del delito causalista y formalista por otra de corte más subjetivista y normativista. Desde esta nueva perspectiva, cobraban especial importancia elementos “personales” referidos al autor como, por ejemplo, su “voluntad” (*Willen*), su “actitud interna” (*Gesinnung*), su “forma de ser” o su “carácter”. No obstante, de todos estos elementos personales del delito, el elemento que tomó decididamente el relevo del bien jurídico como elemento esencial del hecho delictivo fue el elemento “infracción del deber”; o más concretamente; el elemento “infracción del deber ético de guardar fidelidad a la comunidad popular”.<sup>360</sup>

2. Sin embargo, un análisis de este elemento normativo pone de manifiesto que no resulta en absoluto defendible un modelo de Derecho penal que sustituya el elemento “lesión o puesta en peligro de un bien jurídico” por el elemento “infracción de un norma” o “infracción de un deber”. No en vano, algunos de los más destacados defensores del Derecho penal nacionalsocialista ya pusieron en tela de juicio el modelo de Derecho penal que acaba de ser referido. Este fue el caso, por ejemplo, de SCHAFFSTEIN, GALLAS, WOLF y KLEE. Estos autores reconocieron que no era correcto eliminar por completo la idea de “lesión o puesta en peligro de bien jurídico” y sustituirla sin más por la de “infracción del deber”, ya que ello habría supuesto incurrir en el mismo error cometido por la doctrina del bien jurídico: su unilateralidad. Es decir, pretender erigirse en elemento explicativo de la esencia de todo delito. Desde la perspectiva na-

359. MARXEN, K., *Der Kampf*, 1975, p. 198.

360. Críticamente MAURACH, R., “Handlungspflicht und Pflichtverletzung im Strafrecht”, DSt. 1936, pp. 113 ss.

cionalsocialista, la tesis según la cual el contenido del concepto de delito se agotaría con la lesión de un bien jurídico era incorrecta, por tratarse del correlato del dogma causal en la teoría de la antijuricidad.<sup>361</sup> Sin embargo, los mencionados autores no articularon el referido rechazo de la exclusividad del elemento “infracción del deber” del mismo modo.

Así, SCHAFFSTEIN y GALLAS entendieron que todo delito se encontraba integrado, en mayor o menor medida, por cuatro elementos: “expresión de la actitud interna”, “traición”, “infracción del deber” y “lesión del bien jurídico”. Según estos dos autores, debía dejar de ponerse el acento en el primer aspecto y ponerse en el segundo.<sup>362</sup> A esta tesis se opusieron Erik

361. SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, 1962, p. 83.

362. SCHAFFSTEIN, F., *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, 1935, pp. 8 s.; el mismo, *DSt* 937, pp. 336 s. y 340 s.; GALLAS, W., *FS-Gleispach*, 1936, p. 53. Sobre este cambio de acento SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, 1962, p. 82. No obstante, es discutible que SCHAFFSTEIN y GALLAS consiguieran operar este cambio de acento efectivamente. En opinión de SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 54. la teoría de la infracción del deber de fidelidad de aquellos dos autores no se limitó a ser un mero complemento de la teoría de la lesión del bien jurídico. Antes al contrario, la referencia a la infracción del deber sirvió para sustituir el elemento “bien jurídico”. Según SCHWINGE / ZIMMERL, al proceder a la sustitución del elemento “bien jurídico” por el elemento “infracción del deber”, la concepción del Derecho penal defendida por la dirección de Kiel incurrió precisamente en el mismo error que atribuyeron a los conceptos clásico y neoclásico de delito: su excesiva unilateralidad. No era posible, a juicio de SCHWINGE / ZIMMERL, explicar todos los delitos en clave de “infracción del deber”: *vid.* SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 54. También se muestran escépticos acerca de que la concepción de la Escuela de Kiel se limitará a redistribuir el peso de los elementos “lesión de un bien jurídico” e “infracción de un deber” en el marco del concepto de delito, creyendo, en cambio, que aquella iba más allá, reconociendo una preponderancia casi absoluta al elemento de la infracción de un deber KLEE, K., *DSt* 1936, pp. 1 ss.; MAURACH, R., *DSt* 1936, pp. 113 ss. Volviendo a SCHWINGE / ZIMMERL, estos autores defendieron la tesis de que la unilateralidad del Derecho penal de la dirección de Kiel tuvo consecuencias particularmente insatisfactorias en relación con determinadas clases de delitos. Se trata de los “delitos entre camaradas” (*Kameradschaftsdelikte*) y los delitos militares. Así, por ejemplo, el “hurto entre camaradas” (*Kameradschaftsdiebstahl*) no podía ser considerado un hurto agravado, sino que el aprovechamiento de la confianza depositada haría que dejase de ser un hurto para convertirse en un delito cualitativamente distinto: un delito de “traición”. En un tal delito también podía participar un sujeto

WOLF y Karl KLEE. En opinión de WOLF, la referencia a los elementos “expresión de la actitud interna”, “traición”, “infracción del deber” y “lesión del bien jurídico” podría servir para aprehender la esencia de algunas clases de tipos, pero nunca para elaborar un concepto general de delito. Así, por ejemplo, ni toda acción punible consiste para WOLF en la infracción de un deber en el sentido en que SCHAFFSTEIN y GALLAS emplean esta expresión, ni, por el contrario, toda infracción de un deber constituye delito. En opinión de WOLF, lo primero se demuestra comprobando que en todo delito se responde también, o incluso exclusivamente, por la producción de un resultado. Un ejemplo de que no toda infracción de un deber debe ser considerada delito se encuentra, por su parte, en la infracción de

---

ajeno a la relación de confianza existente entre el autor y la víctima. Lo mismo ocurría con los delitos militares. En efecto, también una persona civil podía inducir o ayudar a un soldado a la infracción del deber militar. Así las cosas, si se afirmaba, como hacían los autores de Kiel, que en estas dos clases de delitos el injusto y la culpabilidad encontraban su único fundamento en la infracción del deber personal de fidelidad, y no, en cambio, en la lesión de un bien jurídico, era obligado llegar a la siguiente conclusión: el sujeto que se hallaba fuera de esta relación de fidelidad no podía ser castigado ni como autor ni como partícipe. En efecto, puesto que el partícipe no se encontraba en la situación de deber personal del autor, su conducta carecía de todo contenido de injusto y de culpabilidad. Sin embargo, la solución de la impunidad del partícipe ajeno a la relación de confianza existente entre autor y partícipe, o del civil que participa en un delito militar resulta, sin embargo, completamente insatisfactoria. Constituye, de hecho, una solución que apenas sí ha encontrado apoyo doctrinal a lo largo de la historia de la teoría jurídica del delito. Si se defendía que tanto en los “delitos entre camaradas” como en los delitos militares el fundamento del juicio de antijuricidad y culpabilidad consistía en la lesión del bien jurídico, entonces quedaba claro que también la participación del extraneus debía ser antijurídica y punible. De acuerdo con este planteamiento, podía discutirse si el *extraneus* merecía o no la misma pena que el intraneus; pero ya no el hecho de su punibilidad. De esta opinión SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *op.cit.*, 1937, p. 54. Sobre el criterio del tipo de autor como posible indicador de sustantividad del delito *vid.* BOLDOVA PASAMAR, M.A., *La comunicabilidad de las circunstancias*, 1995, p. 292; en relación con la discusión sobre la sustantividad del delito de asesinato respecto del homicidio *vid.* GRACIA MARTÍN, L., en Díez RIPOLLÉS, J.L. / GRACIA MARTÍN, L. (coords.), *Comentarios, PE*, 1997, p. 32; BAJO FERNÁNDEZ, M., *PE*, I, 3ª ed., 1989, p. 32; en relación con la sustantividad del antiguo delito de parricidio COBO DEL ROSAL, M. / CARBONELL MATEU, J.C., *PE*, 3ª ed., 1990, p. 520.

simples deberes religiosos.<sup>363</sup> En cuanto a KLEE, este autor se opuso al modo en que la Escuela de Kiel configuró la relación existente entre la lesión del bien jurídico y la infracción de un deber como los dos elementos centrales del delito. Así, mientras que para la primera el elemento principal era el segundo, ocupando el primero una posición meramente complementaria, Klee defendió la tesis opuesta, argumentando que sin la lesión de un bien jurídico o de un valor jurídicamente protegido determinado, la infracción de un deber era una abstracción sin referencia alguna a una realidad concreta, era como un castillo en el aire.<sup>364</sup>

Según la dirección de Kiel, no sólo los delitos de traición consistían en la infracción del deber de fidelidad con el pueblo alemán. En el Derecho penal nacionalsocialista, la comisión de cualquier delito era contemplada como una infracción del deber de fidelidad al pueblo alemán, como una lesión del honor del Estado. De este modo, la traición al pueblo alemán constituía un elemento común a todo delito.<sup>365</sup> Sin embargo, esta contemplación del delito reconocía al elemento correspondiente a lo comunitario, a lo supraindividual, a lo popular una importancia excesiva, exaltando este componente colectivo hasta el paroxismo. También este extremo fue puesto de manifiesto incluso por un autor decididamente militante del nacionalsocialismo extremo como Erik WOLF. En opinión de este autor, la identificación entre delito y traición no era correcta, porque ni toda traición es un delito, ni todo delito debe ser entendido como una traición. La tesis de WOLF debe ser compartida. La corrección de la primera parte de la misma se deduce de un ejemplo propuesto por el propio WOLF: “Quien es infiel a su novia es, sin lugar a dudas, una persona sin ho-

363. WOLF, E, *ZakDR* 1936, p. 359.

364. KLEE, K., *DSt.* 1936, p. 2.

365. FRANK, H., *DSt.* 1937, p. 267. Sobre este particular, en relación con el pensamiento extremo de Roland FREISLER, *vid.* CATTANEO, M.A., *LH-Barbero Santos*, 2001, p. 151.

nor que no ha satisfecho las expectativas del pueblo, pero no puede ser castigado con pena”.<sup>366</sup>

4. Que no cabe contemplar todo delito como una traición es una evidencia que no puede plantear ni la más mínima duda desde una perspectiva actual. La consideración de todo delito como traición al pueblo descansaba sobre una premisa completamente equivocada: el autor de un delito se encuentra sometido a una especie de deber de fidelidad frente a la comunidad. Sin embargo, ello es incorrecto en un doble sentido.

4.1. En primer lugar, no es cierto que todos los delitos se fundamenten en la infracción de un supuesto deber de fidelidad que recae sobre el sujeto activo. Es verdad que ello ocurre en relación con algunos delitos, tales como el delito de revelación de secreto profesional (art. 199 CP y § 203 StGB) o el delito de administración desleal (art. 295 CP y § 266 StGB). Pero resultaría ilógico, por ejemplo, explicar el delito de homicidio como una traición a la comunidad consistente en la infracción de un supuesto deber de fidelidad al pueblo que impondría la prohibición de matar a otro. Parece evidente que el aspecto predominante del delito de homicidio no reside en la infracción del deber de fidelidad frente a la comunidad, sino en el atentado contra la vida de otro. La esencia del injusto del homicidio no consiste, por tanto, en la lesión de un interés supraindividual, la fidelidad a la comunidad, sino en la lesión de un interés individual: la vida de otra persona.

Pero es que, además, tampoco cabe calificar el deber de fidelidad cuya infracción sirve para describir al menos una parte del injusto de los delitos de los arts. 199 y 295 del CP 1995 como un deber de fidelidad a la comunidad. Ello obedece a que, en estos delitos, el sujeto activo no estaría obligado, en realidad, frente a toda la colectividad, sino sólo ante determinadas personas. Así, por ejemplo, el médico, al asumir como uno de sus deberes profesionales el de no revelar datos correspondientes a la vida personal de uno de sus pacientes no asume, en realidad, un deber de fidelidad frente a la colectividad,

366. WOLF, E, *ZakDR* 1936, p. 359. En un sentido parecido KLEE, K., *DSt.* 1936, pp. 5 ss.

sino únicamente frente a cada uno de sus pacientes. Lo mismo ocurre en el delito de administración desleal previsto en el art. 295 CP. El deber de administrar correctamente el patrimonio de una sociedad que recae sobre el administrador, de hecho o de derecho, o los socios de una sociedad no consiste en un deber frente a la colectividad, sino en un deber exclusivamente frente a la correspondiente sociedad.

4.2. Por otra parte, aunque ello pueda parecer ocioso, es preciso recordar que no todos los delitos consisten, como los delitos contra el medio ambiente, la salud pública, o el correcto funcionamiento de la Administración Pública o de Justicia, en la lesión o puesta en peligro de intereses de orden supraindividual. Algunos delitos, como, por ejemplo, los delitos contra el honor, consisten en intereses de naturaleza exclusivamente privada.

En efecto, el CP español considera a los delitos contra el honor delitos privados, porque, según lo dispuesto en el art. 210 CP, “nadie podrá ser penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. Bastará la denuncia cuando la ofensa se dirija contra el funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo”. Salta a la vista que resultaría imposible aprehender la esencia de los delitos contra el honor, que se caracterizan precisamente por no ser ni siquiera susceptibles de ser perseguidos de oficio, concibiéndolos como meros delitos de traición contra la comunidad. En un Estado social y democrático de derecho, el Estado no sólo está legitimado para intervenir penalmente cuando una conducta atente de modo directo contra intereses de titularidad colectiva,<sup>367</sup> sino siempre que una conducta constituya un ataque peligroso contra un bien jurídico-penal. Todos los ataques más peligrosos contra bienes jurídicos son socialmente dañinos, y representan, directa o indirectamente, un daño para la colectividad.<sup>368</sup> La posibilidad de afirmar la existencia de bienes jurídicos y de delitos privados no sig-

367. ZIMMERL, L., *Aufbau des Strafrechtssystems*, 1930, pp. 44 s.

368. ZIMMERL, L., *Aufbau des Strafrechtssystems*, 1930, pp. 34 ss.

nifica que en estos casos el Derecho penal abandone su carácter de Derecho público. El Derecho penal no es derecho público porque los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro por la conducta delictiva sean de naturaleza pública o posean un interés que trascienda del estrictamente individual. El fundamento de que las normas de Derecho penal tengan naturaleza pública se encuentra en que es el Estado, y no los particulares, quien ostenta el monopolio del derecho a castigar con penas (*ius puniendi*) las conductas cometidas por aquéllos que tengan carácter delictivo. Y es evidente que ello no es distinto en el caso de los delitos contra el honor.<sup>369</sup>

5. En la actualidad, la tesis de que un comportamiento no sería penalmente antijurídico por ser “socialmente dañoso” (*sozialschädlich*), sino por ser “contrario al deber” (*pflichtwidrig*), o mejor, “contrario a la norma” (*normwidrig*) que impone dicho deber, ha encontrado acogida, en mayor o menor medida, viene siendo recuperada por alguna concepción dogmática actual. La más importante de ellas es, por la repercusión que ha alcanzado y la enorme controversia que viene generando tanto en su propio país de origen, Alemania, como fuera del mismo, en especial en el ámbito latinoamericano, es la concepción del delito como “quebrantamiento de la vigencia de la norma” defendida por Günther JAKOBS. No es éste, sin embargo, el momento de someter a valoración crítica la formulación de JAKOBS. Este propósito queda reservado para el Capítulo siguiente, en el que me ocuparé de la distinción entre “Derecho penal del ciudadano” y “Derecho penal del enemigo” operada por este autor.

#### *4. Sobre la teoría nacionalsocialista de los tipos de autor. Al mismo tiempo, algunas consideraciones metodológicas sobre si el derecho penal nacionalsocialista fue, o no, positivista*

1. A pesar de la intervención de MEZGER en el Proyecto sobre “extraños a la comunidad” de 1944, y de la indudable influencia que ejerció sobre ella la Criminología de base biológico-cri-

369. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación*, 1992, p. 276.

minal de Exner,<sup>370</sup> creo que no puede afirmarse razonablemente que las teorías de los tipos de autor defendidas en Alemania durante el período inmediatamente anterior al inicio del régimen nacionalsocialista por Erik WOLF y las propuestas, ya bajo la cobertura del Derecho penal nazi, por SCHAFFSTEIN, GALLAS, MAYER, MEZGER y DAHM, fueran, simplemente, el resultado del análisis empírico-psicológico o empírico-sociológico del delincuente; esto es, de la Criminología.<sup>371</sup>

2. En efecto, aquellas teorías consistieron en un producto derivado de un juicio ético, normativo o deontológico, realizado de acuerdo con los valores imperantes del régimen nacionalsocialista, que recayó sobre el sujeto activo de la conducta. Puede decirse, por ello, que las teorías de los tipos de autor de la Alemania nacionalsocialista no constituyeron teorías criminológicas de los tipos de autor, sino teorías de naturaleza normativa. O que si aquellas teorías fueron el resultado de estudios criminológicos, éstos se encontraban prácticamente desprovistos de su sentido empírico-descriptivo.<sup>372</sup>

370. MUÑOZ CONDE, F., Apéndice a *Edmund Mezger*, 2ª ed., 2001, pp. 97 ss.; EL MISMO, Rev. DP 2001.1, pp. 665 ss.; EL MISMO, Anexo a *Edmund Mezger*, 2ª ed., 2001, pp. 146 ss.; EL MISMO, Rev. P 2002 (9), pp. 49 s.

371. En mi opinión, el análisis crítico de la teoría nacionalsocialista de los tipos de autor debe considerar que no todos los autores que la defendieron ostentaron idéntico grado de militancia en el Derecho penal nazi de la época. Como señala MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger*, 2ª ed., 2001, pp. 78 ss. es obligado separar entre los penalistas nacionalsocialistas aquéllos que encabezaron el Derecho penal nazi de los que simplemente no se resistieron, formando parte de una “mayoría silenciosa”. Según mi parecer, de los penalistas citados en el presente trabajo quizá quepa incluir en el primer grupo a Friedrich SCHAFFSTEIN y Georg DAHM como integrantes de la Escuela de Kiel, además de Erich WOLF y Roland FREISLER, a quien CATTANEO, M.A., *LH-Barbero Santos*, 2001, p. 149, califica como “el representante de mayor relieve de la doctrina penal nacionalsocialista”; y en el segundo a Wilhelm GALLAS, Hellmuth MAYER, Paul BOCKELMANN, Karl ENGISCH y Edmund MEZGER. Incluye a este último en el primer grupo de autores, en cambio, MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger*, 2ª ed., 2001, *passim*.

372. De esta opinión ROXIN, C., PG, I, 1997, § 6/11. En contra MAURACH, R., PG, I, 1962, p. 292. A juicio de este segundo autor, la distinción entre tipos criminológicos y tipos normativos de autor carece completamente de fundamento.

3. En mi opinión, uno de los más claros exponentes de esta tesis viene representado por la concepción defendida por Erik WOLF en *Das Wesen des Täters*. En la teoría de los tipos de autor de Wolf, la referencia constante a la personalidad del delincuente encubrió, en realidad, el carácter profundamente valorativo y ético de aquélla. En *Das Wesen des Täters*, WOLF puso de manifiesto que, en su opinión, uno de los principales errores cometidos por el positivismo naturalista consistió en pretender explicar satisfactoriamente la esencia del autor de un delito por medio de ciencias empíricas tales como la Antropología, la Biología o la Psicología criminales, por una parte, o la Sociología positivista, por otra, disciplinas todas ellas integrantes de la Criminología en sentido amplio como disciplina empírica de recogida. WOLF participó de la idea neokantiana de que se imponía despertar del sueño cientificista de la dirección moderna de VON LISZT que situaba al Derecho penal entre las ciencias naturales, para reconocerle el estatuto que en pureza le correspondía: el de ciencia cultural o valorativa. La aparición de este nuevo escenario filosófico legitimó a WOLF para sustituir el concepto positivista de autor por un concepto referido no tanto a hechos como a ideas y valores. En la concepción defendida por WOLF en *Das Wesen des Täters*, la persona sólo importaba como parte del mundo histórico, del mundo cultural, del mundo de los valores y las ideas, no como parte de la naturaleza. La personalidad del delincuente no le interesaba a WOLF como dato empírico de la realidad observable por la Criminología, sino como dato susceptible de valoración. No le importaba, por tanto, su dimensión de dato descriptible, sino como dato susceptible de comprensión. Uno de los más gráficos ejemplos de la completa desconexión de todo análisis empírico del delito y del delincuente que caracterizó a la teoría de los tipos de autor de WOLF fue la noción de fidelidad a la comunidad como una de las principales ideas del contexto cultural contemporáneo a *Das Wesen des Täters*. Según esta idea, todos los miembros de la comunidad jurídica nacían con una “actitud interna” (*Gesinnung*) de fidelidad al colectivo. Esta actitud interna era merecedora de una valoración positiva. Según WOLF, mediante la realización de ciertas conductas tipificadas en el StGB como delito o falta, algunos

individuos ponían de manifiesto, sin embargo, que su actitud interna se había corrompido. La actitud interna de fidelidad al colectivo habría dado paso a una actitud interna de infidelidad hacia aquél. Dicha corrupción de la actitud interna debía ser valorada negativamente. Esta confrontación de valores positivos y negativos, o, si se prefiere, la presencia en un sujeto de una actitud interna contraria a la idea de fidelidad a la comunidad merecía para WOLF, en suma, ser desvalorada. Como puede comprobarse, en la teoría de WOLF, la personalidad del delincuente no constituía, en definitiva, un producto empírico resultante de la investigación criminológica, sino, antes bien, el resultado de un juicio de naturaleza axiológica.

4. En la actual dogmática del Derecho penal, la concepción del Derecho penal de autor se encuentra —por fortuna— completamente superada. Podría decirse, en realidad, que el final de los días de la corriente de pensamiento promovida por la Escuela de Kiel llegó con la desaparición del régimen político en cuyo marco se desarrolló. El “Derecho penal de la voluntad” fue una concepción del Derecho penal circunscrita a la ideología y al Derecho positivo nacionalsocialistas del Tercer Reich alemán. En ocasiones se ha pretendido explicar la concepción del Derecho penal de la Escuela de Kiel como un fenómeno asentado sobre la base de fundamentos de naturaleza política, jurídica, filosófica, metodológica o sociológica. En mi opinión, ninguna de estas fundamentaciones puede llegar a explicar, ni siquiera mínimamente, el abominable Derecho penal de autor nacionalsocialista. En efecto, ni la Teoría política ni el Derecho ni la Filosofía ni la Metodología ni la Sociología pueden presentar a esta concepción del Derecho penal como una consecuencia de alguna de sus orientaciones.<sup>373</sup>

373. No en vano, ya la doctrina iusfilosófica alemana de posguerra presentó al nazismo como una suerte de “salto al vacío” científicamente inexplicable en el curso normal del devenir histórico. Esta tesis, que presentó al nazismo como fenómeno-ruptura de la racionalidad histórica, respondió al nombre de “teoría de la catástrofe”, y fue concebida con la finalidad de exculpar, en la medida de lo posible, a los jueces y juristas —la inmensa mayoría— que aplicaron el derecho nazi. *Vid.*, en este sentido, GARCÍA AMADO, J.A., “Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho”, AFD 1991, p. 340, nota 1.

5. En mi opinión, la auténtica pretensión de los intentos de fundamentar política, jurídica, filosófica, metodológica o sociológicamente el Derecho penal de la dirección de Kiel fue la de encubrir o justificar una única realidad: la concepción de la Escuela de Kiel fue un instrumento puesto al servicio de la legitimación del vergonzoso Derecho penal positivo del régimen nacionalsocialista. Suficientemente expresivas de lo que pretende significarse son las siguientes palabras de TAMMELO, citadas por GARCÍA AMADO: “Una objeción especialmente aguda contra las doctrinas iusfilosóficas radica en la afirmación de que la filosofía jurídica desempeñó el papel de una ramera, en cuanto que sirvió para encubrir la opresión, la degradación y hasta el asesinato en masa. Entre los filósofos del derecho ha habido contorsionistas que han plegado sus ideas al orden político del momento (...), a fin de prestarle una impronta filosófica”.<sup>374</sup>

6. Es cierto que la desaparición del Derecho positivo nacionalsocialista dejó sin objeto al Derecho penal de la voluntad.<sup>375</sup> Sin embargo, de ello no debe deducirse necesariamente que el método nacionalsocialista fuera el propio del positivismo jurídico formal. Como afirmaron Hellmuth MAYER<sup>376</sup> y Erik WOLF<sup>377</sup> desde las propias entrañas del nacionalsocialismo, y como recientemente han señalado autores como RÜTHERS / BIRK,<sup>378</sup> y GARCÍA AMADO,<sup>379</sup> el método de la Escuela de Kiel no solo no consistió en un método positivista jurídico formal, sino que, desde el mencionado punto de vista formal, supuso una apuesta convencida en favor de un antipositivismo radical.

Así, por ejemplo, en opinión de Erik WOLF, las dos partes integrantes del delito, el hecho delictivo y su autor, estaban integradas por elementos pertenecientes a tres distintos niveles: un nivel legal, un nivel judicial y un nivel relativo a la con-

374. GARCÍA AMADO, J.A., AFD 1991, p. 342.

375. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases*, 1976, p. 260.

376. MAYER, H., DSt. 1938, p. 77, nota 18.

377. WOLF, E., ZakDR 1936, p. 360.

378. RÜTHERS, B. / BIRK, A., *Rechtstheorie*, 2ª ed., 2005, p. 378.

379. GARCÍA AMADO, J.A., AFD 1991, pp. 347 s.

templación popular. Estas tres clases de elementos no se hallaban en una relación jerárquica, sino que interaccionarían en una relación de naturaleza dialéctica. Así las cosas, toda resolución judicial sobre si una determinada conducta constituía o no delito no sólo debía atender al dictado de la ley, sino también a las otras dos fuentes del derecho: el arbitrio judicial y la contemplación popular.<sup>380</sup> WOLF defendió esta tesis tanto para el “tipo de hecho” (*Tattypus*) como para el “tipo de autor” (*Tätertypus*). En efecto, WOLF afirmó que tanto el tipo de hecho como el tipo de autor podían estar integrados por tres distintas clases de elementos: a) elementos legales, esto es, elementos completamente descritos por la ley; b) elementos judiciales, es decir, elementos descritos por la ley, pero tan solo de forma modo incompleto, de modo que deben ser completados por el juez; y c) elementos pertenecientes al derecho no escrito, esto es, elementos que no se encuentran descritos en la ley ni completa (a) ni incompletamente (b), pero que el sentido de la ley presenta como elementos que contribuyen a determinar el injusto de la acción. Estos últimos elementos describen al delito como la lesión de intereses del pueblo. El juez debe comprender estos elementos interpretando la íntima “convicción del pueblo” (*Volksüberzeugung*).<sup>381</sup>

A juicio de RÜTHERS / BIRK, uno de los instrumentos metodológicos más consolidados en la doctrina y la jurisprudencia nacionalsocialistas, el pensamiento en órdenes concretos (*das konkrete Ordnungsdenken*), tuvo como principal objetivo convertirse en la fórmula mágica que permitiese operar la pretendida “renovación jurídica popular” al margen del legislador y garantizando una aplicación del derecho absolutamente flexible<sup>382</sup> y desviada del derecho positivo.<sup>383</sup> Ello se consiguió convirtiendo al llamado “orden de la vida” (*Lebensordnung*) en auténtica fuente de derecho, y reconociéndole mayor rango que

380. WOLF, E., ZakDR 1936, p. 360.

381. WOLF, E., ZakDR 1936, pp. 360 s. (tipo de hecho) y 362 (tipo de autor).

382. RÜTHERS, B. / BIRK, A., *Rechtstheorie*, 2ª ed., 2005, p. 376.

383. RÜTHERS, B. / BIRK, A., *Rechtstheorie*, 2ª ed., 2005, p. 378.

a las propias normas jurídicas;<sup>384</sup> y confiriendo al pensamiento en órdenes concretos, entre otras funciones, la de modificar el derecho positivo.<sup>385</sup> A partir de todo ello, Rùthers / Birk concluyen que el método nacionalsocialista fue un método abiertamente antipositivista y antinormativista.<sup>386</sup>

Por último, también GARCIA AMADO cree, siguiendo, entre otros, a Arthur KAUFMANN, que ni los jueces ni los juristas del régimen nacionalsocialista se limitaron a observar escrupulosamente el derecho positivo. En opinión de GARCIA AMADO,<sup>387</sup> los jueces y la doctrina aplicadores del Derecho penal nacionalsocialista no practicaron, en realidad, “positivismo jurídico” (*Rechtspositivismus*) formal, sino “positivismo estatalista” (*Staatspositivismus*). Según este autor, la doctrina postulante de un positivismo jurídico formal no sólo era ampliamente minoritaria en la época nacionalsocialista, sino que ya lo había sido incluso bajo la vigencia del régimen político anterior, la República de Weimar.<sup>388</sup> En el sentido en que los emplea GARCIA AMADO, los términos “positivismo jurídico” y “positivismo estatalista” tienen, además, significados opuestos. El primero tiene un sentido liberal, limitador del *ius puniendi* del Estado. En efecto, la fidelidad al Derecho positivo garantiza el respeto al límite al Estado representado por el principio de legalidad. El término “positivismo estatalista” expresa, en cambio, la idea de que la soberanía no radica en el pueblo, sino en el Estado.<sup>389</sup>

384. RÜTHERS, B. / BIRK, A., *Rechtstheorie*, 2ª ed., 2005, pp. 376 y 378.

385. RÜTHERS, B. / BIRK, A., *Rechtstheorie*, 2ª ed., 2005, pp. 376 y 378.

386. RÜTHERS, B. / BIRK, A., *Rechtstheorie*, 2ª ed., 2005, p. 378.

387. GARCÍA AMADO, J.A., AFD 1991, pp. 347 s.

388. GARCÍA AMADO, J.A., AFD 1991, p. 347.

389. Dice a este respecto GARCIA AMADO. J.A., AFD 1991, p. 347: “(...) imperaba un positivismo estatalista de índole autoritaria que exaltaba la idea de Estado y que partía de la unidad metafísica entre moral, Estado y derecho. Esta proclamación de fe en la superioridad moral de la idea de Estado estaría justamente en las antípodas de cualquier positivismo relativista. (...) Para este modo de pensar será más asumible el supuesto derecho que emana de un *Führer* que encarna la esencia nacional, que de un parlamento encorsetado de formalismos”. Según este autor, el positivismo jurídico-formal representó la expresión de una ideolo-

---

gía política, el Liberalismo clásico, que constituyó el principal objeto de rechazo del nacionalsocialismo como régimen político. El abandono del positivismo jurídico-formal desde el nacionalsocialismo resultó incluso necesario para el completo desarrollo del programa político del régimen nazi. En efecto, entendido en aquel sentido liberal, el positivismo legalista o jurídico-formal llevaba asociadas ciertas garantías formales y materiales que habrían hecho inaplicables las 4.500 “leyes del gobierno” aprobadas por el ejecutivo nazi entre 1933 y 1945. *Vid.* GARCÍA AMADO, J.A., AFD 1991, p. 348 y nota 15. Para GARCÍA AMADO, en suma, difícilmente podía tildarse de “positivista legalista” la aplicación judicial de un derecho que imponía —a golpe de cartas dirigidas desde el ejecutivo a los jueces (*Richterbriefe*)— penas de muerte a sujetos que cometían delitos para los que sólo estaban previstas penas privativas de libertad. GARCÍA AMADO, J.A., AFD 1991, p. 349.



# El actual “Derecho penal del enemigo” (\*)

## I. Introducción

1. Entre otros efectos, el ya conocido fenómeno de la expansión del Derecho penal<sup>1</sup> ha provocado en algunos países, la

(\*) El contenido de este Capítulo se corresponde íntegramente con el trabajo “Algunas reflexiones acerca de la distinción entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo en la concepción de Günther Jakobs”, que próximamente aparecerá publicado en el libro *Derecho penal del enemigo*, coordinado por los Profs. Manuel CANCIO MELIÁ y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (Universidad Autónoma de Madrid).

1. Sobre este fenómeno, y sin ánimo de exhaustividad, vid. los siguientes trabajos: HASSEMER, W., “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno”, ADPCP 1992, pp. 235 ss.; el mismo, “La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana”, ADPCP 1993, pp. 35 ss.; HERZOG, F., *Gesellschaftliche unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1990, *passim*; Frehsee, D., “Die Strafe auf dem Prüfstand. Verunsicherungen des Strafrechts angesichts gesellschaftlicher Modernisierungsprozesse”, StV 1996, pp. 222 ss.; KARGL, W., “Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena”, en VV.AA., *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, pp. 49 ss.; PRITTWITZ, C., “El Derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal”, en VV.AA., *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, pp. 427 ss.; DONINI, M., “Escenarios del Derecho penal en Europa a principios del siglo XXI”, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.) / GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *La Política criminal en Europa*, 2004, pp. 41 ss. Entre nosotros son especialmente dignas de mención las aportaciones de SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1ª ed., 1999; 2ª ed., 2001; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, RECPC 06-04 (2004); el mismo, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, RECPC 07-01 (2005); GRACIA MARTÍN, L., “¿Qué es la modernización del

aparición de lo que se ha venido en llamar “Derecho penal del enemigo” (*Feindstrafrecht*).<sup>2</sup> Como apunta CANCIO MELIÁ, con esta expresión pretende designarse a determinados sectores

---

Derecho penal?”, en *LH-Cerezo Mir*, 2003, pp. 349 ss. (= *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. A la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de Derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de la criminalidad*, 2003); CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, 1999; LA MISMA, “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.) / GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *La Política criminal en Europa*, 2004, pp. 25 ss.; MENDOZA BUERGO, B., “Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal”, *ADPCP* 1999, pp. 279 ss.; LA MISMA, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, 2001; LA MISMA, - *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, 2001; CANCIO MELIÁ, M., “«Derecho penal» del enemigo» y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”, *JpD* 44 (2002), pp. 19 ss.; EL MISMO, “¿«Derecho penal» del enemigo?”, en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, pp. 62 ss.; EL MISMO, “Feind”strafrecht?”, *ZStW* 117 (2005), pp. 267 ss.; PÉREZ DEL VALLE, C., “Sociedad de riesgos y reforma penal”, *PJ* 1996, pp. 61 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos”, *PJ* 1997, pp. 289 ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.L., *El moderno Derecho*, 1999; ZÚNIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, 2001, pp. 252 ss.; DEMETRIO CRESPO, E., “Del Derecho penal liberal al Derecho penal del enemigo”, *RDPC*, 2a Época, n° 14 (2004), pp. 87 ss.; BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A., “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en FARALDO CABANA (dir.) / BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A. / PUENTE ABA, L.M. (coords.), *Nuevos retos*, 2004, pp. 15 ss.; RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “Del otro lado del espejo: reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual”, en FARALDO CABANA (dir.) / BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A. / PUENTE ABA, L.M. (coords.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, 2004, 2004, pp. 65 ss.; GÓMEZ MARTÍN, V., “Libertad, seguridad y sociedad del riesgo”, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.) / GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *La Política criminal en Europa*, 2004, pp. 59 ss.

2. Consideran el Derecho penal del enemigo una manifestación más o menos directa del fenómeno más amplio de la expansión del Derecho penal, entre otros autores, CANCIO MELIÁ, M., *JpD* 44 (2002), pp. 19 ss.; DEMETRIO CRESPO, *RDPC*, 2a Época, n° 14 (2004), pp. 87 ss.; BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A., en FARALDO CABANA (dir.) / BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A. / PUENTE ABA, L.M. (coords.), *Nuevos retos*, 2004, pp. 44 ss.; RAMOS VÁZQUEZ, J.A., en FARALDO CABANA (dir.) / BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A. / PUENTE ABA, L.M. (coords.), *Nuevos retos*, 2004, pp. 90 ss. y 119 s.; GÓMEZ MARTÍN, V., “Libertad, seguridad y sociedad del riesgo”, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO,

legislativos que normalmente tienen por objeto la delincuencia organizada, la delincuencia sexual reincidente o habitual, o el terrorismo, entre otras materias, y que constituyen el resultado de la fusión del “Derecho penal simbólico” y el clima crecientemente punitivista existente en el debate político en relación con ciertas materias.<sup>3</sup> El Derecho penal del enemigo se caracterizaría por que trataría al delincuente no como un ciudadano, sino como un sujeto que ha ido apartándose paulatinamente de la senda del derecho, hasta convertirse en un enemigo de la sociedad. Frente al “enemigo”, el Derecho penal “de la normalidad”, que aquél ha abandonado de forma duradera, se mostraría completamente insuficiente e ineficaz. Para el “Derecho penal del enemigo”, éste debe ser neutralizado, como permanente fuente de peligro para la sociedad, cueste lo que cueste.<sup>4</sup> Desde un punto de vista de lege lata, en la actualidad reina un cierto consenso doctrinal en torno a la idea de que, en mayor o menor medida, y de un modo más o menos evidente, reglas que podrían considerarse propias de Derecho penal del enemigo.<sup>5</sup>

LO, M. (dirs.) / GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *La Política criminal en Europa*, 2004, pp. 81 ss.

3. CANCIO MELIÁ, M., JpD 44 (2002), p. 20 y nota 13; EL MISMO, “¿«Derecho penal» del enemigo?”, en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 78 (recientemente ha aparecido una versión homónima, alemana, y actualizada, del segundo de los trabajos de CANCIO que acaban de ser citados: “Feind”strafrecht“?”, ZStW 117 (2005), pp. 267 ss.).
4. CANCIO MELIÁ, M., JpD 44 (2002), p. 20.
5. De esta opinión, por ejemplo, NAUCKE, W., en GROPP, W., “Tagungsbericht. Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1985 in Frankfurt a. M.”, ZStW 97 (1985), p. 926; Díez RIPOLLÉS, J.L., RECPC 06-04 (2004), pp. 3 y 24; PORTILLA CONTRERAS, G., “Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo”, JpD 49 (2004), p. 43; EL MISMO, “La legislación de lucha contra las no personas: represión penal del «enemigo» tras el atentado de 11 de septiembre de 2001”, Mientras tanto 83 (2002), p. 78; el mismo, “El Derecho penal y procesal del «enemigo». Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”, en *LH-Bacigalupo Zapater*, I, 2004, p. 694; GRACIA MARTÍN, L., “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”, RECPC 07-02 (2005), pp. 2 s.; ZAFFARONI, E.R., “¿Es posible un Derecho penal del enemigo no autoritario?”, en LH-Rodríguez Mourullo, 2005, pp. 1088 s.; MUÑOZ CONDE, F., “De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”. Comunicación inédita enviada para la discusión al VI Se-

2. Uno de los penalistas que con más detalle se ha ocupado de la descripción de las principales peculiaridades de las legislaciones de enemigos es Günter JAKOBS.<sup>6</sup> La concepción de Jakobs en relación con el referido “Derecho penal del enemigo” ha sido objeto de muy diversas interpretaciones. Sin embargo, existe un cierto consenso en torno a que una exposición y valoración crítica rigurosa de dicha concepción debe partir de la constatación de que se trata de una construcción que ha conocido, como mínimo, dos distintas formulaciones: la de 1985, por una parte; y 1999 y 2003, por otra.<sup>7</sup> El presente trabajo tiene por objeto exponer y valorar de forma crítica las dos formulaciones de la concepción del Derecho penal del enemigo que acaban de ser mencionadas.

---

minario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, organizado por el Departamento de Derecho Público Básico, sobre el tema “Derecho penal de ciudadanos y derecho penal de enemigos”, y celebrado los días 8 y 9 de junio de 2005, pp. 1 s., 8 ss., 21 y 26.

6. Lo señala, por ejemplo, PRITWITZ, C., “Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del Derecho penal?”, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.) / GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *La Política criminal en Europa*, 2004, p. 108.
7. En este sigo a PRITWITZ, C., en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.) / GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *La Política criminal en Europa*, 2004, pp. 108 y 110 ss.; y a CANCIO MELIÁ, M., “¿«Derecho penal» del enemigo?”, en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 60, nota 1, y pp. 79 s., nota 34. Se muestra escéptico, en cambio, sobre la conveniencia de distinguir entre estos dos momentos como correspondientes a dos formulaciones distintas, en cambio, PORTILLA CONTRERAS, G., “Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo”, *JpD* 49 (2004), pp. 43 s.; EL MISMO, “La legislación de lucha contra las no personas: represión penal del «enemigo» tras el atentado de 11 de septiembre de 2001”, *Mientras tanto* 83 (2002), p. 79; EL MISMO, “El Derecho penal y procesal del «enemigo». Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”, en *LH-Bacigalupo Zapater*, I, 2004, pp. 695 s. Una posición intermedia en este contexto la ocupa Schünemann, B., “Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende. Besprechung von: Albin Eser / Winfried Hassemer / Björn Burkhardt (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende – Rückbesinnung und Ausblick*, 2000”, *GA* 2001, p. 210, quien, sin llegar a identificar el planteamiento formulado por Jakobs en 1985 y el posterior de 1999, afirma que el tiempo ha venido a demostrar que el primero se habría comportado “como una bomba con una espoleta retardada”.

## II. El primer Jakobs (1985)

1. En el marco del Congreso de los penalistas alemanes celebrado entre los días 16 y 19 de febrero de 1985 en Frankfurt am Main,<sup>8</sup> Günther JAKOBS presentó una ponencia en la que constataba de modo crítico la presencia en el StGB de algunos preceptos propios de lo que él denomina “Derecho penal del enemigo” (*Feindstrafrecht*).<sup>9</sup> En opinión de JAKOBS, ello ocurre, por ejemplo, con motivo de la tipificación de algunas conductas que se encuentran considerablemente alejadas del inicio de la ejecución como delitos contra la paz social, o el orden y la seguridad públicos, (delitos de terrorismo). Dos ejemplos de esta dirección político-criminal vendrían representados, en su opinión, por los delitos previstos en los §§ 30 (participación intentada) y 140 (aprobación o recompensa de delitos) StGB.

2. A este respecto, el primer JAKOBS considera que el Derecho penal del enemigo no tiene cabida en el Derecho penal de un Estado de libertades, ya que en dicha clase de Estado sólo cabría referirse, de un modo legítimo, a un “Derecho penal de ciudadanos”.<sup>10</sup> Según Jakobs, todos los actos preparatorios de un delito que se lleven a cabo en el ámbito “privado”, esto es, sin implicar a terceras personas en el proyecto criminal, deben quedar, desde el punto de vista de JAKOBS, sin pena. Frente a este argumento no cabe objetar, en su opinión, que desde el momento en que un acto es realizado para preparar un delito pierde todo posible carácter privado. Porque en ese caso no habría razón para dejar sin pena los pensamientos delictivos.<sup>11</sup>

8. Un breve informe de este congreso se encuentra en KUHLEN, L., “Strafrechtslehretagung 1985”, NJW 1985, pp. 2631 ss.

9. La ponencia se encuentra contenida, en forma de artículo, en “Kriminalisierung im Vordfeld einer Rechtsgutsverletzung”, ZStW 97 (1985), pp. 751 ss. (= “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” [trad. de PEÑARANDA RAMOS, E.], en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 293 ss.).

10. JAKOBS, G., “Criminalización...”, en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 297 ss.

11. JAKOBS, G., “Criminalización...”, en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 298 ss. De acuerdo en lo esencial con la primera formulación de Jakobs, que acaba de ser expuesta de forma resumida, DENCKER, F., “Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld? -Tendenzen der neueren Strafrecht-

### III. El degundo Jakobs (1999 / 2003)

1. En 1999, con motivo de la celebración en Berlín de las jornadas de reunión de profesores de Derecho penal bajo el título “Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende”,<sup>12</sup> JAKOBS describió el “Derecho penal del enemigo” como un Derecho penal caracterizado por los siguientes elementos: a) supone un adelantamiento de las barreras de protección penal sin una pena más reducida con respecto a la pena de momentos más avanzados del iter criminis; b) representa un cambio de perspectiva, de acuerdo con el cual el Derecho penal debería mirar no sólo hacia el pasado (hacia el hecho ya cometido), sino también hacia el futuro (el hecho venidero, que aún está por llegar: por ejemplo, el castigo de los llamados “Klimadelikte”); c) constituyen la transición de una “legislación penal” (*Strafrechtsgesetzgebung*) a una “legislación de lucha” o “de combate” (*Bekämpfungsgesetzgebung*); y, por último, d) conduce a una reducción o relajamiento de las garantías procesales propias del proceso penal.<sup>13</sup> En esta ocasión, Jakobs no se

---

chtsentwicklung?“, StV 1988, p. 266. Un amplio resumen de la posición del que aquí denominaremos “primer JAKOBS” se encuentra en DENCKER, F., StV 1988, pp. 263 ss.; APONTE, A., *Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum “effizienten” Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, 2004, pp. 128 ss.; PORTILLA CONTRERAS, G., JpD 49 (2004), pp. 43 ss., nota 6.; EL MISMO, *LH-Bacigalupo Zapater*, I, 2004, p. 695, nota 6. Expone con detalle la tendencia expansiva del Derecho penal y procesal alemán en el ámbito del terrorismo contemporánea al primer Jakobs DENCKER, F., “Das «Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus»”, StV 1987, pp. 117 ss.

12. Un informe de una de estas jornadas y algunas observaciones críticas sobre la intervención de JAKOBS en relación con el Feindstrafrecht se encuentran en SCHULZ, L., “Tagungsbericht. Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum Feindstrafrecht”, ZStW 112 (2000), p. 653 ss.

13. JAKOBS, G., en SCHULZ, L., ZStW 112 (2000), p. 661. Suscribe esta descripción CANCIO MELIÁ, M., “¿«Derecho penal» del enemigo?”, en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, pp. 79 ss. Algunos autores consideran que la descripción de JAKOBS del Derecho penal del enemigo puede ser completada con otros elementos. Este es el caso, por ejemplo de HAFFKE, en Alemania, y PÉREZ DEL VALLE, en España. Para el primero, una característica esencial del Derecho penal del enemigo estaría representada por la idea de que en la descripción de los tipos penales que podrían ser merecedores de aquella calificación, el legislador habría obviado por completo la delimitación entre tentativa y consumación, así la distinción

limita a describir este “Derecho penal del enemigo” como un Derecho penal previsto únicamente para situaciones excepcionales, pero que no debería existir o no debería contagiarse al “Derecho penal del ciudadano” (*Bürgerstrafrecht*). En 1999, JAKOBS cree que el Derecho policial resulta insuficiente para luchar con eficacia contra los enemigos de la sociedad, esto es, contra aquellos sujetos que demuestran con su comportamiento que resulta imposible establecer expectativas normativas con respecto a su conducta. Se impone, para JAKOBS, el establecimiento de medidas que institucionalicen, que juridifiquen la exclusión de los enemigos, que JAKOBS califica como “no personas” (*Unpersonen*). Para JAKOBS, estas medidas no corren el peligro de ser declaradas inconstitucionales, porque, aunque los “enemigos” pueden ser personas en el sentido del art. 1 de la Constitución alemana, lo cierto es que no se corresponden con el concepto de “persona” defendido por Luhmann: esto es, aquel sujeto respecto del cuya conducta es posible establecer expectativas normativas.<sup>14</sup>

2. En 2003, JAKOBS confirmó su segundo punto de vista sobre el “Derecho penal del enemigo” sobre todo en el trabajo que constituyó su aportación al libro *Derecho penal del enemigo*, publicado conjuntamente con CANCIO MELIÁ. En este trabajo, Jakobs trató de fundamentar la posición defendida en 1999 re-

---

entre autoría y participación, asumiendo, de este modo, un concepto unitario de autor: *vid.* HAFFKE, B., “Drogenstrafrecht”, *ZStW* 107 (1995), pp. 785 s. Según PÉREZ DEL VALLE, otro aspecto fundamental del Derecho penal del enemigo sería la absoluta inoperatividad a efectos de exención de la responsabilidad penal, del error de prohibición, dado que en el ámbito del Derecho penal del enemigo toda infracción afectaría “a puntos esenciales de la ley natural que requiere el contrato social”. *Vid.* PÉREZ DEL VALLE, C., “Sobre los orígenes del “Derecho penal del enemigo”. Algunas reflexiones en torno de Hobbes y Rosseau”, *CPC* 75 (2001), p. 610.

14. JAKOBS, G., en SCHULZ, L., *ZStW* 112 (2000), p. 662; EL MISMO, “La auto-comprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”, en ESER, A. / HASSEMER, W. / BURKHARDT, B. (coords. versión alemana) / MUÑOZ CONDE, F. (coord. versión española), *La ciencia del Derecho penal*, 2004, p. 60. Una exposición resumida del segundo JAKOBS puede verse, por ejemplo, en APONTE, A., *Krieg und Feindstrafrecht*, 2004, pp. 129 ss. Sobre el concepto de persona de LUHMANN *vid.*, por ejemplo, PORTILLA CONTRERAS, G., *JpD* 49 (2004), pp. 46 s.; EL MISMO, *FS-Bacigalupo Zapater*, 2004, pp. 699 ss.

mitiéndose a las concepciones de cuatro filósofos que se refirieron al “enemigo” como un concepto filosóficamente correcto: ROUSSEAU, FICHTE, KANT y HOBBS.<sup>15</sup> Desde la teoría del contrato social defendida por los dos primeros pensadores, todo delincuente sería, por definición, enemigo de la sociedad,<sup>16</sup> y declararía, mediante la comisión del delito, su voluntad de abandonar el contrato social y regresar, de este modo, al estado de naturaleza precedente.<sup>17</sup> Sin embargo, JAKOBS considera más convincente el punto de vista mantenido por KANT y HOBBS.<sup>18</sup> Para estos autores, no todo delincuente sería, por definición, enemigo, sino que, al contrario, también quienes delinquen pueden ser divididos en ciudadanos y enemigos. Así, por ejemplo, para KANT considera que, a pesar de la comisión del delito, la amplia mayoría de los delincuentes deberían seguir siendo calificados como ciudadanos, quedando reservada la categoría de “enemigos” para aquellos delincuentes que amenacen permanentemente a la sociedad mediante la comisión de delitos. Para HOBBS, enemigo sería, en cambio, únicamente el reo de alta traición.<sup>19</sup> En opinión de estos dos últimos autores, contra el enemigo, entendido en los términos que han sido señalados, no resultaría indicado el Derecho pe-

15. Alude a estos antecedentes histórico-iusfilosóficos y de filosofía política del discurso del Derecho penal del enemigo, así como a algún otro, como, por ejemplo, Protágoras, GRACIA MARTÍN, L., RECPC 07-02 (2005), pp. 11 ss. Para una amplia exposición de las concepciones sobre el enemigo de Hobbes y Rousseau *vid.* PÉREZ DEL VALLE, C., CPC 75 (2001), pp. 597 ss.
16. Pone en cuestión este extremo ZAFFARONI, E.R., *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 1079.
17. JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo” (trad. de CANCIO MELIÁ, M.), en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, pp. 26 s. Con respecto a Rousseau discrepa de esta percepción PÉREZ DEL VALLE, C., CPC 75 (2001), p. 611, para quien “no sería correcto pensar que Rousseau se refiere a la exclusión como persona derivada de cualquier infracción penal, sino sólo en relación con determinadas infracciones; precisamente las que se refieren a deberes de la ley natural esenciales en la conformación del pacto”.
18. JAKOBS, G., en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 28.
19. JAKOBS, G., en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, pp. 28 ss.

nal del ciudadano, esto es, aquél que pretende garantizar el mantenimiento de la vigencia de la norma frente a las conductas que la quebrantan o la ponen en cuestión. Frente a los enemigos, la pena no cumpliría una función de estabilización de expectativas normativas por el hecho cometido. Frente al enemigo, la pena sería un instrumento puesto al servicio del Estado para luchar o hacer la guerra contra quien, como enemigo, se presentaría ante la sociedad como fuente permanente de peligros futuros. El Estado quedaría legitimado para entablar dicha guerra contra el enemigo por el propio ciudadano, que ostentaría entre sus derechos, como señala el propio KANT, el de obligar a cualquier otro ciudadano a formar parte de una “constitución ciudadana”, so pena de quedar apartado de la sociedad, excluido como ciudadano y merecer, de este modo, la designación de “enemigo”.<sup>20</sup>

3. A partir de esta fundamentación filosófica, Jakobs recuerda la doble lógica que, en su opinión, domina la distinción “Derecho penal del ciudadano”- “Derecho penal del enemigo”. En el “Derecho penal del ciudadano”, la pena trataría de comunicar contrafácticamente al delincuente que el delito que ha cometido ha puesto en cuestión la vigencia de la norma.<sup>21</sup> En cambio, en el “Derecho penal del enemigo”, la pena perdería toda su dimensión comunicativa, y pasaría a ser un simple instrumento de corroboración de la legítima expectativa cognitiva que los ciudadanos tienen de que tales enemigos no cometan delitos en el futuro.<sup>22</sup> Para JAKOBS, dicha corrobo-

20. JAKOBS, G., en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 38; EL MISMO, *Sobre la normativización*, 2003, pp. 59 s.

21. JAKOBS, G., en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, pp. 49 ss.

22. JAKOBS, G., en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, pp. 49 ss.; EL MISMO, en ESER, A. / HASSEMER, W. / BURKHARDT, B. (coords. versión alemana) / MUÑOZ CONDE, F. (coord. versión española), *La ciencia del Derecho penal*, 2004, pp. 58 s. En idéntico sentido, descriptivamente, CANCIO MELIÁ, M., “¿«Derecho penal» del enemigo?”, en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 86; GÜNTHER, K., “Kampf gegen das Böse? Zehn Thesen wider die etische Aufrüstung der Kriminalpolitik”, KJ 1994, pp. 140 s. (con los enemigos no se habla; no hay libertad para los enemigos de la libertad). Una breve reseña al trabajo de GÜNTHER puede encontrarse en LAUBENTHAL, K. / BAIER,

ración cognitiva será tanto más clara cuanto más apartado esté el sujeto de la sociedad, esto es, cuantas más escasas sean las posibilidades de que el sujeto de recuperar la senda del derecho. Si se trata de un sujeto irremisiblemente apartado de la sociedad, esto es, de alguien con respecto al cual ya no cabría establecer expectativas cognitivas, demostrándose este déficit a través de su comportamiento,<sup>23</sup> entonces es que, con él, el derecho no habría funcionado, siendo la única alternativa realmente eficaz, entonces, la guerra o lucha contra el enemigo. Jakobs destaca que en los últimos años, especialmente después de los hechos ocurridos en *New York* el 11 de septiembre de 2001,<sup>24</sup> se habría producido una creciente incorporación a la legislación penal de algunos países occidentales, entre los cuales se encontraría la propia Alemania, de lo que él denomina “legislación penal del enemigo”. Los ámbitos en los que dicha circunstancia se habría producido de un modo dominante sería, sobre todo, el de la delincuencia sexual habitual, la delincuencia económica, el terrorismo, la delincuencia organizada y el tráfico de drogas.<sup>25</sup> Esto sería así tanto en lo relativo al Derecho penal sustantivo como al Derecho procesal pe-

---

H., “Neue Kriminalpolitik für ein neues Jahrtausend? -Besprechung von Klaus Lüderssen (Hrsg.), «Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse»”, GA 2001, pp. 2 ss.

23. JAKOBS, G., en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, pp. 40 y 51; EL MISMO, en Eser, A. / HASSEMER, W. / BURKHARDT, B. (coords. versión alemana) / MUÑOZ CONDE, F. (coord. versión española), *La ciencia del Derecho penal*, 2004, pp. 59 s.
24. Sobre el atentados de las torres gemelas y sus decisivas consecuencias para el Derecho penal *vid.* PRITTWITZ, C., “Krieg als Strafe - Strafrecht als Krieg. Wird nach dem “11 September” nichts mehr sein, wie es war?”, en *FS-Lüderssen*, 2002, pp. 499 ss. Entre nosotros *vid.* PORTILLA CONTRERAS, G., *Mientras tanto* 83 (2002), pp. 77 ss.
25. JAKOBS, G., en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 39. Sobre la legislación penal alemana en materia de tráfico de drogas como ámbito propio del Derecho penal del enemigo en el sentido que Jakobs confiere a la expresión *vid.* HAFFKE, B., *ZStW* 107 (1995), pp. 785 ss.

nal,<sup>26</sup> llegando a calificar a este último como “el sismógrafo de un Derecho penal liberal”.<sup>27</sup>

4. Ante la tesitura de si al Estado le está permitido o prohibido tratar como enemigos, esto es, como “no ciudadanos” o “no personas” a quienes se han apartado de modo aparentemente definitivo de la senda del derecho, JAKOBS es de la opinión de que la alternativa correcta es la primera. JAKOBS expresa esta opinión del siguiente modo: *Por lo tanto, el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico. Ambas perspectivas tienen, en determinados ámbitos, su lugar legítimo (...).*<sup>28</sup> Y sigue: *Como se ha mostrado, la personalidad es irreal como construcción exclusivamente normativa. Sólo será real cuando las expectativas que se dirigen a una persona también se cumplan en lo esencial. Ciertamente, una persona también puede ser construida contrafácticamente como persona, pero, precisamente, no de modo permanente o siquiera preponderante. Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. Por lo demás, sería completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha denominado Derecho penal del enemigo; con ello no se puede resolver el problema de cómo tratar a los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana. Como ya se ha indicado, KANT exige la separación de ellos, lo que no significa otra cosa*

26. JAKOBS, G., en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, pp. 43 ss. También destacan este extremo CANCIO MELIÁ, M., en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, pp. 59 ss; DENCKER, F., StV 1988, p. 264; Díez RIPOLLÉS, J.L., RECPC 07-01 (2005), pp. 23 s. Críticamente MURMANN, U., “Über den Zweck des Strafprozesses”, GA 2004, p. 86

27. JAKOBS, G., en SCHULZ, L., ZStW 112 (2000), p. 660.

28. JAKOBS, G., en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 47 (cursiva añadida).

*hay que protegerse frente a los enemigos.*<sup>29</sup> JAKOBS, por fin, acaba concluyendo, a modo de resumen de su posición favorable a la existencia de alguna clase de Derecho penal para no ciudadanos, y apoyándose de nuevo en HOBBS y, sobre todo, en KANT, lo siguiente: *Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino que debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido.*<sup>30</sup>

5. Sin embargo, una vez aceptada la legitimidad del “Derecho penal del enemigo”, fundamentada, como se ha visto, en el derecho de los ciudadanos consistente en la obtención de un mínimo de seguridad frente a aquéllos con respecto a los cuales no cabe el establecimiento de expectativas cognitivas, Jakobs somete su existencia a un límite infranqueable. El límite sería el siguiente: el “Derecho penal del enemigo” debe permanecer separado del “Derecho penal del ciudadano”. De lo contrario, el segundo se vería contaminado por el primero. Como ya hiciera en 1985, JAKOBS ejemplifica los efectos nocivos que podría tener esta confusión acudiendo al § 30 StGB. De conformidad con este precepto “(1) Quien intenta determinar a otro para que cometa un delito o para que induzca a un tercero a cometerlo, será castigado de acuerdo con los preceptos de la tentativa de delito. Sin embargo, la pena se atenuará conforme a lo dispuesto en el § 49.1. El § 23.3 rige en lo correspondiente. (2) Del mismo modo será castigado quien se declare preparado, quien acepte el ofrecimiento de otro o quien se ponga de acuerdo con otro para cometer un delito o para inducir a otro a cometerlo”. JAKOBS recuerda que en su redacción original, el precepto, que castiga con pena determinados actos unilaterales, tenía una pena autónoma, de tal modo que

29. JAKOBS, G., en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, pp. 47 s. (cursiva añadida).

30. JAKOBS, G., en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, pp. 55 s. (cursiva añadida).

podía entenderse que lo que pretendía el legislador no era evitar peligros futuros de alguien especialmente peligroso, sino castigar la lesión ya producida de un bien jurídico: la seguridad pública. Posteriormente, el precepto se vio reformado en el sentido de hacer depender la pena del delito proyectado, pudiendo ser éste cualquiera, y la pena, entonces, extraordinariamente elevada en algunos casos. Para Jakobs, el sentido de la reforma consistió en castigar con una pena extraordinariamente severa a quien, como cabecilla de una organización terrorista, proyectase, por ejemplo, acabar con la vida de alguien. Sin embargo, pese a ser esta la intención oculta del legislador, el nuevo § 30 StGB no distingue entre los delitos de terrorismo y los restantes delitos, siendo aplicable, por ello, a toda clase de delitos. Esto último determina que el precepto deje de tener una pena autónoma, y que ésta, más que la consecuencia de la lesión de un bien jurídico devenga, antes bien, un instrumento de lucha o combate frente a sujetos especialmente peligrosos por hechos todavía no cometidos,<sup>31</sup> o de neutralización o eliminación de peligros futuros.<sup>32</sup>

6. Como fácilmente puede deducirse, la reforma “expansionista” del § 30 StGB que acaba de ser mencionada es merecedora, a juicio de JAKOBS, de una valoración completamente negativa. La razón de este rechazo es la siguiente: en su forma original, el § 30 StGB era, en opinión de Jakobs, un precepto perfectamente aceptable desde el punto de vista de un “Derecho penal del ciudadano”. Sin embargo, puesto que la reforma del mencionado precepto habría sido impulsada desde la lógica del Derecho penal del enemigo, entonces ambas lógicas, la del Derecho penal del ciudadano y la del enemigo, se habría entremezclado, contaminándose el primero del segundo. Para Jakobs, esta contaminación debe ser evitada a toda costa, ya que supone un grave peligro para el Estado de Derecho,

31. JAKOBS, G., en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 43.

32. JAKOBS, G., en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 55; EL MISMO, en ESER, A. / HASSEMER, W. / BURKHARDT, B. (coords. versión alemana) / MUÑOZ CONDE, F. (coord. versión española), *La ciencia del Derecho penal*, 2004, p. 58.

representado, principalmente, por el Derecho penal del enemigo. El peligro en cuestión consistiría, en caso de que aquella contaminación se produjera, se acabaría tratando a ciudadanos como enemigos. Así, por ejemplo, las penas resultantes del § 30 StGB probablemente serán desproporcionadas cuando de un “no enemigo” se trate. Puesto que el Derecho penal del ciudadano y el Derecho penal del enemigo obedecerían a dos lógicas completamente distintas, incluso antagónicas,<sup>33</sup> la armonización del segundo en el primero resulta sencillamente impracticable. Por todo ello, Jakobs considera preferible que los preceptos que conformen el Derecho penal del enemigo se mantengan separados de los que configuran el Derecho penal del ciudadano. Sería aconsejable, por ello, la elaboración de dos ordenamientos distintos, uno para ciudadanos y otros para enemigos, en lugar de lo que suele hacer, por ejemplo, el legislador alemán. Esto es, disponer de un único ordenamiento jurídico-penal (del ciudadano) y “trufarlo” de elementos propios de Derecho penal del enemigo, como ocurre, por ejemplo, en el caso del § 30 StGB.<sup>34</sup>

7. En el segundo JAKOBS, el Derecho penal del enemigo no sería “una disfunción del individualismo social, sino una consecuencia de sus propias limitaciones ante un pluralismo cultural y político —el que viene de fuera de su propia tradición— que lo desborda”.<sup>35</sup> En palabras del propio JAKOBS, *una sociedad que ha perdido el respaldo tanto de una religión conforme al Estado como de la familia, y en la cual la nacionalidad es entendida como una característica incidental, le concede al individuo un gran número de posibilidades de construir su identidad al margen del derecho o, al menos, más de las que podría ofrecer una sociedad de vínculos más fuertes. A esto se añade*

33. JAKOBS, G., en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 55.

34. JAKOBS, G., en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, pp. 39 y 56; EL MISMO, en ESER, A. / HASSEMER, W. / BURKHARDT, B. (coords. versión alemana) / MUÑOZ CONDE, F. (coord. versión española), *La ciencia del Derecho penal*, 2004, p. 61.

35. El Derecho penal del enemigo del segundo JAKOBS coincide con esta descripción, que se encuentra en PÉREZ DEL VALLE, C., CPC 75 (2001), p. 612.

*el poder detonante de la llamada pluralidad cultural. Un completo absurdo: o bien las diferentes culturas son simples adiciones a una comunidad jurídica base, y entonces se trata de multifolclore de una cultura, o bien —y esa es la variante peligrosa— las diferencias se forjan en la identidad de sus miembros, pero entonces la base jurídica común queda degradada a mero instrumento para poder vivir los unos junto a los otros y, como cualquier instrumento, se abandona cuando ya no se necesita más.*<sup>36</sup>

## IV. Toma de posición

### 1. Sobre JAKOBS y su Derecho penal del ciudadano

#### 1.1. A propósito del concepto de delito como “quebrantamiento de la vigencia de la norma”

En la actualidad, el planteamiento según el cual un comportamiento no sería penalmente antijurídico por ser “socialmente dañoso” (*sozialschädlich*), sino por ser “contrario al deber” (*pflichtwidrig*), o mejor, “contrario a la norma” (*normwidrig*) que impone dicho deber, ha sido adoptado por Günther JAKOBS y su escuela. En el contexto de la distinción que está en la base de lo que en este Capítulo se analiza, esto es, la distinción entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo, la concepción del delito como quebrantamiento de la vigencia de la norma se corresponde con lo que JAKOBS denomina el Derecho penal del ciudadano.

El fundamento material del abandono por parte de Jakobs de la senda de la lesión del bien jurídico sería el siguiente: puesto que la pena actúa después que se haya cometido el delito y el bien jurídico ya se ha lesionado, entonces la función que aquella cumple no es la de evitar una lesión de un bien jurídico que ya se ha producido, sino la de restablecer la vigen-

36. JAKOBS, G., en ESER, A. / HASSEMER, W. / BURKHARDT, B. (coords. versión alemana) / MUÑOZ CONDE, F. (coord. versión española), *La ciencia del Derecho penal*, 2004, p. 60 (cursiva añadida).

cia de la norma que ha sido quebrantada como consecuencia de la comisión del delito. De este modo, de la misma manera que lo que importa de la pena es su dimensión comunicativa como declaración de que la vigencia de la norma debe ser restablecida, ocurre lo propio con el concepto de delito, que (en una sociedad cuyo elemento esencial consiste en la interacción de comunicaciones anónimas entre unos y otros) no interesa tanto como alteración de la realidad empírica cuanto como negación comunicativa de la vigencia de la norma contravenida.<sup>37</sup>

Sin embargo, explicar el delito como la mera “infracción del deber” o “infracción de la norma” implica una concepción del injusto penal excesivamente reduccionista y formal que no alcanza a aprehender la esencia material del delito. Como ya apuntaron SCHWINGE / ZIMMERL en su momento, y como en la actualidad suele oponerse también a la concepción de Jakobs, el contenido material del delito, que desde una perspectiva normativista-formal pasa completamente inadvertido, tan solo puede ser comprendido a partir de una concepción del delito vinculada a la idea de antijuricidad como lesión del bien jurídico socialmente dañosa. Frente a un tal entendimiento de la antijuricidad se ha opuesto desde las tesis normativistas-formales que la idea de dañosidad social o de bien jurídico puede llegar a ser tan formal como la de infracción de un deber o de una norma. Esta crítica, advertida ya por SCHWINGE / ZIM-

37. Esta tesis, auténtica espina dorsal de la obra de JAKOBS, puede encontrarse, expuesta de varios modos diversos, por ejemplo, en JAKOBS, G., AT, 2ª ed., 1991 (PG, 1995), *passim*; el mismo, “Culpabilidad y prevención” (1976) (trad. de SUÁREZ GONZÁLEZ, C.), en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 73 ss.; EL MISMO, “El concepto jurídico-penal de acción” (1992), en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 116 ss., 119 y 123 s.; EL MISMO, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, 1996, pp. 17 s., y 25 ss.; EL MISMO, *Sobre la génesis de la obligación jurídica*, 1999, pp. 34 ss.; EL MISMO, *Acción y omisión en Derecho penal*, 2000, *passim*; EL MISMO, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, *passim*; EL MISMO, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, pp. 19 ss.

merl en su trabajo conjunto de 1937,<sup>38</sup> tendría sin duda pleno fundamento si la teoría del bien jurídico o la teoría del injusto como dañosidad social se limitaran a definir el comportamiento antijurídico como “comportamiento lesivo de bienes jurídico-penales” o “comportamiento socialmente dañoso”. Esto es, si se limitaran a plantear la lesión del bien jurídico o la dañosidad social como simple punto de partida, sin aportar, en cambio, criterios para determinar cuándo se da lo uno o lo otro. En efecto, con ello no se habría conseguido más que determinar el marco general de partida. No es éste, sin embargo, el caso de la concepción de la antijuricidad y del bien jurídico que aquí se considera preferible. De acuerdo con esta concepción, los bienes jurídico-penales deben ser contemplados en un sentido personalista,<sup>39</sup> y, a la vez, como condiciones de la vida social que afectan a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social,<sup>40</sup> como unidades funcionales sociales valiosas necesarias para la existencia de nuestra sociedad en su concreta configuración,<sup>41</sup> o como desarrollo de posibilidades en su evolución hacia la consecución del estadio de sujeto de derecho emancipado.<sup>42</sup> Entendido de este modo el bien jurídico, a un Estado Social y Democrático de Derecho le está autorizado, e incluso le viene obligado castigar con pena los ataques más peligrosos contra bienes jurídicos por ser socialmente dañosos en términos de posibilidades de participación del individuo en la sociedad.<sup>43</sup>

38. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, 1937, p. 58, quienes apuntaron que la dañosidad social era un concepto donde la separación entre lo material y lo formal era, en realidad, relativa.

39. *Vid.*, por todos, ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* Apuntes sobre el concepto material de delito, 2003, p. 72.

40. MIR PUIG, S., PG, 7ª ed., 2004, 4/55, 6/41.

41. RUDOLPHI, H.-J., “Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriffs”, en *FS-Honig*, 1970, p. 167.

42. OTTO, H., “Rechtsgutbegriff und Deliktstatbestand”, en MÜLLER-DIETZ, H. (ed.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1971, p. 5

43. Sobre el concepto de “dañosidad social”, ampliamente, ZIMMERL, L., *Aufbau des Strafrechtssystems*, 1930, pp. 34 ss.

La concepción que explica el delito como la mera “infracción del deber” o “infracción de la norma” es merecedora, además, de, al menos, otras dos importantes objeciones. De la exposición detallada de dichas objeciones ya me he ocupado ampliamente en otro lugar.<sup>44</sup> Por ello, aquí me voy a limitar a enunciarlas. En primer lugar, aunque ello se ha discutido y se sigue discutiendo intensamente en la doctrina, creo sinceramente que la concepción de JAKOBS permite fundamentar con mayor facilidad un Derecho penal de corte autoritario que la concepción del delito como lesión de un bien jurídico.<sup>45</sup> Y, en segundo lugar, creo que se trata de una construcción con un excesivo grado de formalismo. Esta segunda crítica trae consigo, además, otras tres objeciones: las teorías de la infracción de la norma o el deber conducen a una petición de principio;<sup>46</sup> dichas teorías no permiten explicar la conveniencia de distinguir estadios intermedios anteriores a la completa infracción de la norma,<sup>47</sup> ni la responsabilidad penal del sujeto de la infracción;<sup>48</sup> y, por último, no consigue explicar satisfactoriamente por qué si la pena cumple una función meramente comunicativa, acaba produciendo una aflicción empírica, y no meramente comunicativa, así como por qué debe ser castigado con

44. Para un análisis detenido de estas objeciones, *vid.* GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2003 (= en línea: [www.tdx.cesca.es](http://www.tdx.cesca.es)), pp. 504 ss.

45. MIR PUIG, S., “Valoraciones, normas y antijuricidad material”, *LH-Cerezo Mir*, 2003, p. 78; HEFENDEHL, R., “Organisierte Kriminalität als Begründung für ein Feind- oder Täterstrafrecht?”, *StV* 2005, p. 160.

46. ESER, A., Consideraciones finales, en Eser, A. / HASSEMER, W. / BURKHARDT, B. (coords. de la versión alemana) / MUÑOZ CONDE, F. (coord. de la versión española), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, 2004, p. 472; LANGER, W., *Das Sonderverbrechen*, 1972, p. 57; JESCHECK, H.-H., *PG*, II, 1982, p. 732.

47. En este sentido, en relación con la tentativa ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, p. 108 s.

48. MIR PUIG, S., *LH-Cerezo Mir*, 2003, pp. 74, 79 ss., 83 ss. y 86 ss.; EL MISMO, *PG*, 7ª ed., 2004, 6/30 y 16/10; GÓMEZ MARTÍN, V., “El experimento. Algunas consideraciones político-criminales y jurídico-penales sobre el “Stanford Prison Experiment”, en GARCÍA AMADO, J.A. / PAREDES CASTAÑÓN, J.M. (coord.), *Torturas en el cine*, 2005, pp. 193 ss. En un sentido próximo ya NOWAKOWSKI, F., “Literaturbericht: Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 6ª ed., 1958”, *JZ* 1958, p. 416.

más pena un delito que otro, cuando resuta que, en términos de quebrantamiento de la norma, todos los delitos se explican del mismo modo.<sup>49</sup>

## 1.2. A propósito de la prevención general positiva en JAKOBS

En un trabajo destinado a la elaboración del concepto de culpabilidad realizado en 1976,<sup>50</sup> JAKOBS entendió dicho concepto debía identificarse íntegramente con la que, en su opinión, era la función del Derecho penal y de la pena: la prevención general positiva.<sup>51</sup> Posteriormente, Jakobs aclaró que el contenido de su teoría de la prevención general positiva no sólo no coincidía con el de las teorías de la prevención general positiva defendidas por los restantes autores partidarios de esta orientación, sino que rechazaba, incluso, estas últimas. Así, en 1996, Jakobs afirma que la pena no cumple una función de prevención general positiva en el sentido en que la doctrina suele emplear esta expresión. Desde su punto de vista, la aproximación a la cuestión de los fines de la pena que realiza este sector doctrinal se encuentra desenfocada, ya que pone el acento en un aspecto que puede ser, en opinión de Jakobs, relevante para la Psicología social, pero no, en cambio, para el Derecho penal: conseguir la fidelidad de la sociedad al derecho.<sup>52</sup> El Derecho penal persigue, para Jakobs, algo más neutral: la estabilización contrafáctica de la vigencia de las normas.<sup>53</sup>

49. ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, 118.

50. Se trata de la monografía *Schuld und Prävention*, y se encuentra traducido con el título "Culpabilidad y prevención" por SUÁREZ GONZÁLEZ, C. en JAKOBS, G., *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 73 ss.

51. JAKOBS, G., "Culpabilidad y prevención", en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, p. 77.

52. JAKOBS, G., "Culpabilidad y prevención", en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 18 ss.

53. Sobre la evolución de la teoría de la pena y del Derecho penal de Jakobs desde la prevención general positiva hasta la estabilización de expectativas normativas *vid.* PEÑARANDA RAMOS, E. / SUÁREZ GONZÁLEZ, C. / CANCIO MELIÁ, M., *Estudio preliminar*, 1997, pp. 21 s.

Para JAKOBS, la sociedad no puede explicarse como un contrato social a partir de la conciencia y la libertad de los individuos. Es preferible, desde su punto de vista, hacerlo —como ya fue apuntado *supra*— siguiendo la teoría de los sistemas sociales de LUHMANN.<sup>54</sup> De acuerdo con este planteamiento, la sociedad se construiría mediante normas de dos clases: las normas de la naturaleza y normas de los hombres. Las primeras se autoestabilizan, mientras que las segundas, en cambio, necesitan sanciones, por ejemplo penales, para ser estabilizadas contrafacticamente frente a las pretensiones de no-vigencia de la normas por parte de los individuos.<sup>55</sup> En la concepción de JAKOBS, la pena sirve para mantener la identidad de la sociedad como contexto comunicativo. Frente a la crítica de que, concebida de este modo, la pena puede convertirse en un instrumento al servicio de un derecho autoritario, JAKOBS reconoce que ello puede ocurrir. En efecto, desde el punto de vista del contenido de las normas que identifican a la sociedad, el Derecho penal es neutral.<sup>56</sup> Para JAKOBS, la Ciencia del Derecho penal y la Política criminal se encuentran separadas, pertenecen a sistemas sociales distintos.<sup>57</sup>

Según JAKOBS, para la elaboración de la definición de “persona” es necesario acudir a ciertos conceptos sociales, como el de “competencia”, o el de “norma” como “expectativa social institucionalizada”, o de nociones como la de que la persona es un sujeto mediado por lo social.<sup>58</sup> A su juicio, la persona no es “lo que es subjetivamente”, sino “lo que hace”, “lo que representa”. Si la sociedad se caracteriza por ser un contexto de comunicación con un número infinito de contactos anónimos, es evidente, para Jakobs, que sólo es posible conocer al próji-

54. JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona*, 1996, pp. 15 s.

55. JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona*, 1996, pp. 27 s.

56. JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona*, 1996, p. 30.

57. JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona*, 1996, p. 41. Sobre esto *vid.* ALCÁ-CER GUIRAO, R., “Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal”, AP 2001, pp. 213 ss.; PEÑARANDA RAMOS, E. / SUÁREZ GONZÁLEZ, C. / CANCIO MELIÁ, M., *Estudio preliminar*, 1997, p. 28.

58. JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona*, 1996, p. 50.

mo conociendo qué hace.<sup>59</sup> Ante esta realidad, la única forma de organizarse racionalmente que la sociedad moderna tiene a su disposición es mediante estándares o roles como un baremo objetivo, ya que, de lo contrario, la sociedad no podrá saber qué puede esperar de los demás.<sup>60</sup>

Sin embargo, frente a la concepción de la prevención general positiva de JAKOBS cabe formular, como ya se apuntó *supra*, algunas observaciones críticas. Debe apuntarse, en primer lugar, que la crítica de Jakobs a la idea de la integración o la fidelidad al derecho de la prevención general positiva, según la cual este aspecto sólo resulta de interés para la Psicología social, y no para el Derecho penal, no se encuentra en absoluto justificada. Creo que ello es así por dos razones. La primera es que la teoría de la prevención general positiva no busca la obtención de la fidelidad al derecho de la sociedad como un simple dato empírico, sino la protección de la sociedad mediante la evitación de delitos. La segunda razón consiste en que buscar la fidelidad al derecho no constituye una intromisión inadmisibles en la libertad individual, ya que todo Derecho penal preventivo-general-positivo deberá seguir respetando los límites que establece el principio de responsabilidad por el hecho. Las ideas de la prevención general positiva y la protección de bienes jurídicos no son, por tanto, dos ideas incompatibles.<sup>61</sup>

Por lo que respecta a la idea de que el Derecho penal debe servir para estabilizar las expectativas normativas con penas, que JAKOBS utiliza como sustitutivo de la idea de prevención general positiva, debe llamarse la atención sobre un aspecto que, en mi opinión, tiene extrema importancia: en Derecho penal, la penas no son simples declaraciones ideales, sino que consisten en medidas que pueden provocar importantísimas consecuencias en el ejercicio de algunos de los más fundamentales derechos de los individuos. Resulta ocioso recor-

59. JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona*, 1996, pp. 51 s.

60. JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona*, 1996, p. 53.

61. PEÑARANDA RAMOS, E. / SUÁREZ GONZÁLEZ, C. / CANCIO MELIÁ, M., *Estudio preliminar*, 1997, p. 39.

dar que las penas, como realidad empírica, tienen como destinatarios personas de carne y hueso con dignidad humana, con respecto a las cuales aquéllas sólo pueden ser contempladas como un mal.<sup>62</sup>

Por último, frente a la tesis de Jakobs según la cual, desde el punto de vista del contenido de las normas que identifican a la sociedad, el Derecho penal es neutral,<sup>63</sup> es obligado señalar que el Derecho penal no puede adoptar tal posición de neutralidad.<sup>64</sup> En un Estado social y democrático de derecho, el Derecho penal no puede ser un simple instrumento de protección de las normas, sea cual sea el contenido de éstas, sino que debe encontrar el límite que representan los principios y los valores que están en la base de dicho modelo de Estado. En un tal Estado, las Dogmática debe ser una instancia científica y política que sirva para racionalizar, controlar y limitar la expansión del Estado en favor de la protección de intereses del individuo.<sup>65</sup>

62. SCHÜNEMANN, B., “La culpabilidad: Estado de la cuestión” (trad. de FELIP I SABORIT, D.), en ROXIN, C. / JAKOBS, G. / SCHÜNEMANN B. / FRISCH, W. / KÖHLER, M. (comp. J.M. SILVA SÁNCHEZ), *Sobre el estado de la ciencia del Derecho penal (seminario en la Universidad Pompeu Fabra)*, 2000, pp. 109 ss.; ESER, A., Consideraciones finales, en ESER, A. / HASSEMER, W. / BURKHARDT, B. (coords. de la versión alemana) / MUÑOZ CONDE, F. (coord. de la versión española), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, 2004, p. 472; PRITTWITZ, C., en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.) / GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *La Política criminal en Europa*, 2004, p. 117. Sobre esto *vid.* PEÑARANDA RAMOS, E. / SUÁREZ GONZÁLEZ, C. / CANCIO MELIÁ, M., *Estudio preliminar*, 1997, pp. 31 s.; JAKOBS, G., en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 66.

63. Sobre esto *vid.* PEÑARANDA RAMOS, E. / SUÁREZ GONZÁLEZ, C. / CANCIO MELIÁ, M., *Estudio preliminar*, 1997, p. 28, quienes, a propósito de la concepción de JAKOBS del llamado “Derecho penal del enemigo”, parecen otorgar al sistema de este autor una potencialidad crítica sobre la legitimidad o ilegitimidad de las normas probablemente superior incluso a la que el propio JAKOBS atribuye a la categoría (*op. cit.*, p. 38).

64. Uno de los autores que ya insinuó esta postura incluso frente al (en principio crítico) JAKOBS de 1985 fue CALLIESS, R.P., en Gropp, W., ZStW 97 (1985), p. 921.

65. ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 29 s.; EL MISMO, AP 2001, p. 222. Gráficamente a este respecto Muñoz Conde, F., “De nuevo...”. Comunicación inédita, pp. 20 s. (Considero que, en los momentos actuales, no basta con identificar y describir en

A la vista de todo lo anterior, ¿debe concluirse que el Derecho penal no debe cumplir una función de prevención general positiva? Desde mi punto de vista, esta pregunta debe ser contestada en sentido negativo. Comparto plenamente la opinión de aquellos autores que consideran que en un Estado no autoritario, la pena debe cumplir una función preventivo-general no sólo mediante la intimidación o coacción psicológica “negativa”, sino de un modo “positivo”. Esto es, no sólo disuadiendo, sino también persuadiendo. Antes bien, lo que revela la crítica a la concepción de la prevención general positiva de Jakobs no es que la pena no debe cumplir una función de prevención general positiva, sino que dicha función debe ser dotada de contenido de un modo distinto al propuesto por JAKOBS. En mi opinión, un punto de vista merecedor de ser secundado es, por ejemplo, el mantenido por MIR PUIG.

A juicio de este autor, la pena debe contribuir a la evitación de la comisión de delitos convirtiéndose en un instrumento de integración o cohesión social mediante la afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales y haciendo surgir una actitud de respeto por el Derecho penal. Se trata de la función

---

los Ordenamientos jurídicopenales actuales brotes o ejemplos evidentes de un “Derecho penal del enemigo”, sino que es preciso manifestar también si son compatibles con el marco constitucional de un Estado de Derecho y con los Pactos internacionales de Derechos civiles reconocidos y acogidos en los Ordenamientos jurídicos de los Estados civilizados. Una visión puramente tecnocrática, funcionalista o descriptiva de un sistema jurídico, convierte al jurista en simple notario que constata una realidad, pero que ni la aprueba, ni la desaprueba. Es como describir cómo funciona una silla eléctrica, pero sin pronunciarse a favor ni en contra de la pena de muerte. Se constata su existencia, se determina, según la ley vigente, que personas deben sentarse en ella, después de haberseles imputado el delito que fundamenta su aplicación, como y quien debe pronunciarla y luego quien debe aplicarla. Pero la pena de muerte como tal sigue ahí inmutable, inmodificable, sustraída a cualquier tipo de valoración por parte del jurista, cuyo papel termina en el momento que ha constatado que la pena prevista en la ley para el delito se ha aplicado “contrafácticamente” para restablecer la vigencia de la norma infringida por el condenado) y 26 (El jurista no puede ser en estos casos, como pretende Jakobs, un simple “mensajero” que se limita a transmitir malas noticias (por lo demás más que conocidas), o empaquetarlas, identificándolas y dándoles un nombre más o menos afortunado, sino que debe también analizarlas críticamente y comprobar su compatibilidad con determinados principios).

de prevención general positiva de la pena.<sup>66</sup> Según MIR PUIG, la prevención general positiva tiene la virtud de convertirse en una forma de evitar o minimizar los posibles excesos o defectos en que podría incurrir el Derecho penal si la pena se limitase a cumplir una función preventivo-general meramente negativa o intimidatoria.<sup>67</sup> En primer lugar, la idea de la prevención general positiva puede servir para evitar el exceso consistente en castigar con penas graves delitos poco graves o incluso faltas muy frecuentes en la realidad en que podría incurrir un Derecho penal meramente preventivo-general negativo. En estos supuestos, puesto que las fuertes barreras morales existentes en la sociedad cuando de un delito grave se trata brillan por su ausencia, un Derecho penal que pretendiera ser eficaz a cualquier precio mediante la intimidación probablemente no tendría otro remedio que amenazar la comisión de tales delitos menos graves o faltas con penas durísimas.<sup>68</sup> Del mismo modo, la función preventivo-general positiva de la pena puede ser útil para evitar posibles *defectos* de la pena como instrumento preventivo-general negativo en relación con algunos delitos muy graves infrecuentes en la práctica. Por ejemplo, el delito de asesinato es uno de los delitos más graves de todos los tipificados en el CP, pero, afortunadamente, la Estadística criminal pone de manifiesto que no se trata, precisamente, uno de los delitos que más habitualmente se cometen. Una de las razones de que ello sea así puede residir en los fuertes condicionantes ético-sociales que recaen sobre una tan reprochable conducta. Por ello, en términos de prevención general negativa, sería incluso cuestionable que la evitación de dicho delito precisara de la intimidación que representa la pena. En términos de mera prevención general negativa, puede afirmarse que en el ejemplo del asesinato no existe necesidad “preventivo-general negativa” de pena.<sup>69</sup>

66. MIR PUIG, S., *PG*, 7ª ed., 2004, 3/19.

67. MIR PUIG, S., *PG*, 7ª ed., 2004, 3/21.

68. MIR PUIG, S., *PG*, 7ª ed., 2004, 3/22.

69. MIR PUIG, S., *PG*, 7ª ed., 2004, 3/24.

¿Acaso entendería la colectividad que un delito poco grave como el hurto fuese castigado con una pena muy grave con el pretexto de ser un delito muy frecuente? ¿Y que un delito de tanta gravedad como el asesinato estuviera amenazado con una pena leve simplemente porque las estadísticas revelan que no se cometen asesinatos de forma habitual? Resulta evidente que tanto lo uno como lo otro resulta contradictorio con las convicciones generales de la sociedad, porque ésta sólo se tomará en serio un Derecho penal que prevea penas leves para los delitos que la sociedad considera menos graves, del mismo modo que sólo confiará en un Derecho penal que castigue los delitos más graves, esto es, los que la sociedad misma desvalora en mayor grado, con las penas más duras. Es necesario, por tanto, limitar la prevención general de modo que las penas resulten proporcionadas a la mayor o menor gravedad del hecho (principio de proporcionalidad de las penas). De lo contrario, la sociedad no percibirá el Derecho penal como un reflejo de sus convicciones o valoraciones fundamentales. Esta función “estabilizadora” debe ser una de las principales funciones de la pena a juicio de los defensores de las teorías de la prevención general positiva.<sup>70</sup>

## 2. Sobre JAKOBS y su Derecho penal del enemigo

### 2.1. Acerca del primer JAKOBS (1985)

En 1985, la posición mantenida por Jakobs en relación con el Derecho penal del enemigo causó en la doctrina alemana una impresión mayoritariamente positiva.<sup>71</sup> Comparto la tesis de quienes entienden que, considerada globalmente, la labor del Jakobs de 1985 en relación con los delitos de emprendimiento tuvo una dimensión esencialmente garantista.<sup>72</sup> Sin embargo,

70. MIR PUIG, S., *PG*, 7ª ed., 2004, 3/21 y 3/26.

71. Lo constata SCHÜNEMANN, B., *GA* 2001, p. 210.

72. De esta opinión, por ejemplo, SCHROEDER, F.C., en GROPP, W., *ZStW* 97 (1985), p. 926. Recientemente PRITTWITZ, C., “Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del Derecho penal?”, en MIR PUIG, S. / COR-

y en contra de lo que suele afirmarse, no todo fueron elogios para el que aquí denominaremos “primer Jakobs”.

Algunos autores, en primer lugar, plantearon por primera vez una duda con respecto a la concepción de JAKOBS una duda que posteriormente se convertirían en una de las principales sospechas, si no la sospecha, que habría venido planeando sobre el Derecho penal del enemigo de JAKOBS hasta la fecha. La cuestión podría enunciarse del siguiente modo: ¿defendía el primer Jakobs el Derecho penal del enemigo presente en el StGB, o se limitaba a certificar su existencia, o, incluso lo criticaba? Resulta obvio que quienes como, por ejemplo, SCHROEDER o PRITTWITZ, han venido valorando positivamente el planteamiento de aquel JAKOBS lo han hecho a partir de la premisa de que este último autor no secundaba el Derecho penal de autor, sino que se limitaba a describirlo.<sup>73</sup> No obstante, algunos autores, como, por ejemplo, PUPPE,<sup>74</sup> NAUCKE<sup>75</sup> o SCHMIDHÄUSER<sup>76</sup> expresaron ya en 1985 sus dudas sobre si el Derecho penal del enemigo de JAKOBS era una simple descripción de una parte de la legislación penal alemana, o un concepto con alguna capacidad de rendimiento en la concepción de aquel autor. A este respecto, podría señalarse que en la posición de Jakobs que ahora se analiza predominan los argumentos que abonan su entendimiento como una simple descripción de la realidad. Sin embargo, dicha posición adolece de un cierto grado de ambigüedad que no permite descartar completamente la alternativa opuesta. Así, es cierto que en las jornadas de penalistas celebradas del 16 al 19 de mayo de 1985 en *Frankfurt am main*, JAKOBS afirmó, por ejemplo, que en un Estado liberal, el autor solo sería ciudadano, no enemigo;<sup>77</sup> o que el Dere-

---

COY BIDASOLO, M. (dirs.) / GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *La Política criminal en Europa*, 2004, p. 111.

73. SCHROEDER, F.C., en GROPP, W., ZStW 97 (1985), p. 926; PRITTWITZ, C., en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.) / GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *La Política criminal en Europa*, 2004, p. 107.

74. PUPPE, I., en GROPP, W., ZStW 97 (1985), p. 920.

75. NAUCKE, W., en GROPP, W., ZStW 97 (1985), p. 926.

76. SCHMIDHÄUSER, E., en GROPP, W., ZStW 97 (1985), p. 924.

77. JAKOBS, G., en GROPP, W., ZStW 97 (1985), p. 927.

cho penal del enemigo no sería ya Derecho, sino lucha o guerra, siendo entonces su caracterización como Derecho penal del enemigo meramente eufemística.<sup>78</sup> Pero también lo es que junto a tales manifestaciones de un JAKOBS inequívocamente liberal, en aquellas mismas jornadas se encuentran otras mucho más inquietantes y ambiguas. Dos muestras de ello se hallan, por ejemplo, en las respuestas de JAKOBS a las observaciones a su ponencia formuladas por CALLIESS y SCHMIDHÄUSER. Empezando por el primero, la observación que CALLIESS dirigió a JAKOBS consistió en que el esquema “dentro/fuera” o “amigo/enemigo” de la distinción “Derecho penal del ciudadano-Derecho penal del enemigo” sería completamente incompatible con el Estado social y democrático de Derecho.<sup>79</sup> A este respecto, JAKOBS convino con CALLIESS que el Derecho penal del enemigo es, en efecto, completamente incompatible con el ideal de un Estado de derecho. Sin embargo, un Estado de derecho ideal requeriría también de condiciones ideales, y lo cierto es que la cruda realidad terrenal demostraría que tales condiciones no siempre se dan. Por esta razón, el Estado debería poder renunciar en este contexto a una realización inmediata de todas las libertades individuales.<sup>80</sup> Por lo que respecta a la observación de SCHMIDHÄUSER, consistente en que no siempre resultaría sencillo conocer cuándo la argumentación de Jakobs con respecto al Derecho penal del enemigo es de *lege lata* y cuándo de *lege ferenda*,<sup>81</sup> JAKOBS respondió lo siguiente: no solo esperaba que la jurisprudencia del BVerfG evolucionase de tal modo que el castigo con pena de comportamientos estrictamente privados llegase a ser declarado inconstitucional, sino que consideraba posible, ya en 1985, una interpretación de los preceptos de Derecho penal del enemigo presentes en el StGB en dicho sentido. Sin embargo, y esto es lo más perturbador de su respuesta a SCHMIDHÄUSER, JAKOBS

78. JAKOBS, G., en GROPP, W., ZStW 97 (1985), p. 930.

79. CALLIESS, R.P., en GROPP, W., ZStW 97 (1985), p. 921.

80. JAKOBS, G., en GROPP, W., ZStW 97 (1985), p. 928.

81. SCHMIDHÄUSER, E., en GROPP, W., ZStW 97 (1985), p. 924.

entendió que en aquel momento dicha interpretación no era la única posible.<sup>82</sup>

No obstante, ya se advertía en aquel primer JAKOBS que su posición podía correr el riesgo de ser contradictoria con su propia concepción del Derecho penal y los fines de la pena. Aunque su pensamiento al respecto ha ido evolucionando, JAKOBS defiende la tesis de que la pena tiene como fin la estabilización de la vigencia de las normas como expectativas sociales institucionalizadas. De este modo, el delito no es concebido por JAKOBS como la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, sino como el quebrantamiento de la vigencia de la norma. Así las cosas, JAKOBS dice que aunque la sociedad moderna se encuentra especialmente necesitada de estabilización normativa, en el caso de los actos preparatorios “privados”,<sup>83</sup> la conducta se encuentra demasiado alejada del quebrantamiento de la norma, por lo que ésta no se halla especialmente necesitada de estabilización mediante el Derecho penal frente al acto preparatorio.<sup>84</sup> Sin embargo, JAKOBS no aclaró en 1985 cuál es la razón por la que los actos que ahora nos ocupan no perturban la estabilidad de la sociedad. En realidad, esta falta de aclaración trae causa, desde mi punto de vista, del carácter esencialmente formal y escasamente concreto de la concepción general de JAKOBS sobre las funciones y los fines de la pena. Se trata de un formalismo parecido —pese a las evidentes diferencias existentes entre ambas concepciones— al que caracteriza a la “teoría de la impresión”, doctrina dominante en Alemania como fundamento de la tentativa punible. En realidad, creo que esta falta de precisión y materialidad podría servir de base, fácilmente, para su criticado “Derecho penal de enemigos”. No en vano, JAKOBS reconoce que en situaciones absolutamente excepcionales, la vigencia de la norma puede verse

82. JAKOBS, G., en GROPP, W., ZStW 97 (1985), p. 929.

83. Se refieren al elemento de la privacidad en este contexto, aludiendo al carácter relativo del término, LAMPE, E.J. y TIEDEMANN, K., en GROPP, W., ZStW 97 (1985), pp. 923 y 925.

84. JAKOBS, G., “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” (1985) (trad. de E. PENARANDA RAMOS), en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, p. 322.

amenazada si no se entra en la esfera privada del autor, aunque matiza que tales normas excepcionales deben quedar separadas del “Derecho penal del ciudadano”, al que no deben “contaminar”.<sup>85</sup>

Desde un punto de vista conceptual, debe advertirse, sin embargo, que el amplio modo en que el primer Jakobs describe el Derecho penal del enemigo permitiría incluir en él no sólo el grupo de delitos en el que aquél aparecería con mayor claridad, esto es, los delitos de terrorismo, sino también algún otro al que quizá cabría referirse con mayor propiedad en el marco de lo que algunos autores denominan el “Derecho penal de la puesta en riesgo”,<sup>86</sup> en el sentido en que utiliza esta expresión, por ejemplo, HERZOG.<sup>87</sup> Me estoy refiriendo, concretamente, a los delitos económicos. Si el concepto de “enemigo” tiene alguna relevancia para el Derecho penal positivo, si puede hablarse realmente de un “Derecho penal del enemigo”, entonces creo que resulta conveniente delimitar de for-

85. JAKOBS, G., “Criminalización...”, en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 322 ss. En la 2ª edición de su monografía *La expansión del Derecho penal*, repetidamente citada en este trabajo, SILVA SÁNCHEZ defiende una posición parecida a la mantenida por el JAKOBS de 1985. Así, cuando SILVA se pregunta si el Estado está legitimado para imprimir al Derecho penal una «tercera velocidad», la del “Derecho penal del enemigo”, afirma que “sin negar que la «tercera velocidad» del Derecho penal describe un ámbito que debería ser deseablemente reducido a la mínima expresión, aquí se acogerá con reservas la opinión de que la existencia de un espacio de Derecho penal de privación de libertad con reglas de imputación y procesales menos estrictas que las del Derecho penal de la primera velocidad es, seguramente, en algunos ámbitos excepcionales y por tiempo limitado, inevitable”. Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., 2001, pp. 163 s. También aprecia una similitud entre la propuesta de SILVA y el “primer” JAKOBS, criticando duramente ambas concepciones, PORTILLA CONTRERAS, G., *LH-Bacigalupo Zapater*, 2004, p. 708, nota 65. En un sentido igualmente crítico, señalando que la “tercera velocidad” de SILVA es, más bien, una “marcha atrás” del Derecho penal LASCANO, C., “La cruzada de Ricardo Núñez contra el Derecho penal autoritario” (en línea: <http://www.carlosparma.com.ar/>). Sobre todo lo anterior vid. GÓMEZ MARTÍN, V., en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.) / GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *La Política criminal en Europa*, 2004, pp. 82 s.

86. Así lo señala CANCIO MELIÁ, M., “¿«Derecho penal» del enemigo?”, en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, pp. 59 ss.

87. HERZOG, F., *Gesellschaftliche unsicherheit*, 1990, *passim*.

ma precisa su contenido. De lo contrario, se podría correr un doble riesgo. El primero consistiría en confundir el fenómeno que ahora nos ocupa con otros fenómenos característicos del Derecho penal moderno conexos, aunque no completamente coincidentes, como el del “Derecho penal simbólico”, el de la “expansión del Derecho penal” o, por último, el ya mencionado del “Derecho penal de la puesta en riesgo”. Si esto ocurriera, cabría preguntarse, entonces, si el Derecho penal del enemigo es, o no, algo distinto a estas últimas manifestaciones. El segundo riesgo sería el siguiente: si se concibe el Derecho penal del enemigo como un instrumento crítico de contenido ilimitado, entonces puede llegar a entenderse como tal todo aquello que, en el marco del Derecho penal positivo, suponga, desde el punto de vista del intérprete de la ley, una intervención penal excesiva o desproporcionada a la luz de los principios de intervención mínima y de proporcionalidad del Derecho penal. En mi opinión, si esto ocurriera, entonces el concepto “Derecho penal del enemigo” quedaría sensiblemente desnaturalizado, por no decir que se convertiría en un concepto completamente vacío de contenido.<sup>88</sup>

## 2.2. Acerca del segundo JAKOBS (1999 / 2003)

### 2.2.1. Sobre el concepto de enemigo

Por desgracia, los temores de que de la posición sobre el “Derecho penal del enemigo” defendida por JAKOBS en 1985 a otra no tan crítica con aquél, sino más programática, sólo había un paso no demasiado grande —que acaban de ser expuestos— se confirmaron en 1999. A la vista de la posición defendida por el segundo JAKOBS en relación la materia que nos ocupa, creo que no hace falta extenderse demasiado para advertir que el contenido y la terminología empleadas por JAKOBS recuerdan peligrosamente a algunas de las concepciones comunitaristas (como, por ejemplo, las teorías de los “extraños” o “traidores

88. Alude al amplísimo alcance que en JAKOBS tiene la noción de enemigo PRITWITZ, C., en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.) / GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *La Política criminal en Europa*, 2004, p. 114.

a la comunidad” defendidas por BERGES,<sup>89</sup> BLEY,<sup>90</sup> DAHM,<sup>91</sup> EXNER,<sup>92</sup> FRANK,<sup>93</sup> FREISLER,<sup>94</sup> GALLAS,<sup>95</sup> VON GEMMINGEN,<sup>96</sup> GERLAND,<sup>97</sup> GURTNER, F. / FREISLER, R.,<sup>98</sup> HÖHN,<sup>99</sup> KLEE,<sup>100</sup> Hellmuth

89. BERGES, A., “Pflichtwidrigkeit und Willenstrafrecht”, DSt. 1934, pp. 239 ss.
90. BLEY, E., “Kriminalbiologie”, ZakDR 1940, pp. 29 ss.
91. DAHM, G., “Autoritäres Strafrecht”, MSchrKrim 1933, pp. 162 ss.; EL MISMO, “Das Ermessen des Richters im nationalsozialistischen Strafrecht”, DSt. 1934, pp. 87 ss.; EL MISMO, *Der Tätertyp im Strafrecht*, 1940, *passim*; EL MISMO, “Sühne, Schutz und Reinigung im neuen deutschen Strafrecht”, DSt. 1944, pp. 2 ss.
92. EXNER, F., “Die Ordnung zum Schutz gegen jugendliche Schwerverbrecher”, ZStW 66 (1942), pp. 244 ss.
93. FRANK, H., “Nationalsozialistischer Ehrenschatz”, DSt. 1937, pp. 265 ss.
94. FREISLER, R., “Einige Gedanken über Willenstrafrecht und Mehrheit von Straftaten”, DSt. 1935, pp. 162 ss.
95. GALLAS, W., “Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung”, en FS-Gleispach, 1936, pp. 50 ss.; EL MISMO, “Literaturbericht: Kriminalpolitik”, ZStW 56 (1936), pp. 794 ss.
96. VON GEMMINGEN, H.D.F., “Besprechungen. Georg Dahm. Die Zunahme der Richtermacht im modernen Strafrecht. Tübingen, Mohr, 1931”, MSchrKrim 1931, pp. 758 ss.; EL MISMO, “Willenstrafrecht oder Gefährdungstrafrecht?”, JW 1933, pp. 2371 ss.; el mismo, “Zur Behandlung des gewohnheitsmäßigen Sittlichkeitsverbrechers”, ZStW 55 (1935), pp. 124 ss.; EL MISMO, “Zum Täterproblem”, ZStW 61 (1942), pp. 28 ss.
97. GERLAND, “Neues Strafrecht”, DJZ 1933, pp. 858 ss.
98. GURTNER, F. / FREISLER, R., *Das neue Strafrecht. Grundsätzliche Gedanken zum Geleit*, 1936, *passim*.
99. HÖHN, R., “Staatsbegriff, Strafrecht und Strafprozeß”, DR 1935, pp. 266 ss.
100. KLEE, K., “Zum kommenden deutschen Strafrecht”, DJZ 1934, pp. 1303 ss.; EL MISMO, “Das Verbrechen als Rechtsguts- und als Pflichtverletzung”, DSt. 1936, pp. 1 ss.; EL MISMO, “Der Tätertypus als Mittel der Auslegung und der Gestaltung strafbarer Tatbestände”, DSt. 1940, pp. 97 ss.; EL MISMO, “Das Volksempfinden als Rechtsfertigungsgrund an sich strafbaren Verhaltens. (Umkehrschluß aus § 2 StGB)”, DSt. 1941, pp. 71 ss.; EL MISMO, “Was läßt das Reichsgericht vom Tätertypus übrig?”, DSt 1943, pp. 11 ss.

MAYER,<sup>101</sup> MEZGER,<sup>102</sup> VON PESTALOZZA,<sup>103</sup> PETERS,<sup>104</sup> SCHAFFSTEIN,<sup>105</sup> Carl SCHMITT,<sup>106</sup> Erik WOLF,<sup>107</sup> o ZAWAR,<sup>108</sup> que fueron ampliamente expuestas y valoradas críticamente supra) que sirvieron de base al vergonzoso Derecho penal del *III Reich*.<sup>109</sup>

101. MAYER, H., *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, 1936, pp. 66 ss. y 185 ss. ; EL MISMO, “Der Verbrechensbegriff”, DSt. 1938, pp. 73 ss.
102. MEZGER, E., “Täterstrafrecht”, DSt. 1934, pp. 145 ss.; EL MISMO, “Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht”, ZStW 55 (1935), pp. 1 ss.; EL MISMO, “Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht”, ZakDR 1937, pp. 417 ss.; EL MISMO, “Die Straftat als Ganzes”, ZStW 57 (1938), pp. 675 ss.; EL MISMO, “Tattypen, Tätertypen und Charaktertypen im Kriegstrafrecht. Aus einer kriminologischen Arbeitstagung in Graz am 12. Juni 1942”, DSt. 1942, pp. 108 ss.; EL MISMO, “Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriegstrafrecht”, ZStW 61 (1942), pp. 353 ss.; EL MISMO, “Rechtsirrtum und Rechtsblindheit”, en *FS-Kohlrausch*, 1944, pp. 180 ss.
103. VON PESTALOZZA, B. G., “Rechtsgutverletzung oder Pflichtverletzung?”, DSt. 1938, pp. 107 ss.
104. PETERS, K., “Das gesunde Volksempfinden”, DSt. 1938, pp. 337 ss.
105. SCHAFFSTEIN, F., “Nationalsozialistisches Strafrecht”, ZStW 53 (1934), pp. 603 ss. ; EL MISMO, “Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht”, ZStW 55 (1935), pp. 18 ss. ; EL MISMO, DAS VERBRECHEN ALS PFLICHTVERLETZUNG, 1935, PASSIM ; EL MISMO, “Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?”, DSt. 1935, pp. 97 ss. ; el mismo, “Literaturbericht: Strafrecht. Allgemeiner Teil”, ZStW 56 (1936), pp. 104 ss. ; EL MISMO, “Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma”, DSt. 1937, pp. 335 ss. ; EL MISMO, “Literaturbericht: Strafrecht. Allgemeiner Teil”, ZStW 58 (1939), pp. 660 ss. ; el mismo, “Zur Lehre vom Tätertyp im Kriegstrafrecht”, DSt. 1942, pp. 33 ss. ; EL MISMO, “Verräterei und Majestätsdelikt in der gemeinrechtlichen Strafrechtsdoktrin”, en EL MISMO, *Abhandlungen zur Strafrechtsgeschichte und zur Wissenschaftsgeschichte*, 1986, pp. 123 ss.
106. SCHMITT, C., *Sobre los tres modos de pensar de la ciencia jurídica* (estudio preliminar, trad. y notas de HERRERO, M.), 1996, *passim*.
107. WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, *passim*; EL MISMO, “Tattypus und Tätertypus”, ZakDR 1936, pp. 359 ss.; EL MISMO, “Literaturbericht: Rechts- und Staatsphilosophie”, ZStW 56 (1936), pp. 279 ss.
108. ZAWAR, “Volksschändlingstat oder Volksschändlingstyp?”, DSt. 1943, pp. 42 ss.
109. Comparten esta idea HEFENDEHL, R., StV 2005, p. 160; PORTILLA CONTRERAS, G., JpD 49 (2004), p. 49, nota 58; EL MISMO, *LH-Bacigalupo Zapater*, 2004, p. 706, nota 58; PRITWITZ, C., en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.) / GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *La Política criminal en Europa*, 2004, p. 116; ESER, A., Consideraciones finales, en ESER, A. / HASSEMER, W. / BURKHARDT, B. (coords. de la versión alemana) / MUÑOZ

Como indica con razón BORJA JIMÉNEZ, la principal diferencia entre la Política criminal de un Estado totalitario y la de un Estado democrático es la siguiente: mientras que en el primero el Derecho penal contempla al delincuente como un traidor o un enemigo que debe ser literalmente “borrado”, “barrido”, “aplastado” o inocuizado, en un Estado democrático la función del Derecho penal no debe consistir en la eliminación *del delincuente*, sino en la evitación de *hechos delictivos* con respecto a las garantías individuales y la dignidad humana del delincuente como *ciudadano*.<sup>110</sup> No cabe duda de que en relación con algunos de los delitos que mayor alarma despiertan, por ejemplo, en la sociedad española, como sucede con los delitos de terrorismo, mantener el equilibrio entre la racionalidad preventiva y la valorativa del Derecho penal.<sup>111</sup> Sin embargo,

---

CONDE, F. (coord. de la versión española), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, 2004, p. 472 (El que los enemigos no sean considerados “como personas”, es una consideración que ya ha conducido alguna vez a la negación del Estado de Derecho); MUÑOZ CONDE, F., “Conversaciones”, RECPC 04-c2 (2002); EL MISMO, “De nuevo...”. Comunicación inédita, p. 6. LASCANO, C., “La cruzada...” (en línea: <http://www.carlosparma.com.ar>).

110. BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de Política criminal*, 2003, pp. 25 ss. En la misma línea GRACIA MARTÍN, L., RECPC 07-02 (2005), pp. 34 ss. EL MISMO, “El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo”, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 488 s. En un sentido parecido SCHÜNEMANN, B., GA 2001, p. 212; ZAFFARONI, E.R., *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 1089.
111. Sobre esta doble racionalidad y el equilibrio que entre ellas debe existir necesariamente en la Política criminal de un Estado democrático *vid.* ALCÁCER GUIRAO, R., “Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal”, AP 2001 (13). Según ALCÁCER el Derecho penal debe atender —en terminología del sociólogo Max WEBER— a dos distintas clases de racionalidad: la instrumental, o “consecuencialista”, y la valorativa, o “principalista”. En un tal Derecho penal “consecuencialista” y, al mismo tiempo, “principalista”, la pena debe servir para algo, debe producir resultados, pero debe hacerlo con la limitación de la observancia de determinados principios o valores (pp. 184 ss.). Señala ALCÁCER, en mi opinión con razón, que, desde esta perspectiva, el Derecho penal sociológico-funcionalista de JAKOBS no puede ser asumido, ya que se trata de un Derecho penal entregado a la optimización de la racionalidad instrumental, a la consecución del resultado consistente en el funcionamiento del sistema social en detrimento del individuo (pp. 193 ss.). Como dice ALCÁCER, una tal concepción del Derecho penal como instrumento para estabilizar el sistema

ello no significa que el Derecho penal deba abandonarse en estos casos límite, ni siquiera excepcionalmente, a la maximización de la racionalidad instrumental del Derecho penal o a un discurso del *law and order* sin límite valorativo alguno. En el Derecho penal de un Estado social y democrático de derecho, el Estado no está legitimado para dar este paso de gigante. En caso de que este paso fuera dado —lo cual probablemente esté ocurriendo en nuestro país con motivo de alguna de las últimas reformas del CP en materia antiterrorista<sup>112</sup>—, entonces se estaría traspasando, con ello, una línea que en un Estado democrático que nunca, o, como máximo, únicamente en situaciones absolutamente excepcionalísimas, debería ser superada. Me estoy refiriendo a la línea que separa el Derecho penal del “Derecho de lucha” o “de guerra”.<sup>113</sup>

---

social resulta tautológica (pp. 209 ss.) y descriptiva, y no, en cambio, prescriptiva, al prescindir de referencias axiológicas o valorativas y no plantearse la legitimidad del Derecho pena (pp. 212 ss.). En suma: no hay modo de reconducir la “racionalidad sistémica” de JAKOBS a una “racionalidad intersubjetiva” democrática (pp. 225 ss.). En un sentido parecido ya se había expresado anteriormente MIR PUIG, S., “Recensión a JAKOBS, *Sociedad, norma y persona ...*”, RDPC, 2ª Época, n°2, 1998, pp. 453 s., refiriéndose en este caso —esta vez citando a HABERMAS— a la distinción entre racionalidad instrumental y racionalidad crítica.

112. De esta opinión, por ejemplo, CANCIO MELIÁ, M., JpD 44 (2002), p. 26, en relación con el delito previsto en el art. 578, primera alternativa (adhesión a las infracciones de terrorismo o a sus autores).
113. Consideran que el Derecho penal del enemigo no tiene cabida en un Derecho penal liberal, siendo, por tanto, algo característico de un Derecho penal totalitario HETTINGER, M., “Das Strafrecht als Büttel? - Fragmentarische Bemerkungen zum Entwurf eines Korruptionsbekämpfungsgesetzes des Bundesrats vom 3. 11. 1995”, NJW 1996, p. 2264; OSTENDORF, H., “Chancen und Risiken von Kriminalprävention”, ZRP 2001, p. 152; ZAFFARONI, E.R., *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1077 y 1088 ss.; GRACIA MARTÍN, L., *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 490; RAMOS VÁZQUEZ, J.A., en FARALDO CABANA (dir.) / BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A. / PUENTE ABA, L.M. (coords.), *Nuevos retos*, 2004, p. 99. En un sentido crítico parecido CANCIO MELIÁ, M., JpD 44 (2002), pp. 21 ss., aunque más vinculado a la teoría de la prevención general positiva defendida por su maestro Jakobs y por él mismo. Con reservas, pero aparentemente tendente a concluir que el Derecho penal del enemigo tiene alguna cabida en un Estado liberal, a pesar de afirmar que es posible que el Derecho penal del enemigo no sea, en realidad, auténtico derecho PÉREZ DEL VALLE, C., CPC 75 (2001), p. 605. Sobre la confusión entre Derecho penal

Es posible, además, que el concepto de enemigo contradiga lógicamente una de las principales premisas de las que parte la construcción normativista de JAKOBS: aquélla según la cual la persona no sería sino un constructo social. En efecto, si desde el punto de vista social-comunicativo adoptado por JAKOBS lo que importa en la persona no es su dimensión empírico-subjetiva, esto es, lo que piensa o desea, o la actitud interna que muestra ante lo que le rodea, sino lo que comunica a la sociedad mediante sus actos, ¿cómo se explica, entonces, que el propio JAKOBS exija, como uno de los requisitos de la cualidad de enemigo, que el individuo muestre una especial *perversidad subjetiva*, acreditada en una particular peligrosidad futura y en una *actitud* de desobediencia ante la norma?<sup>114</sup> El modo más razonable de resolver esta contradicción pasaría por entender que JAKOBS concibe no sólo a la persona, sino también a la no-persona, esto es, al enemigo, como un constructo social. En el caso del enemigo, se trataría de un constructo social que el sistema jurídico habría creado con el objetivo de dotar a la sociedad de los ciudadanos de una identidad cohesionadora. Esta nueva construcción social se habría llevado a cabo de un modo esencialmente arbitrario, a juzgar por la disparidad existente entre los distintos grupos de delitos “de enemigo” enunciados por JAKOBS. ¿Existe, en efecto, alguna conexión entre los delitos de terrorismo, los de tráfico de drogas, la delincuencia sexual habitual o la delincuencia económica que permita deducir la existencia de un hilo conductor entre ellos?<sup>115</sup>

### 2.2.2. Sobre el concepto de persona

La afirmación de JAKOBS —basada en la Sociología funcionalista de LUHMANN— de que no puede ser calificado como persona aquel sujeto respecto de cuyo comportamiento no es po-

y guerra tras el 11 de septiembre de 2001 *vid.* PRITTWITZ, C., *FS-Lüderssen*, 2002, pp. 499 ss.

114. GARCÍA AMADO, J.A., “El obediente...”. Documento de trabajo inédito, p. 2.

115. GARCÍA AMADO, J.A., “El obediente...”. Documento de trabajo inédito, p. 3.

sible establecer expectativas normativas mínimamente serias debe ser rechazada de plano.<sup>116</sup> Para JAKOBS —y LUHMANN—, la elaboración de la definición de “persona” exige acudir a ciertos conceptos sociales, como el de “competencia”, o el de “norma” como “expectativa social institucionalizada”, o a nociones como la de que la persona es un sujeto mediado por lo social.<sup>117</sup> Para JAKOBS, la persona no es “lo que es subjetivamente”, sino “lo que hace”, “lo que representa”. Si la sociedad se caracteriza por ser un contexto de comunicación con un número infinito de contactos anónimos, es evidente, para Jakobs, que sólo es posible conocer al prójimo conociendo qué hace.<sup>118</sup> Ante esta realidad, la única forma de organizarse racionalmente que la sociedad moderna tiene a su disposición es mediante estándares o roles como un baremo objetivo, ya que, de lo contrario, la sociedad no podrá saber qué puede esperar de los demás.<sup>119</sup> Sin embargo, la consideración de la persona *exclusivamente* como un constructo social, como el resultado de un proceso de comunicación, resulta, desde mi punto de vista, sencillamente intolerable. Es cierto, como recientemente ha puesto de relieve ALCÁCER GUIRAO, que quizá el problema de la persona en JAKOBS no sea tanto el concepto mismo de persona como las consecuencias que el penalista de Bonn extrae para el Derecho penal. Así, y por lo que respecta al concepto, Alcácer afirma que el concepto de persona como constructo social del que JAKOBS se declara partidario, aunque bajo una apariencia ciertamente “fiera” (ALCÁCER lo califica de “oveja con piel de lobo”),<sup>120</sup> en realidad consiste en un concepto clásico en Sociología, que viene siendo utilizado en este ámbito de forma habitual sin que ello denote, necesariamente, una tendencia a un comunitarismo exacerbado, o una conexión con ideología anti-

116. RAMOS VÁZQUEZ, J.A., en FARALDO CABANA (dir.) / BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A. / PUENTE ABA, L.M. (coords.), *Nuevos retos*, 2004, p. 99.

117. JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona*, 1996, p. 50.

118. JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona*, 1996, pp. 51 s.

119. JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona*, 1996, p. 53.

120. ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, p. 56.

liberal alguna.<sup>121</sup> La idea de que el individuo también encuentra su identidad a través de procesos de interacción social no solo es aceptable, sino, incluso, de obligada aceptación, salvo que quiera caerse en un ya completamente superado atomismo individualista, según el cual el individuo adquiriría valores y deseos de forma completamente independiente a la sociedad.<sup>122</sup> Sin embargo, para huir de este atomismo individualista ya superado no es en absoluto necesario, y, en mi opinión, tampoco conveniente, desplazarse hacia el extremo opuesto. Es decir, entender que la sociedad es la que define por completo al individuo. Sobre todo cuando, como ocurre en JAKOBS, es el Estado quien, en nombre de la sociedad, decide si a un sujeto le corresponde ostentar, o no, el *status* de persona. Esta última circunstancia puede conducir (y de hecho así ocurre en JAKOBS) a consecuencias tan discutibles como, por ejemplo, que los sujetos que carezcan de capacidad para comunicarse con sentido social (por ejemplo, los inimputables), o para comunicarse de tal modo que sea posible elaborar con respecto a su comportamiento expectativas normativas razonablemente serias (por ejemplo, los terroristas),<sup>123</sup> deba serles negado el *status* de persona.<sup>124</sup>

121. ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 59 ss.

122. A propósito de su crítica a la concepción de Lesch advierte de este riesgo ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 83 s., nota 272.

123. También establece una conexión directa entre el concepto sistémico-normativo de persona de Jakobs y su Derecho penal del enemigo PORTILLA CONTRERAS, G., *Mientras tanto* 83 (2002), pp. 81 s.; EL MISMO, JpD 49 (2004), p. 45; EL MISMO, *LH-Bacigalupo Zapater*, 2004, pp. 697 s.

124. En este sentido crítico MIR PUIG, S., RDPC, 2a Época, n°2 (1998), pp. 454 s. Una línea de argumentación próxima, aunque no exactamente coincidente, se encuentra en GRACIA MARTIN, L., RECPC 07-02 (2005), pp. 34 ss. Apoyándose sobre todo en *Puffendorf* (pp. 39 ss.), GRACIA entiende que, aunque el concepto de persona del que parte JAKOBS pueda ser compartido desde una perspectiva sociológica, o, incluso, desde un punto de vista jurídico-abstracto, lo cierto es, sin embargo, que se trataría de un concepto que no resultaría adecuado para el Derecho penal en orden a designar al destinatario tanto de las reglas de imputación como de las consecuencias jurídicas del delito. Para GRACIA, el destinatario del Derecho penal en el sentido que acaba de ser indicado

Probablemente sea cierto, como el propio JAKOBS afirma, que su concepción sobre los fines del Derecho penal no es directamente autoritaria, sino neutral.<sup>125</sup> Pero también resulta evidente que si la sociedad se entiende, como lo hace JAKOBS, como un sistema de normas, lo que se deduce es una concepción de un Estado en el que los deberes de los individuos prevalecen frente a sus derechos.<sup>126</sup> En la base del planteamiento de JAKOBS late una concepción de la naturaleza humana pesimista,<sup>127</sup> de acuerdo con la cual el hombre debe ser contemplado como un sujeto egoísta y esencialmente preocupado por su propia supervivencia. Podría decirse que en el modelo de sociedad que JAKOBS toma como referente para la construcción de su sistema, el Estado tiene como fin principal controlar el mantenimiento del orden público y garantizar la seguridad de

---

no sería, así, ni la persona luhmanniana, ni ningún otro concepto normativo de persona, sino el hombre, el individuo humano real de carne y hueso como realidad empírica, (pp. 37 s.) con dignidad humana (pp. 40 ss.). Sobre esto *vid.* también GRACIA MARTÍN, L., *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 488 s., aludiendo al carácter “absoluto” de la dignidad humana (reconocido, según GRACIA, incluso por uno de los referentes filosóficos invocados por el segundo JAKOBS, recuérdese, en apoyo de su Derecho penal del enemigo: KANT) y considerando el respeto a la dignidad del ser humano, por ello, una “condición de validez de todo Derecho” (p. 490).

125. En la concepción de JAKOBS, la pena sirve para mantener la identidad de la sociedad como contexto comunicativo. Frente a la crítica de que, concebida de este modo, la pena puede convertirse en un instrumento al servicio de un derecho autoritario, JAKOBS reconoce que ello puede ocurrir. En efecto, desde el punto de vista del contenido de las normas que identifican a la sociedad, el Derecho penal es neutral: *vid.* JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona*, 1996, p. 30. Para JAKOBS, la Ciencia del Derecho penal y la Política criminal se encuentran separadas, pertenecen a sistemas sociales distintos: *vid.* JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona*, 1996, p. 41. Sobre esto *vid.* también ALCÁZER GUIRAO, R., AP 2001, pp. 213 ss.; PEÑARANDA RAMOS, E. / SUÁREZ GONZÁLEZ, C. / CANCIO MELIÁ, M., Estudio preliminar a JAKOBS, G., *Estudios de Derecho penal*, 1997, p. 28.
126. MIR PUIG, S., *LH-Cerezo Mir*, 2003, p. 78; MUÑOZ CONDE, F., “Conversaciones”, RECPC 04-c2 (2002).
127. PRITZWITZ, C., en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.) / GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *La Política criminal en Europa*, 2004, p. 117.

los individuos.<sup>128</sup> Así concebido, el Estado de Jakobs se asemejaría al Estado que el filósofo renacentista THOMAS HOBBS describió en su célebre obra *Leviatán*.<sup>129</sup> Sin embargo, la concepción de HOBBS sobre la relación entre el Estado y el individuo no sólo no es la única posible en relación con esta materia, sino que, probablemente, tampoco se trata de la más atendible desde la perspectiva liberal de un Estado social y democrático de derecho. Desde este último punto de vista, probablemente resultan compartibles en mayor grado, por ejemplo, las teorías filosófico-políticas del Estado defendidas por Jean-Jacques ROUSSEAU<sup>130</sup> y, sobre todo, por John LOCKE.<sup>131</sup> A diferencia de lo que ocurre con HOBBS, cuyo *Leviatán* suele ser contemplado como una metáfora del Estado totalitario,<sup>132</sup> para los dos primeros filósofos los hombres son, por naturaleza, además de libres, buenos y razonables (LOCKE), o no son ni malos ni buenos, sino maleables por la sociedad (ROUSSEAU), y el Estado no es el resultado de un pacto encaminado al restablecimiento del orden público y de la paz social a costa de la libertad de los individuos (HOBBS), sino un mecanismo para conseguir la formalización de la libertad del individuo (LOCKE) o

128. PEÑARANDA RAMOS, E. / SUÁREZ GONZÁLEZ, C. / CANCIO MELIÁ, M., *Estudio preliminar a JAKOBS, G., Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 25 s., comparando en este aspecto a JAKOBS con CARRARA.

129. Sobre esto último, *vid.* HARTNACK, J., *Breve historia de la filosofía* (trad. de Lorente, J.A.), 1996, pp. 89 ss.

130. Considera, en cambio, que las teorías del contrato social y los modelos de Estado propuestos por HOBBS y ROUSSEAU no se encuentran tan alejados como suele afirmarse PÉREZ DEL VALLE, C., CPC 75 (2001), p. 611.

131. ZAFFARONI, E.R., *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1079 ss.

132. ZAFFARONI, E.R., *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1079 y 1081. En contra de esta opinión se pronuncia, sin embargo, PÉREZ DEL VALLE. Para este autor, "la visión de HOBBS respecto del contrato social es sustancialmente individualista", y el Derecho penal del enemigo del *Leviatán* hobbesiano, lejos de ser un instrumento autoritario, es una consecuencia de las necesidades defensivas del Estado con respecto a aquellos individuos que se han sustraído del pacto social. El Estado hobbesiano tendría derecho a devolver a tales individuos al estado de naturaleza, tratándolos de conformidad con las reglas del mismo. *Vid.* PÉREZ DEL VALLE, C., CPC 75 (2001), pp. 606 s. y 608.

un mecanismo para conseguir la plena maximización racional de dicha libertad (ROUSSEAU).<sup>133</sup>

Que la teoría de la pena de JAKOBS enlaza mejor con la teoría del Estado de HOBBS que con la defendida por LOCKE o Rousseau lo demuestra, por ejemplo, la afirmación de JAKOBS de que sin sociedad, sin funcionamiento del sistema social no hay, en realidad, libertad individual.<sup>134</sup> Esta idea, que probablemente es cierta en la medida en que, como decía ROUSSEAU, el hombre sólo se forma completamente como individuo libre mediante su interacción social con sus semejantes,<sup>135</sup> es radicalmente rechazable si se lleva al extremo, como hace JAKOBS, para acabar afirmando que el individuo no es nada sin la sociedad; que cuanto mayor sea el grado de comunitarismo de una sociedad mayor será también su grado de individualismo;<sup>136</sup> o, por último, que el Derecho penal debe transformar esta supuesta realidad sociológica en “deber ser” normativo.<sup>137</sup> Respecto de esto último, merece la pena advertir que aunque es cierto que comunitarismo e individualismo no son términos absolutamente antagónicos, no puede ignorarse que, en contra de lo que insinúa JAKOBS, tales extremos se encuentran en tensión, de tal modo que no pueden ser llevados al extremo de forma simultánea. La maximización absoluta de uno de estos objetivos tendrá como consecuencia, necesariamente, la reducción del otro.<sup>138</sup>

133. HARTNACK, J., *Breve historia*, 1996, pp. 137 ss.; ROUSSEAU, J.J., *El contrato social* (trad. de LÓPEZ CASTELLÓN, E.), 1999, pp. 61 ss.; LÓPEZ CASTELLÓN, E., “Rousseau o la racionalización de la vida en sociedad”, Estudio preliminar a Rousseau, J.J., *El contrato social*, 1999, pp. 22 ss.

134. JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona*, 1996, pp. 32 s.

135. ROUSSEAU, J.J., *El contrato social*, 1999, pp. 61 ss.

136. JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona*, 1996, p. 32.

137. ALCÁCER GUIRAO, R., AP 2001, p. 200.

138. Parafraseando a MUÑOZ CONDE, F., “De nuevo...”. Comunicación inédita, p. 22: “Pero una seguridad cognitiva total nunca puede ser garantizada por ningún sistema sea del tipo que sea. Podrá haber unos niveles mayores o menores de seguridad, y de lo que se trata es de determinar cuando esos niveles son compatibles con el ejercicio de los derechos fundamentales. El equilibrio entre los dos polos es difícil y, como ya hemos dicho anteriormente, siempre se encuentran en tensión. Pero

### 2.2.3. Sobre la supuesta doble función de la pena

#### A) Planteamiento

También es ampliamente cuestionable, desde mi punto de vista, la idea, defendida por el segundo JAKOBS, según la cual la distinción entre ciudadanos y enemigos determinaría en la pena una doble función: con respecto a los ciudadanos, la pena cumpliría una función de prevención general positiva, y en relación con los enemigos, en cambio, una de prevención especial negativa inocuizadora, como si de una medida de una custodia de seguridad se tratase.<sup>139</sup> Y no convence, principalmente, por dos motivos. En primer lugar, frente a la distinción propuesta por JAKOBS puede objetarse que la misma adolece de un alto grado de inconcreción, pudiendo entenderse, incluso, que conduce a una petición de principio. El segundo motivo de rechazo consiste en que resulta preferible entender que la pena siempre tiene un doble componente preventivo-general positivo y negativo.

#### B) La doble función de la pena: ¿Una petición de principio?

Como ya se expuso *supra*, JAKOBS considera que, en términos comunicativos o declarativos, la pena solo cumple su función el ciudadano, no con el enemigo. Con respecto a éste, la pena solo sería un mecanismo para proteger a la sociedad de la fuente de peligros futuros que supone el enemigo. JAKOBS explica esta distinción de varios modos distintos, pero sin concre-

---

si, como sucede en momentos de crisis, la balanza se inclina descaradamente y sin ningún tipo de límites a favor de la seguridad cognitiva, la consecuencia inmediata será la paz, pero la paz de los cementerios. Una sociedad en la que la seguridad se convierte en el valor fundamental, es una sociedad paralizada, incapaz de asumir la menor posibilidad de cambio y de progreso, el menor riesgo”.

139. JAKOBS, G., en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, pp. 43 y 55. Sobre el MEZGER nacionalsocialista como antecedente de la escisión del poder del Estado “en dos: uno para los comunes y otro para los extraños, que son los enemigos”, ZAFFARONI, E.R., *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 1088.

tar cuáles son los elementos que deben concurrir en un sujeto para merecer la consideración de “enemigo” en el sentido “no comunicativo” que acaba de ser mencionado. En mi opinión, esta última circunstancia convierte el discurso sobre el enemigo de JAKOBS en un discurso en gran medida circular, ya que, precisamente, de lo que se trata es de conocer cuál sería el momento, en opinión de JAKOBS, a partir del cual el Estado estaría legitimado para dejar de tratar a un sujeto como ciudadano y someterle al tratamiento propio de un enemigo. Es decir, cuáles son los requisitos que deben concurrir en un sujeto para operar el tránsito de la lógica comunicativa del Derecho penal del ciudadano a la exclusivamente defensiva del Derecho penal del enemigo. No basta, por tanto, con afirmar la existencia en la sociedad de ciudadanos y enemigos, y la legitimidad del Estado para apartar a estos últimos de aquélla, en aras de su protección sino que interesa particular señalar quiénes son tales enemigos y, sobre todo, por qué es necesaria esta distinción.<sup>140</sup> A mi juicio, la circularidad del razonamiento de JAKOBS le conduce a escindir las funciones de la pena, de tal modo que una parte del Derecho penal, la aplicable al ciudadano, cumpliría una función preventivo-general positiva, y otra parte, la relativa a los enemigos, una función, en cambio, preventivo-especial. Como se verá a continuación, esta escisión es, desde mi particular punto de vista, completamente artificiosa, ya que en un Estado social y democrático de Derecho la función de la pena debe tener, en todo caso, una doble dimensión preventiva general-especial / positiva-negativa.

### C) Sobre la doble dimensión de la pena

Que en un Estado social y democrático de derecho la pena deba cumplir, como ya se ha visto, una función de prevención general positiva no significa, sin embargo, que deba ignorarse su dimensión negativa. Como también se ha apuntado *supra*, en Derecho penal, la penas no son simples declaraciones ideales,

140. En esta línea SCHÜNEMANN, B., GA 2001, p. 212; GRACIA MARTÍN, L., RE-CPC 07-02 (2005), pp. 28 ss.; GARCÍA AMADO, J.A., “El obediente...”. Documento de trabajo inédito, p. 12.

sino que consisten en medidas que pueden provocar trascendentes consecuencias en el ejercicio de algunos de los más fundamentales derechos de los individuos. Siendo esto así, no será en absoluto extraño, entonces, que el destinatario de la pena, esto es, el potencial interviniente en un delito, contemple la pena no solo como un mensaje meramente declarativo de las convicciones jurídicas fundamentales de la sociedad, sino además, o sobre todo, como un mal con el que el Estado le amenaza.<sup>141</sup> Por ello, me parece artificioso señalar, como hace Jakobs, que el Derecho penal del ciudadano estabiliza expectativas normativas mientras que el Derecho penal del enemigo amenaza con penas para eliminar o neutralizar peligros futuros. Porque, entendida en un sentido dialéctico, la pena debe cumplir, en todo caso, una doble función preventivo-general positiva y negativa.

En ocasiones da la impresión de que lo que JAKOBS pretende significar en realidad es que, desde su particular punto de vista, en el Derecho penal del ciudadano la pena cumpliría una función de prevención general, mientras que al servicio del Derecho penal del enemigo funcionaría en un sentido preventivo especial, entonces la teoría de la doble función de la pena se presenta como igualmente fallida. Porque el propio legislador suele exigir —el CP español o el StGB alemán no constituyen en absoluto una excepción a este planteamiento— al Juez que tenga en cuenta para la determinación de la pena no solo la gravedad del hecho, sino, además, las circunstancias persona-

141. SCHÜNEMANN, B., “La culpabilidad: Estado de la cuestión” (trad. de FELIP I SABORIT, D.), en ROXIN, C. / JAKOBS, G. / SCHÜNEMANN B. / FRISCH, W. / KÖHLER, M. (comp. J.M. SILVA SÁNCHEZ), *Sobre el estado*, 2000, pp. 109 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, E., Prólogo a ALCÁZER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 16 s., apoyándose en la teoría psicoanalítica de la pena; PRITTWITZ, C., en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.) / GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *La Política criminal en Europa*, 2004, p. 117; ESER, A., *Consideraciones finales*, en ESER, A. / HASSEMER, W. / BURKHARDT, B. (coords. de la versión alemana) / MUÑOZ CONDE, F. (coord. de la versión española), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, 2004, p. 472. Sobre esto *vid.*, además, PEÑARANDA RAMOS, E. / SUÁREZ GONZÁLEZ, C. / CANCIO MELIÁ, M., *Estudio preliminar*, 1997, pp. 31 s.; CANCIO MELIÁ, M., en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 66.

les del sujeto. Y ello es predicable, por supuesto, no solo para los delitos susceptibles de merecer la consideración de “Derecho penal del enemigo”, por ejemplo, los delitos de terrorismo, sino, en realidad, para todos los delitos.

Es posible por último, que lo que Jakobs pretende señalar sea que en el Derecho penal del ciudadano la pena sería la consecuencia de un hecho ya ocurrido que lesionaría un bien jurídico o infringiría una norma, y que en el caso del Derecho penal del enemigo la pena pretendería evitar la comisión futura de hechos por parte de personas particularmente peligrosas, pero no castigaría un hecho ya cometido. Esto es, que en el Derecho penal del enemigo la pena se transformaría en una especie de medida de seguridad predelictual. Si esto fuera así, entonces debería concluirse que el por él llamado “Derecho penal del enemigo” sería ilegítimo de plano, por contrario a uno de las principales manifestaciones del principio de culpabilidad: el principio del hecho, o de responsabilidad por el hecho.<sup>142</sup> Sin embargo, como señala con acierto CANCIO MELIÁ, “estas características no aparecen con esta nitidez negro sobre blanco en el texto de la Ley, sino que se encuentran sobre todo en diversas tonalidades grisáceas”.<sup>143</sup> De tal modo que, como veremos *infra*, en el marco de lo que podría llamarse la legislación penal española en materia antiterrorista, seguramente pueda afirmarse que alguno de los preceptos que la conforman solo muy dudosamente respetaría el ya mencionado principio de responsabilidad por el hecho. En otros, en cambio, ello probablemente no ocurra.

142. HEFENDEHL, R., StV 2005, p. 159; CANCIO MELIÁ, M., en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, pp. 94 y 100 ss.; Díez RIPOLLÉS, J.L., RECPC 07-01 (2005), p. 21; GRACIA MARTÍN, L., RECPC 07-02 (2005), p. 22; GARCÍA AMADO, J.A., “El obediente...”. Documento de trabajo inédito, p. 14; MUÑOZ CONDE, F., “De nuevo...”. Comunicación inédita, p. 6. Sobre el principio de responsabilidad por el hecho *vid.*, recientemente, HIRSCH, H.J., “Tatstrafrecht - ein hinreichend beachtetes Grundprinzip?”, en *FS-Lüderssen*, 2002, pp. 253 ss.

143. CANCIO MELIÁ, M., en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 94.

#### 2.2.4. Sobre la separación de los Derechos penales del ciudadano y del enemigo

Como en 1985, JAKOBS acaba concluyendo que, en caso de existir Derecho penal del enemigo, sería preferible que éste se encontrara separado del Derecho penal del ciudadano, ya que, en caso contrario, éste último, con todo su aparato de garantías político-criminales materiales y procesales, correría el riesgo de verse progresivamente desintegrado. Como ya se expuso supra, la preocupación de que Jakobs por la integridad de las garantías liberales Derecho penal del ciudadano es, en principio, plausible. Sin embargo, ¿tiene el mismo significado la exigencia de separación entre los dos Derechos penales en el JAKOBS de 1985 que en el de 2003? En mi opinión, esta pregunta debe ser contestada en sentido negativo. Así, existen algunos aspectos de la posición que JAKOBS adopta al respecto en 2003 que hacen de esta nueva toma de posición una postura sensiblemente más criticable que la expresada en 1985.<sup>144</sup>

Como ya se expuso supra, en 1985 la posición adoptada por JAKOBS en relación con el Derecho penal del enemigo consistía, básicamente, en una *descripción* del fenómeno que nos ocupa como un problema de *lege lata* en el Derecho penal alemán. Sin embargo, en 2003, JAKOBS se muestra abiertamente favorable a la existencia de alguna clase de Derecho penal del enemigo, limitándose a establecer dos límites: la necesidad de que su destinatario pueda ser calificado como un auténtico enemigo de la comunidad, y su separación del Derecho penal del ciudadano. En relación con el primer límite, únicamente debe recordarse que su condición auténticamente limitadora resulta sin duda cuando menos discutible desde el momento en que, como ya se ha señalado, Jakobs no concreta en absoluto cuándo debe entenderse que nos encontramos ante un auténtico enemigo.

Con respecto al segundo límite, el relativo al “no entremezclamiento” de Derecho penal del ciudadano y Derecho penal

144. También críticamente, aunque en un sentido algo diferente, GARCÍA AMADO, J.A., “El obediente...”. Documento de trabajo inédito, p. 18.

del enemigo, el JAKOBS de 2003 afirma ahora lo siguiente: si tuvieramos que compararse la nocividad que para el Estado de Derecho representan medidas inequívocamente propias de Derecho penal del enemigo como, por ejemplo, la incomunicación de ciertos elementos terroristas, con la que supone la corrupción del Derecho penal del ciudadano como consecuencia de la proliferación de elementos de Derecho penal del enemigo en el StGB, no cabe duda, para JAKOBS, de que este último fenómeno sería, de los dos, el que debería evitarse en mayor medida. Señala JAKOBS literalmente a este respecto: Lo que en el caso de los terroristas *–adversarios por principio– puede ser adecuado, es decir, tomar como punto de referencia las dimensiones del peligro y no el daño en la vigencia de la norma ya realizado, se traslada aquí al caso de la planificación de cualquier delito, por ejemplo de un simple robo. Tal Derecho penal del enemigo superfluo –la amenaza de pena desorbitada carece de toda justificación– es más dañino para el Estado de Derecho que, por ejemplo, la incomunicación antes mencionada, pues en este último caso, sólo no se trata como persona al –presunto– terrorista, en el primero cualquier autor de un delito en sentido técnico y cualquier inductor (§§ 12, párrafo 1.º, 30 StGB), de manera que una gran parte del Derecho penal del ciudadano se entremezcla con el Derecho penal del enemigo.<sup>145</sup> Frente a este punto de vista puede alegarse, a mi entender, que no existe necesidad alguna de comparar una y otra “puesta en peligro” del Derecho penal correspondiente a un Estado de derecho. Quizá lo que pretende significar Jakobs es que, desde un punto de vista cuantitativo, estadístico, sería más nociva aquella contaminación del Derecho penal del ciudadano que los posibles excesos en que podría incurrir el Derecho penal del enemigo. Porque esto último sólo afectaría a una mínima parte del total de delincuentes, mientras que lo primero podría llegar a afectar, en realidad, a cualquier delincuente, fuera cual fuera el delito que hubiera cometido. Sin embargo, Jakobs no da este paso de forma expresa, de modo que sus palabras podrían ser*

145. JAKOBS, G., en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 50.

interpretadas en un sentido sin duda peligroso: con respecto a los ciudadanos, cualquier exceso en el recurso al *ius puniendi* por parte del Estado debe ser considerado ilegítimo, mientras que cuando se trata de enemigos, singularmente de terroristas, entonces caben excesos no necesariamente contrarios al Estado de derecho, o, por lo menos, no tan contrarios a éste como en el caso de los ciudadanos. Creo que desde el punto de vista de un Estado social y democrático de derecho, lo realmente procedente sería, simplemente, afirmar sin tapujos que ni uno ni otros excesos tienen cabida.<sup>146</sup>

Cabe formular una última consideración crítica en relación con la separación entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo propuesta por Jakobs. En el negado supuesto de que se aceptara como inevitable la existencia de una determinada cuota de Derecho penal del enemigo en el seno de un Derecho penal liberal, con la separación entre ambos ordenamientos sugerida por JAKOBS el Derecho penal del ciudadano perdería con respecto al Derecho penal del enemigo toda su capacidad limitadora o de contención del poder punitivo. Con ello, el Derecho penal del enemigo habría superado el último escollo que le impediría campar libremente a sus anchas expandiéndose de modo incontrolable. ZAFFARONI expresa esta idea del modo siguiente: “Pretender compartimentar fuerzas que interactúan permanentemente en forma contraria, cuando una de ellas tiende a expandirse sin límites y la otra constituye, precisamente, su contención, importa un error de percepción cuyas consecuencias pueden resultar trágicas, pues *en tanto que tiende a liberar de toda contención las pulsiones del estado de policía, deja sin función al poder jurídico de contención del estado de derecho*. Éste es el mayor riesgo de una visión parmenídica del poder punitivo, generadora de una dis-

146. De la misma opinión GRACIA MARTÍN, L., *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 490; FARALDO CABANA, P., “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en FARALDO CABANA (dir.) / BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A. / PUENTE ABA, L.M. (coords.), *Nuevos retos*, 2004, p. 316; MUÑOZ CONDE, F., “De nuevo...”. Comunicación inédita, p. 19.

torsión perceptiva que permita legitimar la potencia del estado de policía y neutralice la función de contención del estado de derecho”.<sup>147</sup> En palabras de GRACIA MARTÍN: “(...) el Derecho ha de ser comprendido, pues, como lucha contra el ejercicio desnudo de la fuerza y de la coacción física de un poder superior, y por lo tanto, como *lucha contra el Derecho penal del enemigo*”.<sup>148</sup> Concluye finalmente PRITTWITZ que “(...) este reconocimiento expreso de la legitimidad del “Derecho penal del enemigo” alentará al Estado a continuar su política criminal del enemigo”.<sup>149</sup>

147. ZAFFARONI, E.R., *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1091. De la misma opinión GRACIA MARTÍN, L., *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, p.

148. GRACIA MARTÍN, L., *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 485.

149. PRITTWITZ, C., en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.) / GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *La Política criminal en Europa*, 2004, p. 119. También alude a la lógica espiral del Derecho penal del enemigo, en sentido crítico, DÜX, H., “Globale Sicherheitsgesetze und weltweite Erosion von Grundrechten - Statt “Feindstrafrecht” globaler Ausbau demokratischer Rechte”, ZRP 2003, pp. 195 ss.

## EPÍLOGO

1. El análisis de algunas de las principales manifestaciones históricas del Derecho penal de autor en sus tres distintas versiones, amplia, intermedia y estricta, ha permitido advertir que, en su versión moderada o limitada, el Derecho penal de autor puede resultar compatible con los principios inspiradores del Derecho penal de un Estado liberal, incluido el principio de responsabilidad por el hecho. No en vano, la doctrina dominante suele entender que aquellos preceptos en los que el legislador penal tendría en consideración las circunstancias personales del reo en la Parte General del Código penal para la *elaboración de las reglas de determinación de las penas* (como, por ejemplo, los arts. 66.1.6<sup>a</sup>, 80.1 y 88.1 CP) y las medidas de seguridad (arts. 95 a 108 CP) encajan sin traumas en un Derecho penal liberal respetuoso con el principio de responsabilidad por el hecho.<sup>1</sup>

2. Ello también es extensible a aquellos preceptos de la Parte Especial en los que el legislador habría empleado el elemento de la “habitualidad” para la elaboración de tipos penales *de hábito o de tendencia*. Esto es, delitos en los que el sujeto activo se caracterizaría por presentar el hábito o la tendencia consistentes en realizar la conducta descrita en el tipo. Ello ocurre, por ejemplo, tanto en el Código penal español como en el

1. Así lo cree con respecto a los preceptos equivalentes de Derecho alemán (citados en el Preámbulo del presente trabajo), por ejemplo, ROXIN, C., *PG*, I, 1997, § 6/16, para quien una lectura detenida de los preceptos en cuestión revelaría que estos tipos no pretenden castigar *al rufián, al receptador o al cazador profesional o habitual*; sino que tienen por objeto los *actos de rufianismo, receptación y caza profesionales o habituales*, por entender que en estos delitos, el comportamiento reiterado es más grave, más dañoso socialmente que la conducta ocasional. En contra JESCHECK, H.-H., *PG*, I, 1982, p. 7, que considera que en estos tipos, el legislador no ha tipificado comportamientos penalmente relevantes, sino distintas modalidades del llamado “delincuente de estado”.

StGB alemán. Por lo que respecta al primero, podrían ser exponentes de delitos de hábito o de tendencia (o, al menos, de delitos en los que dicho hábito o tendencias servirían para agravar la pena) el delito de violencia de género previsto en el art. 173.2 CP,<sup>2</sup> el de utilización ilícita habitual de información privilegiada (*Insider Trading*), tipificado en el art. 285.2.1<sup>a</sup> CP,<sup>3</sup> y el delito de receptación del art. 299.1 CP,<sup>4, 5</sup>

2. *El que **habitualmente** ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica* (cursiva y negrita añadidas).
3. *Se aplicará la pena de prisión de cuatro a seis años, la multa del tanto al triple del beneficio obtenido o favorecido e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años cuando en las conductas descritas en el apartado anterior concorra alguna de las siguientes circunstancias: 1<sup>a</sup> Que los sujetos se dediquen de **forma habitual** a tales prácticas abusivas* (cursiva y negrita añadidas).
4. *El que con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de hechos constitutivos de falta contra la propiedad, **habitualmente** se aprovechare o auxiliare a los culpables para que se beneficien de los efectos de las mismas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año* (cursiva y negrita añadidas).
5. En cuanto al StGB, cabe destacar que también su Parte Especial contiene algunos tipos que parecen ser muestra de ciertas manifestaciones de un Derecho penal del autor. Algunos de los ejemplos que la doctrina alemana suele invocar como ejemplos de “genuino Derecho penal de autor” son los delitos de rufianismo (§ 181 a) StGB), receptación profesional (§ 260 StGB) y caza furtiva profesional o habitual (§ 292.2.1 StGB).

3. Como ya advirtió MIR PUIG en un trabajo realizado hace ya casi treinta años,<sup>6</sup> en Derecho penal, el castigo de la conducta habitual puede ser fundamentado, al menos teóricamente, de dos modos diferentes: en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo. Entendida la habitualidad en el primero de estos dos sentidos, el fundamento de su presencia en los tipos como elemento esencial o accidental agravante consistiría en la mayor gravedad de la conducta. Según este concepto objetivo de habitualidad, en determinados delitos, el legislador considera especialmente grave la realización repetida de una conducta. En estos supuestos, la pertenencia de una conducta a una serie de conductas vinculadas a una unidad de sentido, de significado valorativo convierte a la conducta de referencia en un comportamiento merecedor de un mayor juicio de desvalor.<sup>7</sup> El segundo sentido en puede ser concebida la habitualidad en Derecho penal es el *subjetivo*. Entendida de este segundo modo, el fundamento del castigo de la conducta habitual, o del incremento de su pena cuando la habitualidad no constituye un elemento esencial, sino accidental del delito, no residiría en la mayor gravedad de la conducta habitual —mejor: de la serie unitaria de conductas que convierten a la conducta que la culmina en habitual—, sino en la *mayor peligrosidad del delincuente*.<sup>8</sup> Según esta fundamentación subjetiva de la habitualidad, la repetición de una misma conducta en un período reducido de tiempo acabaría por hacer surgir en el delincuente un hábito o inclinación a la realización de la conducta. Como consecuencia del hábito o tendencia incorporados al sujeto, éste devendría especialmente peligroso,

6. El trabajo en cuestión lleva por título “La «habitualidad criminal» del art. 4º de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social”, y fue publicado en la RJCat del año 1974, pp. 355 ss.

7. MIR PUIG, S., RJCat 1974, pp. 384 s.

8. También definió la habitualidad en este sentido subjetivo Conde-Pumpido Ferreiro, C., “La presunción de «Habitualidad en la Receptación» de la Ley de 9 de mayo de 1950”, ADPCP 1953, p. 277, del modo siguiente: “*Habitualidad* viene a corresponder a costumbre adquirida por la repetición de actos delictivos originadora de una facilidad para el delito, facilidad que hace de la existencia en el sujeto de los «reflejos condicionados» creados por los actos anteriores”.

ya que adquiriría una mayor capacidad de delinquir con más facilidad en el futuro. En suma: en este sentido subjetivo, la habitualidad no sería una simple repetición de actos, sino un *estado* del autor.<sup>9</sup>

En opinión de MIR, el elemento de la habitualidad tendría un fundamento objetivo o subjetivo en el sentido señalado dependiendo de si constituye un presupuesto de la pena o bien el de una medida de seguridad. Puesto que la pena, que consiste en un instrumento de castigo por la infracción de una norma primaria, tendría por objeto, según MIR, el desvalor de la conducta, y la medida de seguridad, cuya naturaleza es la propia de un tratamiento preventivo, recaería sobre la peligrosidad del delincuente, para que la habitualidad constituya un presupuesto de la pena debería ser entendida en el sentido objetivo referido; mientras que, como auténtico presupuesto de las medidas de seguridad, la habitualidad debería ser contemplada en su sentido subjetivo, esto es, como peligrosidad del sujeto habituado y, por tanto, con mayor facilidad para la ejecución del delito.<sup>10</sup>

La corrección de la distinción entre habitualidad en sentido objetivo y habitualidad en sentido subjetivo como posible presupuesto de penas y medidas de seguridad, respectivamente, presupone la validez de la distinción entre penas y medidas de seguridad en atención tanto a su concepto como a la distinta función que aquéllas y éstas están llamadas a cumplir. A este respecto puede decirse que desde un punto de vista conceptual la pena y la medida de seguridad constituyen instrumentos claramente distintos, pues la pena debe verse, cierta-

9. MIR PUIG, S., RJCAt 1974, p. 386.

10. MIR PUIG, S., RJCAt 1974, pp. 388 s. Mir se ocupó del concepto subjetivo del elemento de la habitualidad como presupuesto de las medidas de seguridad con el objetivo de conocer cuál era el sentido en que debía ser entendida la expresión “habitualidad criminal” prevista por el art. 4 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970 (“también podrán ser sometidos a los preceptos de esta ley los condenados por tres o más delitos en quienes sea presumible la habitualidad criminal, previa expresa declaración de su peligrosidad social”) como presupuesto central de las medidas de seguridad asignadas a dicho precepto. *Vid.* MIR PUIG, S., RJCAt 1974, p. 356.

mente, como un castigo por un hecho grave, mientras que la medida de seguridad participa de la idea de tratamiento a un sujeto peligroso.<sup>11</sup> Sin embargo, en cuanto a la *función*, debe admitirse que el Código penal español parte de la premisa de que tanto la pena como la medida de seguridad cumplen una función *preventiva*, consistente en la evitación de la comisión de delitos.<sup>12</sup> Pese a que la pena pretende dar satisfacción, además, a una función preventivo general, pena y medida de seguridad tienen desde esta perspectiva funcional un denominador común: ambas cumplen una función de prevención especial.<sup>13</sup> De lo contrario, el sistema “vicarial”<sup>14</sup> previsto en los arts. 99 CP<sup>15</sup> y 104 CP<sup>16</sup> para los supuestos en que el Juez pue-

11. MIR PUIG, S., PG, 7ª ed., 2004, 1/11 y 12.
12. De hecho, la existencia de una función preventiva común a la pena y las medidas de seguridad constituye, según MIR PUIG, S., PG, 7ª ed., 2004, 3/57, uno de los argumentos que abona la imposibilidad de que la pena cumpla en el ordenamiento jurídico español una función retributiva.
13. MIR PUIG, S., PG, 7ª ed., 2004, 3/57; LUZÓN PEÑA, D.M., PG, I, 1996, pp. 55 s.; CEREZO MIR, J., PG, I, 6ª ed., 2003, pp. 33 ss.; JESCHECK, H.-H., PG, I, 1982, p. 7.
14. Pese a que la terminología no es pacífica en esta materia (así, por ejemplo, para LUZÓN PEÑA, D.M., PG, I, 1996, p. 56 y JESCHECK, H.-H., PG, I, 1982, p. 7, las expresiones sistema “dualista” y sistema “de doble vía” son expresiones sinónimas, mientras que en opinión de MIR PUIG, S., PG, 7ª ed., 2004, 3/60, el término sistema “dualista” se opone al de sistema “monista” e incluye tanto el sistema “de doble vía” como el “sistema vicarial”), puede decirse que la primera fórmula se corresponde con la del sistema “de doble vía”, mientras que la segunda lo hace con el sistema “vicarial”.
15. *En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquella, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3 (cursiva añadida).*
16. 1. *En los supuestos de exigente incompleta en relación con los números 1º, 2º y 3º del artículo 20, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el artículo 99. 2. Cuando se aplique una medida de internamiento de las previstas en el apartado anterior o*

de imponer cumulativamente a un sujeto una pena y una medida de seguridad, ambas privativas de libertad, carecería de toda lógica.<sup>17</sup> Con todo, a pesar de esta analogía funcional — aunque parcial— entre pena y medidas de seguridad, puede seguir manteniéndose, de nuevo desde una perspectiva *conceptual*, que mientras que la pena presupone un delito entendido como infracción de una norma primaria, el presupuesto del concepto de medida de seguridad no es, en sentido estricto, el delito, sino el estado peligroso y la peligrosidad criminal del sujeto.<sup>18</sup>

4. Tomando como punto de partida la distinción entre los fundamentos objetivo y subjetivo del elemento “habitualidad” como presupuesto de penas y medidas de seguridad, interesa ahora preguntarse lo siguiente: cuando el legislador español emplea dicho elemento para la tipificación de determinados delitos de la Parte Especial, ¿lo estaría haciendo en un sentido objetivo o subjetivo? Sólo en el primer caso los tipos en cuestión serían respetuosos con el principio de responsabilidad por el hecho. Analicemos la cuestión que acaba de ser planteada a

*en los artículos 101, 102 y 103, el juez o tribunal sentenciador comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la proximidad de su vencimiento, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código (cursiva añadida).*

17. MIR PUIG, S., PG, 7ª ed., 2004, 3/59 s. Aunque la imposición de una medida de seguridad no exige la culpabilidad del sujeto, ello no significa, sin embargo, que a un sujeto con culpabilidad no se le pueda imponer una medida de seguridad. Esto sucede, por ejemplo, en los supuestos de eximente incompleta (art. 21.1ª CP) de anomalía o alteración psíquica, o trastorno mental transitorio (art. 20.1º CP), de intoxicación por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos (art. 20.2º CP) o de alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia (art. 20.3º CP). En estos casos, si el delito cometido lleva asociada una pena privativa de libertad, a su autor se le podrá imponer, además, una medida de seguridad privativa de libertad. Ante la presencia de una pena y una medida de seguridad en el mismo sujeto cabrían, en pura hipótesis, dos posibles modos de cumplimiento. El primero consistiría en el cumplimiento sucesivo y cumulativo de pena y medida de seguridad. El segundo, en descontar el cumplimiento de la medida a ejecutar en primer lugar de la medida que debe ejecutarse posteriormente.
18. MIR PUIG, S., PG, 7ª ed., 2004, 3/59; LUZÓN PEÑA, D.M., PG, I, 1996, p. 53.

la luz, por ejemplo, de uno de los preceptos citados supra: el actual art. 173.2 CP.<sup>19</sup>

En el CP español no existe una definición de lo que debe entenderse por “habitualidad” en los supuestos en que ésta constituye un elemento de los tipos penales, ya que en caso contrario resultaría completamente ociosa.<sup>20</sup> Es cierto que el art. 94 CP contiene un concepto legal de reo habitual. No obstante, nadie discute que el art. 94 CP, según el cual “a los efectos previstos en las Secciones 1ª y 2ª de este Capítulo se consideraran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo Capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello”, no resulta aplicable, ni directa ni analógicamente, cuando de lo que se trata es de decidir sobre si el elemento de la habitualidad del delito del art. 173.2 CP debe ser entendido en sen-

---

19. Sobre la cuestión relativa a si el elemento de la habitualidad que contiene este precepto constituye, o no, una muestra de Derecho penal de autor en sentido estricto vid., por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F., *De la tolerancia cero al Derecho penal del enemigo*, 2005, pp. 22 ss.

20. Sin embargo, el CP español ha conocido en el pasado de algún concepto legal de “habitualidad”. Paradigmático resulta a estos efectos el concepto de habitualidad previsto en el art. 546 bis b) del CP de 1944, relativo a la receptación, tras la reforma operada por la Ley 9 mayo 1950. Según este precepto: “son reos habituales, a los efectos de este capítulo, los reos que fuesen dueños, gerentes o encargados de tienda, almacén, industria o establecimiento abierto al público”. Sobre este artículo, y la problemática que planteaba la presunción de habitualidad que incorporaba, muy críticamente CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., ADPCP 1953, pp. 275 ss., que consideró la redacción legal del precepto de referencia “incompleta, incorrecta, paradójica, incongruente y peligrosa” (op. cit., p. 276). Sobre la inconstitucionalidad del art. 546 bis b) del CP de 1944, por ser contrario al principio constitucional de presunción de inocencia, vid. SSTS 29 enero 1982 (Ar. 173), 12 mayo 1982 (Ar. 2663); 5 marzo 1984 (Ar. 1700); 8 marzo 1984 (Ar. 1720); 27 junio 1984 (Ar. 3698); 13 diciembre 1984 (Ar. 6273); 25 abril 1985 (Ar. 2135); 23 octubre 1985 (Ar. 5048); 21 diciembre 1985 (Ar. 6445); 9 julio 1987 (Ar. 5303); 21 septiembre 1987 (Ar. 6608); 5 marzo 1988 (Ar. 1564); 23 diciembre 1988 (Ar. 10302); 10 enero 1990 (Ar. 293); 4 junio 1990 (Ar. 5113); 10 julio 1990 (Ar. 9238); 3 octubre 1990 (Ar. 7642); 11 abril 1991 (Ar. 2612); 8 mayo 1991 (Ar. 3601); 12 junio 1991 (Ar. 4665); 8 julio 1991 (Ar. 5697); 12 septiembre 1991 (Ar. 6142), 16 octubre 1991 (Ar. 7279), 11 diciembre 1991 (9135), 20 marzo 1991 (Ar. 2314) y 12 febrero 1991 (Ar. 1013), entre otras.

tido objetivo o en sentido subjetivo.<sup>21</sup> A mi modo de ver, ello se debe a dos motivos. En primer lugar, no se aprecia entre la habitualidad del art. 94 CP y la del art. 173.2 CP una razonable identidad de fundamento que permita aquella aplicación analógica. En efecto, la lógica que obliga a considerar la posible habitualidad del reo para decidir sobre la suspensión y la sustitución de la pena obedece a razones preventivo-especiales, y éstas sólo pueden ser atendidas en la fase de aplicación y ejecución de la pena. Pero aunque ello no fuera así, y pudiera afirmarse la pretendida identidad de fundamento entre los arts 94 y 173.2 CP, lo cierto es, en segundo lugar, que la aplicación analógica del criterio de los tres actos podría dar lugar, al menos en algunos supuestos, a una aplicación analógica de la ley contraria a reo. Porque el recurso a dicho criterio podría representar hacer extensiva la aplicación del tipo a supuestos que de otro modo quedarían impunes. Así las cosas, la ausencia de un concepto legal de habitualidad que pueda servir de base para la interpretación del art. 173.2 CP conduce necesariamente a la obligación de preguntarse, de nuevo, si dicho elemento debe ser entendido en el precepto de referencia en un sentido objetivo o bien en uno subjetivo.

A mi entender, la problemática que acaba de ser expuesta quedaría resuelta por el decisivo art. 173.3 CP. Según este precepto, *para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejer-*

21. Rechazaban ya la aplicación (directa o analógica) del art. 94 CP a los efectos del elemento de la habitualidad del antiguo art. 153 CP MUÑOZ CONDE, F., PE, 13ª ed., 2001, p. 122; TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios*, PE, 2ª ed., 1999, p. 107; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. / HAMDORF, K., “El elemento de habitualidad en el delito de malos tratos del Código penal sueco”, CPC 2000 (71), p. 434; CUADRADO RUIZ, M.A. / REQUEJO CONDE. M.C., “El delito de malos tratos en el ámbito familiar: artículo 153 del Código penal”, LL 2000, p. 1563; OLMEDO CARDENETE, M.D., *El Delito de violencia habitual*, 2001, p. 94; ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos*, 2000, p. 110; ARIAS EIBE, M.J., “La respuesta específica a la violencia doméstica en el art. 153 del CP”, AP 2001, p. 763; CUENCA GARCÍA, M.J., “La violencia habitual en el ámbito familiar”, RJCat 1998, p. 652.

*cido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.*<sup>22</sup> A la vista de su tenor literal, no puede dudarse que de los dos posibles sentidos en que el legislador penal puede referirse a la habitualidad, en el art. 173.2 CP éste se ha decantado por el sentido objetivo. Es decir, aquél en virtud del cual la violencia doméstica habitual del art. 173.2 CP debe ser entendida como la repetición de actos de violencia doméstica. Esta conclusión se compeadece coherentemente, además, con la acertada tesis de Mir según la cual cuando la habitualidad constituya el presupuesto de una pena, este elemento debe ser entendido en sentido objetivo. En efecto, el art. 173.2 CP no castiga únicamente los casos de violencia doméstica habitual porque en ellos el agresor sea especialmente peligroso, sino porque entre las conductas de violencia doméstica, las habituales son las más graves. Todo ello significa que la redacción del art. 173.2 CP no atenta contra el principio de responsabilidad por el hecho.

5. Ello no significa, sin embargo, que la especial peligrosidad que, desde un punto de vista criminológico o psicológico-social pueda presentar el delincuente deba pasar inadvertida para el aplicador de la ley. Al contrario, como ya se ha indicado repetidamente a lo largo del presente trabajo, el Juez o Tribunal podrán tener en cuenta las circunstancias personales del reo —entre las que sin duda se encontrará su posible personalidad peligrosa— para la concreción del marco penal (art. 66.1<sup>a</sup> CP), la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (art. 80.1 CP) y la sustitución de la penas privativas de libertad cortas por otras penas menos graves (art. 88.1 CP). Pero no podrá hacerlo, en cambio, a efectos de interpretación del tipo, porque ello representaría no sólo la vulneración de los principios de legalidad y de responsabilidad del hecho, sino, además, la confusión de los momentos en que, en una teoría dialéctica, deben operar las funciones preventivo-general y preventivo-especial de la pena. En efecto, si se afirmase que en los delitos en que el sujeto activo se corresponde con

22. Cursiva añadida.

un tipo de autor criminológicamente peligroso (como sucede, por ejemplo, con el delito en el art. 173.2 CP) el fundamento de la pena reside en la peligrosidad del delincuente, y no en la gravedad del hecho, entonces lo lógico sería entender que la pena debería dejar de ser el modo más adecuado de articular esta reacción, siendo preferible el desarrollo de procedimientos asegurativos, de control, inocuidadores, neutralizadores o de corrección del sujeto: educativos, curativos, asistenciales, etc.<sup>23</sup> Esto es: la sustitución de las penas por medidas de seguridad. Esta fue, por ejemplo, la vía emprendida por la *Scuola Positiva* italiana, que la hizo extensiva a todos los delitos.<sup>24</sup>

23. LUZÓN PEÑA, D.M., *PG*, I, 1996, p. 55.

24. Como se verá con motivo del desarrollo del Capítulo Primero de la presente investigación, al igual que la Escuela clásica italiana, la *Scuola Positiva* concibió el Derecho penal como un instrumento de protección de la sociedad. La diferencia entre ambas escuelas fue de orden metodológico. Así, mientras que la Escuela clásica utilizó un método racionalista, abstracto y deductivo, la *Scuola Positiva*, favorecida por el auge del Positivismo, el Evolucionismo y el Naturalismo, apostó por la observancia de la realidad empírica al modo de las ciencias de la naturaleza. La *Scuola Positiva* italiana consideró el delito como un fenómeno situado en el mundo empírico. En su condición de hecho perteneciente a lo real-material, el delito también debía participar de las leyes presentes en este ámbito. Una de ellas era la ley de la causalidad. Así las cosas, el delito se definía según concepción como un hecho de la realidad empírica causalmente determinado. Desde la perspectiva de la *Scuola Positiva*, la voluntad del autor del delito no era libre, sino que, al contrario, se encontraba determinada por causas antropológicas (LOMBROSO) o sociales (FERRI). El rechazo del libre albedrío y la asunción del determinismo dió lugar a una transformación de la concepción tradicional de la pena como castigo por el hecho cometido. Si el delincuente estaba determinado a delinquir, entonces la pena no podía seguir consistiendo en un castigo por el hecho ya cometido. No podía decirse, en suma, que el delincuente fuese culpable del delito cometido. El Estado debía proteger a la sociedad, pero no podía seguir haciéndolo por medio del castigo de hecho ya cometido atendiendo a la culpabilidad del delincuente, porque, en realidad, el delincuente no era culpable del delito cometido, ya que actuaba determinado. La pena como castigo por el hecho ya cometido no podía ser entendida, por tanto, como el medio más idóneo para proteger a la sociedad. La protección de la sociedad debía llevarse a cabo, antes bien, determinando las causas empíricas que impulsaban al delincuente a la comisión del delito e incidiendo posteriormente sobre ellas. El medio más adecuado para determinar y combatir las causas del delito eran las medidas de seguridad. Por ello no debe extrañar que la *Scuola Positiva* reclamase la desaparición de las penas y su sustitución por medidas de seguridad. Esto

6. A estas alturas de la evolución del pensamiento jurídico-penal, resulta ocioso preguntarse si el Derecho penal debe prohibir conductas o personalidades antijurídicas. Esto es, si el Derecho penal de una sociedad como la nuestra debe ser un Derecho penal “del hecho” o un “Derecho penal” de autor. Es evidente que, desde la perspectiva de la Política criminal de un Estado democrático, la cuestión que acaba de ser planteada sólo puede ser contestada de un modo: el Estado sólo está legitimado para intervenir penalmente para castigar hechos, nunca meros pensamientos, personalidades, caracteres o voluntades no manifestadas externamente. Desde que la Ilustración consagró el principio *cogitationis poenam nemo patitur*, en virtud del cual nadie puede ser castigado simplemente por sus pensamientos, sus ideas, su personalidad, su carácter o su forma de ser mientras la voluntad del sujeto no se exteriorice mediante la realización de actos, como uno de los principales límites del *ius puniendi* en un Estado democrático, nadie cuestiona seriamente que nuestro Derecho penal debe consistir en un Derecho penal que prohíba conductas, y no “formas de ser” o “formas de pensar”.<sup>25</sup> No obstante, el Estado no siempre recuerda o respeta el límite a su intervención penal que supone el principio de responsabilidad por el hecho. Ello puede deducirse de un análisis detenido tanto de la moderna evolución le-

---

es: la desaparición de un sistema «dualista» o de «doble vía» de penas y medidas de seguridad en favor de un sistema «monista» de medidas de seguridad. Sobre todo lo anterior, *vid.* MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1976, pp. 179 ss. Sin embargo, lo cierto es que el modelo monista de medidas de seguridad propuesto por la *Scuola* no sólo no ha encontrado acogida general en ninguno de los sistemas penales actuales pertenecientes a nuestro contexto cultural, sino que su aplicación tampoco ha sido propuesta para el tratamiento de los antes referidos “delincuentes de estado”. En efecto, las legislaciones penales de nuestro contexto cultural han preferido la coexistencia de ambas consecuencias jurídicas del delito en un único sistema penal: *vid.* LUZÓN PEÑA, D.M., *PG*, I, 1996, p. 56. Un claro exponente de ello lo constituye, como antes ha sido apuntado, el CP español. Este texto legal consagra, en efecto, un sistema dualista formado por penas y medidas de seguridad. Contiene, por tanto, dos sistemas: un sistema de penas y un sistema de medidas de seguridad, en el que unas y otras constituyen dos mecanismos distintos al servicio de la protección de la sociedad por medio de la prevención de delitos.

25. *Vid.*, por todos, MIR PUIG, S., *PG*, 7ª ed., 2004, 4/68.

gislativa experimentada por la Política criminal de un número de países cada vez mayor como de la más reciente jurisprudencia dictada por los tribunales españoles en materia, por ejemplo, del mal llamado delito de “violencia doméstica”.

6.1. En cuanto a lo primero, debe advertirse que constituye ya un lugar común en la doctrina penal la idea de que, en la actualidad, uno de los principales rasgos característicos de las legislaciones penales de una importante cantidad de países consiste en la aparición del fenómeno del “Derecho penal del enemigo” (*Feindstrafrecht*), así como que dicho fenómeno se opone radicalmente a la esencia del Derecho penal de un Estado liberal.<sup>26</sup>

6.2. Por lo que respecta a la jurisprudencia sobre violencia de género, o, al menos, a una parte de ella, conviene poner de relieve que, en ocasiones, también la jurisprudencia parece olvidar, en algunas de sus resoluciones, que todo Derecho penal que pretenda presumir de auténticamente democrático debe respetar de forma escrupulosa el principio de “responsabilidad por el hecho”. En ocasiones, los tribunales españoles interpretan algunos tipos penales de tal modo que sólo aquellos sujetos que el juez considera especialmente peligrosos,

26. De esta opinión, por ejemplo, NAUCKE, W., en GROPP, W., “Tagungsbericht. Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrtagung 1985 in Frankfurt a. M.”, ZStW 97 (1985), p. 926; Díez RIPOLLÉS, J.L., “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, RECPC 06-04 (2004), pp. 3 y 24; PORTILLA CONTRERAS, G., “Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo”, JpD 49 (2004), p. 43; EL MISMO, “La legislación de lucha contra las no personas: represión penal del «enemigo» tras el atentado de 11 de septiembre de 2001”, Mientras tanto 83 (2002), p. 78; EL MISMO, “El Derecho penal y procesal del “enemigo”. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”, en *LH-Bacigalupo Zapater*, I, 2004, p. 694; GRACIA MARTÍN, L., “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”, RECPC 07-02 (2005), pp. 2 s.; ZAFFARONI, E.R., “¿Es posible un Derecho penal del enemigo no autoritario?”, en *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1088 s.; MUÑOZ CONDE, F., “De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”. Comunicación inédita enviada para la discusión al VI Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, organizado por el Departamento de Derecho Público Básico, sobre el tema “Derecho penal de ciudadanos y derecho penal de enemigos”, y celebrado los días 8 y 9 de junio de 2005, pp. 1 s., 8 ss., 21 y 26.

por responder a un determinado perfil criminológico o caracteriológico, pueden ser declarados autores del correspondiente delito, a pesar de que nada de ello viene expresamente impuesto por el tipo. Esta línea jurisprudencial parece consistir, en suma, en interpretaciones de ciertos tipos, de cuya conformidad el juez no se conformaría con que el autor hubiese realizado la conducta prevista en el tipo, sino que sería necesario, además, que perteneciera a un determinado círculo de sujetos caracterizado por constituir una “clase” o un “tipo criminológico de autor”.

Como ya se ha adelantado supra, el fenómeno al que acabo de referirme podría estar ocurriendo en España desde hace algún tiempo en relación con una de las materias más sensibles en la actualidad político-criminal española: la mal llamada “violencia doméstica”. Autores como MUÑOZ CONDE,<sup>27</sup> CORTÉS BECHIARELLI,<sup>28</sup> CUADRADO RUIZ / REQUEJO,<sup>29</sup> OLMEDO CARDE-

27. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, PE, 13<sup>a</sup> ed., 2001, pp. 122 s.: (...) *sin negar que los autores de estos hechos puedan ser efectivamente psicópatas y sujetos violentos aquejados de algún tipo de deterioro afectivo o psíquico, lo cierto es que el delito se construye a partir de la realización de actos objetivables en las condiciones citadas en el precepto, revelen o no esa clase de personalidad* (cursiva añadida).

28. CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares*, 2000, p. 81: *Lo que sería habitual es la conducta agresiva, no el agresor. El planteamiento inverso nos devolvería a épocas pretéritas, y ya se supone que superadas en nuestra rama del ordenamiento. No se trata de probar el carácter agresivo del acusado, ni tan siquiera su tendencia; se ha de acreditar, con los medios probatorios que nuestra centenaria Ley de Enjuiciamiento criminal ofrece, la existencia de diferentes (tres, a lo que parece) actos de acotamiento físico o psíquico* (cursiva añadida).

29. CUADRADO RUIZ, M.A. / REQUEJO CONDE. M.C., LL 2000, p. 1563: *La proximidad habría que medirla en términos de razonabilidad, de actos objetivos reiterados de violencia y no como reveladora de una conducta o personalidad violenta del maltratador (lo que conllevaría un Derecho penal de autor)* (cursiva añadida).

NETE<sup>30</sup> y ACALE SÁNCHEZ,<sup>31</sup> entre otros, recuerdan desde hace ya algún tiempo que algunas resoluciones judiciales dictadas en relación con la materia ya referida supondrían una vuelta al Derecho penal de autor. Según este sector doctrinal, de dichas resoluciones se desprendería que el fundamento de la pena prevista en el art. 153 CP no consistiría en la dañosidad presente o peligrosidad futura que el comportamiento violento repetido puede representar para la salud individual, sino en la peligrosidad del autor habitual con tendencia a la violencia doméstica.

En otro lugar<sup>32</sup> ya me mostré convencido de que la tesis defendida por el sector doctrinal que acaba de ser aludido podía ser cierta en relación, como mínimo, a una sentencia. Me estoy refiriendo a la SAP Córdoba 26 octubre 2000 (Ar. 3189), relativa al delito previsto en el antiguo art. 153 CP. De acuerdo con la redacción de este precepto en el momento en que se dictó aquella sentencia, resultante de la reforma del Código penal operada por la LO 11/1999, *el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la po-*

30. OLMEDO CARDENETE, M.D., *El Delito de violencia habitual*, 2001, p. 100: (...) *el art. 153 CP no puede pretender incriminar «el hábito o la inclinación del autor» por el ejercicio habitual de la violencia, pues ello traería consigo la aceptación de un presupuesto del Derecho penal de autor que centraría el contenido de injusto en una simple propensión o proclividad del sujeto activo a la práctica de conductas violentas.* (cursiva añadida).

31. ACALE SÁNCHEZ, M., *El Delito de malos tratos físicos y psíquicos*, 2000, p. 105. Esta autora comparte la censura doctrinal de que esta clase de delitos son objeto “*por contrarios al llamado dogma del hecho, según el cual el Derecho penal ha de contraer su intervención a hechos concretos y precisos y deben rechazarse las normas incriminatorias de modos de vida o de conductas más o menos frecuentes (...). Este rechazo se inspira también en que en los delitos de hábito se ve, además de la infracción del principio de culpabilidad por el hecho, una especie de «derecho penal de autor» incompatible con la seguridad jurídica.* (cursiva añadida).

32. GÓMEZ MARTÍN, V., *Interpretación de los tipos penales a partir de tipos criminológicos de autor: ¿Derecho penal del hecho o Derecho penal de autor?* Original inédito, 2003.

*testad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.*<sup>33</sup> Según la mencionada SAP Córdoba 26 octu-

33. *Cursiva añadida.* Esta redacción procede de la reforma del art. 153 CP operada por la LO 14/1999. El texto original del precepto, resultante de la LO 10/1995, que aprobó el CP actualmente vigente en España, era el siguiente: *El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare* (cursiva añadida). Con posterioridad a la LO 14/1999, el art. 153 CP ha sido modificado en dos ocasiones más, como consecuencia de las LLOO 11/2003 y 1/2004. De acuerdo con la primera, el precepto adoptó la siguiente redacción: *El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazara a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza* (cursiva añadida). En su actual redacción, que trae causa de la reciente LO 1/2004, el art. 153 CP reza como sigue: 1. *El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltra-*

bre 2000, igualmente se ha dicho que la esencia de la habitualidad, como elemento fundamentador o agravante de lo injusto, radica en la inclinación del sujeto a la comisión de determinados hechos que llega a constituir un hábito. Por tanto, (...), no cabe hablar de que sean precisos tres actos previos para poder hablar de habitualidad, se ha de estar caso concreto para ver si existe esa inclinación del acusado hacia este tipo de conductas (...).<sup>34</sup> Como puede comprobarse, esta sentencia no exigió para la realización del tipo, y más concretamente para la apreciación del elemento de la habitualidad, la prueba de la comisión por parte del sujeto activo de un determinado número de actos de violencia; sino tan solo que constase acreditada la *inclinación del acusado hacia este tipo de conductas*.<sup>35</sup> Con ello, de la SAP Córdoba 26 octubre 2000 parecían desprender-

---

*tare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. 2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años. 3. Las penas previstas en los dos apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. 4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado. (cursiva).*

34. Fundamento de Derecho Segundo.

35. Cursiva añadida.

se dos insatisfactorias consecuencias. La primera consistiría en que cabía absolver, por ejemplo, a un sujeto con respecto al que, a pesar de haber realizado tres o más actos de violencia doméstica en un espacio de tiempo razonablemente corto, no conseguía demostrarse su personalidad tendente a la violencia habitual. La segunda, en que también podía condenarse a quien presentara la mencionada inclinación a la violencia a pesar de no haberla manifestado externamente todavía en ninguna ocasión.

7. Volviendo al principio, es obligado certificar que todo lo que ha sido mencionado en este epílogo nos permite alcanzar dos conclusiones. La primera consistiría en que no todo el Derecho penal de autor presenta el mismo contenido, ni tampoco es mismo grado de admisibilidad desde el punto de vista de un Derecho penal del hecho apoyado en el principio de responsabilidad por el hecho. La segunda conclusión debe verse en lo siguiente: incluso en sociedades sin duda democráticas como España y otras que forman parte de su contexto cultural, en las que no deberían existir (y de hecho no existen) dudas razonables acerca de la legitimidad del principio de “responsabilidad por el hecho”, una parte de la práctica legislativa y, sobre todo, jurisprudencial del moderno Derecho penal viene poniendo en evidencia que en el respeto por la integridad de aquel principio no cabe bajar la guardia. La amenaza de ceder ante un “Derecho penal de autor” en el que el sujeto ya no respondería penalmente *por lo que hace*, sino *por cómo es*, no debe ser contemplada como un riesgo histórico ya superado por completo, sino como un peligro plenamente vigente a la luz del fenómeno de la expansión del Derecho penal.

8. En este contexto, cobra pleno sentido la metodología que ha servido de apoyo a la presente investigación, así como la principal aportación que, en mi opinión, dicha metodología puede representar para las Teorías del delito y la pena: aprender de las enseñanzas de la historia y contribuir a que los gravísimos errores político-criminales del pasado, algunos de ellos de catastróficas consecuencias, no sigan reproduciéndose en el presente y desaparezcan en el futuro.



## BIBLIOGRAFÍA

---

- ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, 2000
- ALCÁCER GUIRAO, R., “Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política”, ADPCP 1998, pp. 365 ss.
- \_\_\_\_\_ “Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal”, AP 2001, pp. 229 ss.
- \_\_\_\_\_ *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* Apuntes sobre el concepto material de delito, 2003
- APONTE, A., *Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum “effizienten” Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, 2004
- ARIAS EIBE, M.J., “La respuesta específica a la violencia doméstica en el art. 153 del CP”, AP 2001, pp. 763 ss.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho penal. Parte Especial. Delitos contra las personas*, I, 3ª ed., 1989; *Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, III, 2ª ed., 1991
- BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas* (traducción de J.A. de las CASAS), 8ª reimpr., 1995
- BERGES, A., “Pflichtwidrigkeit und Willenstrafrecht”, DSt. 1934, pp. 239 ss.
- BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts Normen*, I, 3ª ed., 1916
- BLEY, E., «Kriminalbiologie», ZakDR 1940, pp. 29 ss.
- BOCKELMANN, P., *Studien zum Täterstrafrecht* (2), 1940
- \_\_\_\_\_ “Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriegstrafrecht”, ZStW 61 (1942), pp. 417 ss.
- BOLDOVA PASAMAR, M.A., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, 1995
- BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de Política criminal*, 2003

- BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A., “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en FARALDO CABANA (dir.) / BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A. / PUENTE ABA, L.M. (coords.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, 2004, pp. 15 ss.
- BULLASCH, U., *Rechtsnorm und Rechtssystem in der Normentheorie Emile Durkheims*, 1988
- CANCIO MELIÁ, M., “«Derecho penal» del enemigo» y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”, *JpD* 44 (2002), pp. 19 ss.
- \_\_\_\_\_ - “¿«Derecho penal» del enemigo?”, en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, pp. 59 ss.
- \_\_\_\_\_ - “Feind”strafrecht?”, *ZStW* 117 (2005), pp. 267 ss.
- CATTANEO, M.A., “Carl Schmitt y Roland Freisler. La doctrina penal del nacional-socialismo”, en *LH-Barbero Santos*, 2001, pp. 145 ss.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, PG, I, *Introducción*, 6ª ed., 2003; II, *Teoría jurídica del delito/1*, 5ª ed., 1997; 6ª ed., 1998; III, *Teoría jurídica del delito/2*, 2001
- COBO DEL ROSAL, M., (dir.), *Compendio de Derecho penal español*, PE, I, Madrid 2000
- \_\_\_\_\_ - Nota bibliográfica sobre Muñoz Conde, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*, 2ª ed., 2001, CPC 2001 (74), pp. 451 ss.
- COBO DEL ROSAL, M. / CARBONELL MATEU, J.C., *PE*, 3ª ed., 1990
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “La presunción de «Habitualidad en la Receptación» de la Ley de 9 de mayo de 1950”, *ADPCP* 1953, pp. 275 ss.
- CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, 1999
- \_\_\_\_\_ - “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.) / GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *La Política criminal en Europa*, 2004, pp. 25 ss.
- CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares. Nueva regulación*, Madrid 2000

- CUADRADO RUIZ, M.A. / REQUEJO CONDE, M.C., “El delito de malos tratos en el ámbito familiar: artículo 153 del Código penal”, LL 2000, pp. 1560 ss.
- CUENCA GARCÍA, M.J., “La violencia habitual en el ámbito familiar”, RJCat 1998, pp. 629 ss.
- DAHM, G., “Das Ermessen des Richters im nationalsozialistischen Strafrecht”, DSt. 1934, pp. 87 ss.
- \_\_\_\_\_ - *Der Tätertyp im Strafrecht*, 1940
- \_\_\_\_\_ - *Deutsches Recht. Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts. Eine Einführung*, 2ª ed., 1963
- DARWIN, C., *El origen de las especies* (traducción de J.P. MARCO), 1998
- DENCKER, F., “Das «Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus»”, StV 1987, pp. 117 ss.
- \_\_\_\_\_ - “Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld? - Tendenzen der neueren Strafrechtsentwicklung? -”, StV 1988, pp. 262 ss.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho Penal*, 1991
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. / GRACIA MARTÍN, L. (coords.), *Comentarios al código penal. Parte Especial. I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, 1997 (Comentarios, PE)
- \_\_\_\_\_ - “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, RECPC 06-04 (2004)
- \_\_\_\_\_ - “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, RECPC 07-01 (2005)
- DONINI, M., “Escenarios del Derecho penal en Europa a principios del siglo XXI”, MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.) / GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *La Política criminal en Europa*, 2004, pp. 41 ss.
- DRIENDL, J., “Wege zur Behandlung der Bagatellkriminalität in Österreich und der Schweiz”, ZStW 90 (1978), pp. 1017 ss.
- DURKHEIM, E., *La división del trabajo social* (trad. de C.G. Posada), 1993
- ECKERT, J., “Was war die Kieler Schule?”, en SÄCKER, F.J. (dir.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus. Ringvorlesung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrecht-Universität zu Kiel*, 1992, pp. 37 ss.
- \_\_\_\_\_ - “Die Kieler Rechtswissenschaftliche Fakultät - “Stoßtrupp-fakultät”, en OSTENDORF, H. / DANKER, U. (Hrsg.), *Die NS-Strafjustiz und ihre Nachwirkungen*, 2003, pp. 21 ss.

- ENGISCH, K., “Zur idee der Täterschuld”, ZStW 61 (1942), pp. 166 ss.
- ESER, A., *Consideraciones finales* (trad. de C. Gómez Rivero), en ESER, A. / HASSEMER, W. / BURKHARDT, B. (coords. de la versión alemana) / MUÑOZ CONDE, F. (coord. de la versión española), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, 2004, pp. 464 ss.
- FARALDO CABANA, P., “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en FARALDO CABANA (dir.) / BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A. / PUENTE ABA, L.M. (coords.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, 2004, pp. 299 ss.
- FRANK, H., “Nationalsozialistischer Ehrenschutz”, DSt. 1937, pp. 265 ss.
- FREHSEE, D., “Die Strafe auf dem Prüfstand. Verunsicherungen des Strafrechts angesichts gesellschaftlicher Modernisierungsprozesse”, StV 1996, pp. 222 ss.
- FREISLER, R., “Einige Gedanken über Willenstrafrecht und Mehrheit von Straftaten”, DSt. 1935, pp. 162 ss.
- FROMMEL, M., “Die Bedeutung der Tätypenlehre bei der Entstehung des § 211 StGB im Jahre 1941”, JZ 1980, pp. 539 ss.
- \_\_\_\_\_ - “Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel” (trad. de F. MUÑOZ CONDE), ADPCP 1989, pp. 621 ss.
- \_\_\_\_\_ - “Verbrechensbekämpfung im Nationalsozialismus”, en SÄCKER, F.J. (dir.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus. Ringvorlesung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrecht-Universität zu Kiel*, 1992, pp. 185 ss.
- \_\_\_\_\_ - “La lucha contra la delincuencia en el nacionalsocialismo”, EPC 1993, (XVI), pp. 43 ss.
- GALLAS, W., “Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung”, en *FS-Gleispach*, 1936, pp. 50 ss.
- \_\_\_\_\_ - “Zum gegenwertigen Stand der Lehre vom Verbrechen”, en EL MISMO, *Beiträge*, 1968, pp. 19 ss.
- \_\_\_\_\_ - “Täterschaft und Teilnahme”, en EL MISMO, *Beiträge*, 1968, pp. 78 ss.
- \_\_\_\_\_ - “Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht”, en EL MISMO, *Beiträge*, 1968, pp. 130 ss. (=Deutsche Beiträge, 1957, pp. 3 ss.)
- \_\_\_\_\_ - en GREBING, G., “Die Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1975 in Göttingen”, ZStW 88 (1976), pp. 162 ss.

- GARCÍA AMADO, J.A., “Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho”, AFD 1991, pp. 340 ss.
- \_\_\_\_\_ - “El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs”. Documento de trabajo inédito para el VI Seminario de Derecho penal y Filosofía del Derecho, celebrado en la Universidad de León los días 9 y 10 de junio de 2005
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, 1992
- GELBERT, K., “Feuerbach”, DSt. 1941, pp. 137 ss.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., *Concepto y método en la ciencia del Derecho penal*, 1999
- \_\_\_\_\_ - Prólogo a ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, 2003, pp. 11 ss.
- GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2003 (= en línea: [www.tdx.cesca.es](http://www.tdx.cesca.es))
- \_\_\_\_\_ - “Libertad, seguridad y sociedad del riesgo”, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.) / GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *La Política criminal en Europa*, 2004, pp. 59 ss.
- \_\_\_\_\_ - “El experimento. Algunas consideraciones sobre el “Stanford Prison Experiment”, en GARCÍA AMADO, J.A. / PAREDES CASTAÑÓN, J.M. (coord.), *Torturas en el cine*, 2005, pp. 179 ss.
- \_\_\_\_\_ - *Interpretación de los tipos penales a partir de tipos criminológicos de autor: ¿Derecho penal del hecho o Derecho penal de autor?* Original inédito
- GRACIA MARTÍN, L., “¿Qué es la modernización del Derecho penal?”, en VV.AA., *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*. Libro homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir, Madrid 2002, pp. 349 ss. (= Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. A la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de Derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de la criminalidad, 2003)
- \_\_\_\_\_ - “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”, RECPC 07-02 (2005)
- \_\_\_\_\_ - “El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo”, en *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 447 ss.

- GROPP, W., "Tagungsbericht. Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1985 in Frankfurt a. M.", ZStW 97 (1985), pp. 919 ss.
- GÖPPINGER, H., *Kriminologie*, 4ª ed., 1980
- GÜNTHER, K., "Kampf gegen das Böse? Zehn Thesen wider die etische Aufrüstung der Kriminalpolitik", KJ 1994, pp. 135 ss.
- GURTNER, F. / FREISLER, R., *Das neue Strafrecht. Grundsätzliche Gedanken zum Geleit*, 1936
- HAFFKE, B., "Drogenstrafrecht", ZStW 107 (1995), pp. 761 ss.
- HARTNACK, J., *Breve historia de la filosofía* (trad. de J.A. Lorente), 1996
- HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal* (trad. y notas de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero), 1984, pp. 33 s.
- \_\_\_\_\_ - "Rasgos y crisis del Derecho penal moderno" (trad. de E. LARRAURI PIJOÁN), ADPCP 1992, pp. 235 ss.
- \_\_\_\_\_ - "La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana" (trad. de H. HORMAZÁBAL MALAREE), ADPCP 1993, pp. 35 ss.
- HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, 1989
- HEFENDEHL, R., "Organisierte Kriminalität als Begründung für ein Feind- oder Täterstrafrecht?", StV 2005, pp. 156 ss.
- HEINE, G., "Täterschaft und Teilnahme in staatlichen Machtapparaten. NS- und DDR- Unrecht im Vergleich der Rechtsprechung", JZ 2000, pp. 920 ss.
- HERZOG, F., *Gesellschaftliche unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1990, passim
- HIRSCH, H.J., "Tatstrafrecht - ein hinreichend beachtetes Grundprinzip?", en FS-Lüderssen, 2002, pp. 253 ss.
- HÖHN, R., "Staatsbegriff, Strafrecht und Strafprozeß", DR 1935, pp. 266 ss.
- JAKOBS, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1983; 2ª ed., 1991 (*Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de J. CUELLO CONTRERAS y J.L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 1995)
- \_\_\_\_\_ - *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional* (trad. de M. CANCIO MELIÁ y B. FEIJOO SÁNCHEZ), 1996
- \_\_\_\_\_ - "Culpabilidad y prevención" (1976) (trad. de C. Suárez González), en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 73 ss.

- \_\_\_\_\_ - “Kriminalisierung im Vordfeld einer Rechtsgutsverletzung”, ZStW 97 (1985), pp. 751 ss. (= “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” [trad. de E. PEÑARANDA RAMOS], en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 293 ss.)
- \_\_\_\_\_ - “El concepto jurídico-penal de acción” (1992) (trad. de M. CANCIO MELIÁ), en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 101 ss.
- \_\_\_\_\_ - *Sobre la génesis de la obligación jurídica* (trad. de M. CANCIO MELIÁ), 1999
- \_\_\_\_\_ - *Acción y omisión en Derecho penal* (trad. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. / REY SANFIZ, L.C.), 2000
- \_\_\_\_\_ - *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (trad. de CANCIO MELIÁ, M. / FEIJOO SÁNCHEZ, B.), 2003
- \_\_\_\_\_ - “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, (trad. M. CANCIO MELIÁ), en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, pp. 19 ss.
- \_\_\_\_\_ - “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente” (trad. de Teresa MANSO PORTO), en ESER, A. / HASSEMER, W. / BURKHARDT, B. (coords. de la versión alemana) / MUÑOZ CONDE, F. (coord. de la versión española), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, 2004, pp. 53 ss.
- JESCHECK, H.-H., “Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho penal”, en MIR PUIG, S., (ed.), *La reforma del Derecho penal*, I, 1980, pp. 9 ss.
- \_\_\_\_\_ - *Tratado de Derecho penal*, PG (traducido y anotado por S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE), I y II, 1982
- JIMÉNEZ DE ASUA, L., “Corsi e Ricorsi. La vuelta de von Liszt”, en VON LISZT, F., *La idea de fin*, 1994
- KAISER, G., *Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen*, 4ª ed., 1979
- KARGL, W., “Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena” (trad. de R. RAGUÉS I VALLÈS), en VV.AA., *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, pp. 49 ss.
- KAUFMANN, H., “¿Qué deja en pie la Criminología del Derecho penal?” (trad. de C.M. de LANDECHO), ADPCP 1963, pp. 235 ss.,
- KLEE, K., “Das Verbrechen als Rechtsguts- und als Pflichtverletzung”, DSt. 1936, pp. 1 ss.

- \_\_\_\_\_ - “Das Volksempfinden als Rechtsfertigungsgrund an sich strafbaren Verhaltens. (Umkehrschluß aus § 2 StGB)“, DSt. 1941, pp. 71 ss.
- KOHLRAUSCH, E., “Das kommende deutsche Strafrecht”, ZStW 54 (1935), pp. 387 ss.
- KOLLMANN, H., “Der symptomatische Verbrechensbegriff”, ZStW 28 (1908), pp. 449 ss.
- LARRAURI PIJOAN, E., “¿Para qué sirve la Criminología?”, CDJ 1999 (IV)
- LASCANO, C., “La cruzada de Ricardo Núñez contra el Derecho penal autoritario” (en línea: <http://www.carlosparma.com.ar/>)
- LAUBENTHAL, K. / BAIER, H., “Neue Kriminalpolitik für ein neues Jahrtausend? - Besprechung von Klaus Lüderssen (Hrsg.), «Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse»”, GA 2001, pp. 1 ss.
- VON LISZT, F., *Die Zweckgedanke im Strafrecht*, 1883 (*La idea de fin en Derecho Penal*, 1994, trad. a cargo de E. AIMONE GIBSON, revisada y prologada por M. de Rivacoba)
- \_\_\_\_\_ - “Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindische Handbuche”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, I, 1905 (reimpr. 1970), pp. 212 ss.
- \_\_\_\_\_ - “Kriminalpolitische Aufgaben”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I, 1905 (reimpr. 1970), pp. 290 ss.
- \_\_\_\_\_ - “Die Zukunft des Strafrechts” (conferencia pronunciada ante la Sociedad Jurídica de Budapest en 1982), en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, II, 1905 (reimpr. 1970), pp. 1 ss.
- \_\_\_\_\_ - “Über den Einfluss der soziologischen und antropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts” (informe para la asamblea general de la Asociación Internacional de Criminología, 1893), en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, II, 1905 (reimpr. 1970), pp. 75 ss.
- \_\_\_\_\_ - “Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft” (clase inaugural pronunciada en la Universidad de Berlín el 27 de octubre de 1899), en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, II, 1905 (reimpr. 1970), pp. 284 ss.
- \_\_\_\_\_ - *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 16<sup>a</sup>-17<sup>a</sup> ed., 1908
- \_\_\_\_\_ - *Tratado de Derecho penal*, III, (trad. de la 20<sup>a</sup> ed. alemana por L. JIMÉNEZ DE ASÚA y adiciones de Q. Saldaña)
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos”, PJ 1997, pp. 289 ss.

- LÓPEZ CASTELLÓN, E., “Rousseau o la racionalización de la vida en sociedad”, Estudio preliminar a Rousseau, J.J., *El contrato social*, 1999
- LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, 1996
- MAIHOFFER, W., “Der Unrechtsvorwurf. Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre”, en FS-Rittler, 1957, pp. 141 ss.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. / HAMDORF, K., “El elemento de habitualidad en el delito de malos tratos del Código penal sueco”, CPC 2000 (71), pp. 425 ss.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, en *FS-Cerezo Mir*, 2002, pp. 395 ss.
- MARRA, R., *Il diritto in Durkheim*, 1986
- MARXEN, K., *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreißiger Jahre*, 1975
- MAURACH, R., “Handlungspflicht und Pflichtverletzung im Strafrecht”, DSt. 1936, pp. 113 ss.
- \_\_\_\_\_ - *Tratado de Derecho penal. Parte General*, I y II, (trad. del original alemán *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch*, y notas Derecho español, a cargo de J. Córdoba Roda), 1962
- \_\_\_\_\_ - “Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre”, en FS-Maurach, 1972, pp. 51 ss.
- MAYER, H., *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, 1936
- \_\_\_\_\_ - “Der Verbrechensbegriff”, DSt. 1938, pp. pp. 73 ss.
- MENDOZA BUERGO, B., “Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal”, ADPCP 1999, pp. 279 ss.
- \_\_\_\_\_ - *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, 2001
- \_\_\_\_\_ - *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, 2001
- MEZGER, E., «Täterstrafrecht», DSt. 1934, pp. 145 ss.
- \_\_\_\_\_ - “Die Straftat als Ganzes”, ZStW 57 (1938), pp. 675 ss.
- \_\_\_\_\_ - “Tattypen, Tätertypen und Charaktertypen im Kriegstrafrecht. Aus einer kriminologischen Arbeitstagung in Graz am 12. Juni 1942”, DSt. 1942, pp. 108 ss.
- MEZGER, E. / BLEI, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 15<sup>a</sup> ed., 1973

- MIR PUIG, S., “Los conceptos “delito” y “falta” en el Código penal”, ADPCP 1973, pp. 320 ss.
- \_\_\_\_\_ - “La «habitualidad criminal» del art. 4º de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social”, RJCat 1974, pp. 355 ss.
- \_\_\_\_\_ - *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y Método*, 1976
- \_\_\_\_\_ - “Recensión a Jakobs, Sociedad, norma y persona...”, RDPC, 2a Época, nº 2, 1998, pp. 445 ss.
- \_\_\_\_\_ - “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal”, en VV.AA., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología* (Congreso Internacional Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000), 2001, pp. 389 ss.
- \_\_\_\_\_ - *Derecho penal. Parte General*, 7ª ed., 2004
- MÜLLER, I., *Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, 1987
- \_\_\_\_\_ - “Der Niedergang des Strafrechtssystems im Dritten Reich”, en OSTENDORF, H. / DANKER, U. (Hrsg.), *Die NS-Strafjustiz und ihre Nachwirkungen*, 2003, pp. 9 ss.
- MÜLLER-DIETZ, H., “Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich”, en EL MISMO, *Recht und Nationalsozialismus*, 2000, pp. 75 ss.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, PE, 13ª ed., 2001; 14ª ed., 2002
- \_\_\_\_\_ - *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 2ª ed., 2001
- \_\_\_\_\_ - “La otra cara de Edmund Mezger: su participación en el Proyecto de Ley sobre Gemeinschaftsfremde (1940-1944)”, Apéndice a *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 2ª ed., Valencia 2001, pp. 97 ss. Existe una versión algo resumida de este trabajo en Rev. DP 2001.1, Garantías constitucionales y nulidades procesales – I, pp. 665 ss.
- \_\_\_\_\_ - “Carta-informe de Edmund Mezger sobre el proyecto de ley sobre «extraños a la comunidad» al Consejero ministerial Rientzsch”, Anexo a Edmund Mezger, pp. 146 ss.
- \_\_\_\_\_ - “El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los «extraños a la comunidad»”, Rev. P 2002 (9), pp. 42 ss.

- \_\_\_\_\_ - “La esterilización de los asociales en el nacionalsocialismo. ¿Un paso para la “solución final de la cuestión social”?”, RECPC 2002 (en línea: [www.criminet.ugr.es/recpc](http://www.criminet.ugr.es/recpc))
- \_\_\_\_\_ - “Conversaciones”, RECPC 04-c2 (2002)
- \_\_\_\_\_ - “Las visitas de Edmund Mezger al campo de concentración de Dachau en 1944”, *Revista penal*, 11 (2003), pp. 81 ss.
- \_\_\_\_\_ - *De la tolerancia cero al derecho penal del enemigo*, Instituto Centroamericano de Estudios Penales de la Universidad Politécnica de Nicaragua, 2005
- \_\_\_\_\_ - “De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”. Comunicación inédita enviada para la discusión al VI Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, organizado por el Departamento de Derecho Público Básico, sobre el tema “Derecho penal de ciudadanos y derecho penal de enemigos”, y celebrado los días 8 y 9 de junio de 2005.
- MURMANN, U., “Über den Zweck des Strafprozesses”, GA 2004, pp. 65 ss.
- NAGLER, J., “Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit”, en FS-Binding, 1911, pp. 275 ss.
- \_\_\_\_\_ - “Der Begriff der Rechtswidrigkeit”, en FS-Frank, I, 1930 (reimpr. 1969), pp. 339 ss.
- \_\_\_\_\_ NOWAKOWSKI, F., “Literaturbericht: Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 6ª ed., 1958”, JZ 1958, pp. 380 ss. y 415 ss.
- OLMEDO CARDENETE, M.D., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, 2001
- OTTO, H., “Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand”, en MÜLLER-DIETZ, H. (ed.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1971, pp. 1 ss.
- PEÑARANDA RAMOS, E. / SUÁREZ GONZÁLEZ, C. / CANCIO MELIÁ, M., “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva de Günther Jakobs”. Estudio preliminar a Jakobs, G., *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 17 ss.
- PÉREZ DEL VALLE, O., “Sociedad de riesgos y reforma penal”, PJ 1996, pp. 61 ss.
- \_\_\_\_\_ - “Sobre los orígenes del Derecho penal del enemigo. Algunas consideraciones en torno a Hobbes y Rousseau”, CPC 75 (2001), pp. 597 ss.
- PETERS, K., “Das gesunde Volksempfinden”, DSt. 1938, pp. 337 ss.

PORTILLA CONTRERAS, G., “La legislación de lucha contra las no personas: represión penal del «enemigo» tras el atentado de 11 de septiembre de 2001”, *Mientras tanto* 83 (2002), pp. 77 ss.

\_\_\_\_\_ - “Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo”, *JpD* 49 (2004), pp. 43 ss.

\_\_\_\_\_ - “El Derecho penal y procesal del “enemigo”. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”, *LH-Bacigalupo Zapater*, 2004, pp. 693 ss.

PRITTWITZ, C., “Aidsbekämpfung - Aufgabe oder Selbstaufgabe des Strafrechts?”, *KJ* 1988, pp. 304 ss.

\_\_\_\_\_ - *Einleitung*, en LUDERSSEN, K. (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, III (Makrodelinquenz)*, 1998, pp. 7 ss.

\_\_\_\_\_ - “El Derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal” (trad. de CASTIÑEIRA PALOU, M.T.), en VV.AA., *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, pp. 427 ss.

\_\_\_\_\_ - “Krieg als Strafe - Strafrecht als Krieg. Wird nach dem “11 September” nichts mehr sein, wie es war?”, en FS-Lüderssen, 2002, pp. 499 ss.

\_\_\_\_\_ - “Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del Derecho penal?”, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.) / GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *La Política criminal en Europa*, 2004, pp. 107 ss.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte Especial*, 3ª ed., 1996; 4ª ed., 2002

QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., 1999

RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “Del otro lado del espejo: reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual”, en FARALDO CABANA (dir.) / BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A. / PUENTE ABA, L.M. (coords.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, 2004, pp. 65 ss.

RIVACOBA Y RIVACOBA, M. de, “Franz von LISZT y el «Programa de Marburgo»”. Prólogo a VON LISZT, *La idea de fin en Derecho penal*, 1994 (trad. a cargo de E. AIMONE GIBSON, revisada y prologada por M. de Rivacoba), pp. 13 s.

- ROUSSEAU, J.J., *El contrato social* (trad. de E. LÓPEZ CASTELLON), 1999
- ROXIN, C., *Política Criminal y Sistema del Derecho penal* (trad. e introducción de F. MUÑOZ CONDE), 1972
- \_\_\_\_\_ - “Sentido y límites de la pena estatal”, en el mismo, *Problemas básicos del Derecho Penal* (trad. de D.-M. LUZÓN PEÑA), 1976, pp. 11 ss.
- \_\_\_\_\_ - “Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo”, en EL MISMO, *Problemas básicos del derecho penal*, 1976, pp. 37 ss.
- \_\_\_\_\_ - *Derecho Penal. Parte General. I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito* (traducción y notas de D.-M. LUZÓN PEÑA, M. DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO y J. de VICENTE REMESAL), 1997
- RUDOLPHI, H.-J., “Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs”, en FS-Honig, 1970, pp. 152 ss.
- \_\_\_\_\_ - “Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre”, en *FS-Maurach*, 1972, pp. 51 ss.
- RÜPING, H., “Nullum crimen sine poena. Zur Diskussion um das Analogieverbot im Nationalsozialismus”, en *FS-Oehler*, 1985, pp. 27 ss.
- RÜTHERS, B., *Ideologie und Recht im Systemwechsel. ein Beitrag zur Ideologienfälligkeit geistiger Berufe*, 1992
- RÜTHERS, B. / BIRK, A., *RECHTSTHEORIE. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, 2ª ed., 2005
- SÁINZ CANTERO, J.A., “Derecho penal y Criminología”, *RGLJ* 1958, II, pp. 199 ss.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, 1999
- SAUER, W., *Derecho penal. Parte General* (trad. de la 3ª edición alemana a cargo de J. DEL ROSAL y J. CEREZO MIR), 1956
- SCHAFFSTEIN, F., *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts. Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina bis Carpzov*, 1930 (reimpr. de 1986)
- \_\_\_\_\_ - *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, 1935
- \_\_\_\_\_ - «Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?» *DSt.* 1935, pp. 97 ss.
- \_\_\_\_\_ - “Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma”, *DSt.* 1937, pp. 335 ss.

- \_\_\_\_\_ - «Zur Lehre vom Tätertyp im Kriegstrafrecht», DSt. 1942, pp. 33 ss.
- \_\_\_\_\_ - “Verräterei und Majestätsdelikt in der gemeinrechtlichen Strafrechtsdoktrin”, en EL MISMO, *Abhandlungen zur Strafrechtsgeschichte und zur Wissenschaftsgeschichte*, 1986, pp. 123 ss.
- SCHMITT, C., *Sobre los tres modos de pensar de la ciencia jurídica* (estudio preliminar, trad. y notas de M. Herrero), 1996
- SCHNEIDER, H., “Bellum Justum gegen den Feind im Inneren”, ZStW 113 (2001), pp. 499 ss.
- SCHNEIDER, H.J., *Kriminologie*, 2ª ed., 1977
- SCHOLSKY, “Vom Mörder und Totschläger”, DSt. 1943, pp. 142 ss.
- SCHULZ, L., “Tagungsbericht. Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum Feindstrafrecht”, ZStW 112 (2000), pp. 653 ss.
- SCHULZE, H., *Breve historia de Alemania* (trad. del original alemán de 1996 a cargo de E.M. FERNÁNDEZ-PALACIOS), 2001
- SCHÜNEMANN, B., “Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende. Besprechung von: ALBIN ESER / WINFRIED HASSEMER / BJÖRN BURKHARDT (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende – Reückerbesinnung und Ausblick*, 2000”, GA 2001, pp. 205 ss.
- \_\_\_\_\_ - “La culpabilidad: Estado de la cuestión” (trad. de FELIP I SABORIT, D.), en ROXIN, C. / JAKOBS, G. / SCHÜNEMANN B. / FRISCH, W. / KÖHLER, M. (comp. J.M. SILVA SÁNCHEZ), *Sobre el estado de la ciencia del Derecho penal (seminario en la Universidad Pompeu Fabra)*, 2000, pp. 91 ss.
- \_\_\_\_\_ - “Das Strafrecht im Zeichen der Globalisierung”, GA 2003, pp. 299 ss.
- SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, 1937
- SEELIG, E., *Lehrbuch der Kriminologie*, 2ª ed., 1951
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992
- \_\_\_\_\_ - “Política criminal en la Dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites”, en EL MISMO, SILVA SÁNCHEZ (ed.), J.M., *Política criminal y nuevo Derecho Penal, LH-Roxin*, 1997, pp. 17 ss.

- \_\_\_\_\_ - *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1ª ed., 1999; 2ª ed., 2001
- SINA, P., *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"*, 1962
- SLABY, R.I. / GROSSMANN, R. / ILLIG, C., *Diccionario de las lenguas española y alemana, II (Alemán-Español)*, 4ª ed., 1994
- TESAR, O., *Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens*, 1907
- \_\_\_\_\_ - "Der symptomatische Verbrechensbegriff", *ZStW* 29 (1909), pp. 82 ss.
- VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos del sistema penal*, 1996
- WAGNER, H., "Das Strafrecht im Nationalsozialismus", en SÄCKER, F.J. (dir.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus. Ringvorlesung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrecht-Universität zu Kiel*, 1992, pp. 141 ss.
- WELZEL, H., "Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht" (1935), en el mismo, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, pp. 29 ss.
- \_\_\_\_\_ - "Studien zum System des Strafrechts", *ZStW* 58 (1939), pp. 491 ss.
- \_\_\_\_\_ - *Das deutsche Strafrecht*, 4ª ed., 1954, pp. 88 ss.; 6ª ed., 1958, pp. 102 ss.; 7ª ed., 1960; 11ª ed., 1969
- WERLE, G., *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, 1989
- WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932
- \_\_\_\_\_ - "Tattypus und Tätertypus", *ZakDR* 1936, pp. 359 ss.
- ZAFFARONI, E.R., "¿Es posible un Derecho penal del enemigo no autoritario?", en *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1077 ss.
- ZAWAR, "Volksschändlingstat oder Volksschändlingstyp?", *DSt.* 1943, pp. 42 ss.
- ZIMMERL, L., *Aufbau des Strafrechtssystems*, 1930
- ZIPF, H., *Kriminalpolitik*, 2ª ed., 1980
- \_\_\_\_\_ - "Literaturbericht: Kriminalpolitik", *ZStW* 89 (1977), pp. 706 ss.

El lector tiene entre sus manos un libro que apunta a una problemática urgente. Pero en cuanto empiece a leerlo comprobará que Víctor GÓMEZ MARTÍN, Profesor Titular de Escuela Universitaria de Derecho penal y Doctor en Derecho de la Universidad de Barcelona, Profesor de Derecho penal de la Maestría en Derecho penal y Derecho procesal penal del INEJ, ha sabido darle un tratamiento alejado de la demasiado fácil crítica política superficial: aquí se profundiza en los presupuestos teóricos, situados en sus contextos histórico-culturales, del “Derecho penal de autor” –un concepto muchas veces usado sin conciencia de lo que realmente significó en su origen y de lo que hoy puede seguir significando.

Como expresa en el prólogo el Prof. Dr. Santiago MIR PUIG, la obra cuenta, entonces, con la experiencia histórica de unos años negros que nunca debiéramos olvidar, como base sólida del análisis crítico de la formulación del Derecho penal del enemigo. Lamentablemente el tema ha cobrado, renovada actualidad. Cuando creíamos definitivamente superados los intentos históricos por sustituir el Derecho penal del *hecho* por un Derecho penal de *autor*, éste vuelve a asomar su peligroso rostro tanto en la teoría como en la práctica. La inadmisibles propuesta del “Derecho penal del enemigo” formulada por JAKOBS en Alemania ha visto su realización práctica en la escandalosa política que el Gobierno de BUSH está llevando respecto a los detenidos como supuestos sospechosos de terrorismo, en Guantánamo y en otros *no lugares*. Es la idea que latió tras la teoría del Derecho penal de autor en su versión nacionalsocialista: la amenaza real para la comunidad no proviene tanto de la comisión de hechos delictivos, como de la existencia de individuos que se apartan de los valores comunitarios. Ello trae como consecuencia una concepción social que parte de la contraposición de “amigo” y “enemigo” –en la conocida terminología del teórico del Estado nacionalsocialista, Carl SCHMITT–, o de “ciudadano” y “enemigo” –en la versión jakobsiana, que llega a la apenas concebible negación del carácter de persona al “enemigo”.

ISBN 978-99924-0-661-8



9 789992 406618

