

MUÑOZ CONDE, Francisco, “Recensión: VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte (Introducción a la Moderna Historia del Derecho Penal)* *Polít. crim.* Vol. 4, Nº 7 (Julio 2009), Rec. 1, pp. 250-265 (1-16).  
[[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_4/n\\_07/Vol4N7R1.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_4/n_07/Vol4N7R1.pdf)]

**Recensión: VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte (Introducción a la Moderna Historia del Derecho Penal)*. Springer Verlag, Berlin-Heidelberg 2009, 311 páginas.**

**Una nueva forma de entender la historia contemporánea del derecho penal. A propósito de la obra de Thomas Vormbaum, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte (Introducción a la Moderna Historia del Derecho Penal)*.**

Francisco Muñoz Conde

Doctor en Derecho, Catedrático de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide,  
Sevilla, España  
[fmuncon@upo.es](mailto:fmuncon@upo.es)

## 1.

La Historia, y particularmente la Historia del Derecho, puede ser contada de muchas maneras, y, según la metodología y la temática abordada, es muy probable que el mismo hecho histórico sea interpretado de maneras diferentes e incluso contrapuestas. A ello no es ajeno la perspectiva, ideología o concepción del mundo que tenga el historiador, que incluso a pesar del distanciamiento temporal siempre puede caer en la tentación, incluso de un modo inconsciente, de interpretar los hechos del pasado de acuerdo con su propia visión actual del mundo en el que vive. Esto es aún más frecuente cuando se trata de acontecimientos históricos recientes, cuyas consecuencias son directamente perceptibles como problemas de la actualidad.

Una forma aparentemente neutra de evitar estas implicaciones ideológicas o emocionales del historiador consiste en analizar la Historia de un modo puramente cronológico y descriptivo, narrando lo que sucedió en el pasado, pero sin explicar por qué sucedió, ni el contexto político, económico o social en el que sucedió. Esta es una forma de exposición histórica bastante frecuente en los Manuales de Derecho, y mucho más en los Manuales de Derecho penal, en los que la evolución del Derecho penal moderno se expone a partir de la Codificación decimonónica, analizando el contenido de cada uno de los Códigos y leyes penales más importantes habidas desde esa época, sin mayores comentarios respecto a las circunstancias políticas, sociales o económicas que existían en el momento en el que se produjeron.

Tampoco la exposición de las ideas y los conceptos penales goza de mayor fortuna, en la medida en que enmarcados en un cuadro general de los grandes movimientos filosóficos, sobre todo a partir de la Ilustración, y con las referencias obligadas a los filósofos que más se ocuparon de cuestiones penales (sobre todo, Kant y Hegel), sólo se dan unas vagas referencias a las dos grandes teorías sobre el sentido y fin de la pena, la retributiva y las preventivas y a la división que ello generó entre los penalistas partidarios de una u otra concepción.

Más extensa suele ser la exposición de la evolución de los principales conceptos de la Teoría del Delito, que en Alemania desde principios del siglo XX ha dado lugar a una gran discusión sobre el contenido de las tres principales categorías en las que Ernst

MUÑOZ CONDE, Francisco, “Recensión: VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte (Introducción a la Moderna Historia del Derecho Penal)*”

Beling dividió la estructura de delito: tipicidad, antijuricidad, culpabilidad. Pero en la misma Alemania, en la que surgió y se cultivó esa forma de entender el Derecho penal llamada Dogmática, salvo las breves referencias obligadas, por lamentables, al Derecho penal de autor y a la llamada Escuela de Kiel características del Derecho penal de la época nazi, la exposición histórica que se hace en los más importantes Tratados se limita casi exclusivamente a describir las polémicas sistemáticas sobre el contenido y relaciones entre sí de las distintas categorías del delito, sin mayores referencias al contexto en el que surgieron.

Es evidente que la historia de la Dogmática jurídico penal alemana en el siglo XX es interesante, y particularmente ilustrativa de una forma de entender la elaboración jurídica del Derecho penal, pero no deja de ser sorprendente que en un país cuyos avatares históricos durante todo el siglo XX han influenciado el resto de la Humanidad, con el desencadenamiento de dos Guerras Mundiales, con el surgimiento entre ellas del régimen nacionalsocialista, y con la Guerra Fría entre los dos bloques en que quedó dividido el mundo tras la Segunda Guerra Mundial, reflejado sobre todo en la división de Alemania en dos naciones con regímenes completamente opuestas, ninguno de estos acontecimientos se mencione directamente como marco condicionante de las distintas construcciones jurídicas que se desarrollaron en esta época. Como he tenido ocasión de señalar en anteriores Notas Bibliográficas, ni siquiera los grandes conceptos de la Teoría del Delito son plenamente comprensibles si no se tiene en cuenta el contexto histórico en el que surgieron. Así, por ejemplo, la categoría de la tipicidad sólo se puede entender en el momento en el que la acuñó su creador Ernst Beling a principios del siglo XX como expresión dogmática del principio de seguridad y certeza jurídica derivado del principio de legalidad de los delitos, preocupación central del moderno Estado que se fue entronizando desde la reunificación alemana en 1870. La categoría de la antijuricidad, como antijuricidad material, incorporó la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico como elemento central de una concepción valorativa dominante en la segunda mitad del siglo XIX, que requería además de la simple oposición formal entre la conducta realizada y la prohibición penal, una dañosidad social de la conducta. Y la categoría de la culpabilidad entendida como una pura relación psicológica entre el sujeto y el acto por él realizado, pasó a ser una categoría normativa, en la que además de esa relación se tenían en cuenta la imputabilidad del autor del delito y las circunstancias concomitantes a la realización del hecho, en la medida en que en el primer cuarto del siglo XX se pretendía con ello incorporar en ella determinados elementos sociales que también incidían en la responsabilidad individual del sujeto.

Pero si se mira con más detenimiento el contexto histórico en el que fue desarrollándose esa evolución doctrinal de cada una de estas categorías pronto se vislumbra que detrás de ella había un pensamiento jurídico preocupado por hacer del Derecho penal un instrumento de control social idóneo para conseguir determinados fines de estabilización y seguridad jurídica en una sociedad disciplinada y bien organizada, de acuerdo con determinados postulados ideológicos. Por eso, cuando se vio que esta forma de entender el Derecho penal no se adaptaba bien a otro tipo de postulados ideológicos, se recurrió a otras instituciones penales o parapenales, como las medidas de seguridad, en su versión más dura de la custodia de seguridad por tiempo indeterminado para los reincidentes, en las que las preocupaciones por la seguridad jurídica y las refinadas construcciones elaboradas en torno a la Teoría del Delito eran soslayadas, cuando no claramente excluidas. Surgió así un contraste entre “culpabilidad y peligrosidad”, entre pena y medida de seguridad, entre un Derecho penal garantista

basado en el principio de culpabilidad, y un Derecho penal puramente represivo basado en la idea de peligrosidad, que no cabe duda favoreció enormemente la construcción del Derecho penal nacionalsocialista, en el que el delincuente, el marginado social o las personas pertenecientes a las llamadas “razas inferiores”, quedaban excluidas de cualquier consideración garantista o meramente humanitaria, y pasaban a considerarse fuentes de peligro que debían ser controladas como fuerza de trabajo barata a explotar en campos de concentración, o simplemente exterminándolas.

Es evidente que la irrupción del nacionalsocialismo en la Ciencia jurídica alemana, tuvo enormes repercusiones en el Derecho penal de aquel tiempo y en la construcción teórica del mismo. Así, por ejemplo, y con el beneplácito e incluso entusiasmo de los más ilustres penalistas, el principio de legalidad quedó disuelto en el “sano sentimiento del pueblo” que junto con la voluntad del “Führer” se convirtió en la fuente principal de creación de los delitos; la antijuricidad material pasó a considerarse como un “quebrantamiento de la fidelidad” que el ciudadano tenía que observar frente a su pueblo y al Führer; y la concepción normativa de la culpabilidad, que, por ejemplo, en la etapa anterior de la República de Weimar desarrolló la teoría de la no exigibilidad de otra conducta para atemperar el rigor de las prohibiciones penales en casos de extrema necesidad, fue rechazada por los penalistas nazis, porque, en su opinión, suponía “un debilitamiento de los huesos del Derecho penal”, y sustituida por conceptos como el de “culpa por la conducción de vida”, en la que lo importante no era lo que el sujeto había hecho en el caso concreto, sino lo que había llegado a ser por la forma en que había conducido su vida anterior.

Es verdad que muchas de las construcciones que se hicieron del Derecho penal alemán en la época nazi fueron construcciones peculiares de algunos penalistas jóvenes simpatizantes con aquel régimen (entre los que se citan comúnmente a los integrantes de la llamada Escuela de Kiel, Dahm y Schaffstein), pero también es verdad que muchas de ellas, como la eliminación de los seres desprovistos de valor vital, la higiene social a través de la esterilización, el internamiento por tiempo indeterminado en custodia de seguridad de los incorregibles, tenían su origen en concepciones anteriores que mantenían su latencia de forma paralela a las brillantes construcciones dogmáticas. Del mismo modo que también muchas de las concepciones típicamente nazis consiguieron más o menos disimuladamente sobrevivir después de la desaparición del régimen nazi, entre otras cosas porque muchos penalistas, y no precisamente los menos conocidos, que no tuvieron el menor empacho en colaborar y fundamentar dogmáticamente el Derecho penal nazi, continuaron después de la Segunda Guerra Mundial ejerciendo un papel importante en la configuración del Derecho penal de la nueva República Federal de Alemania. Y de ahí que una buena parte del éxito que tuvo en los años 50 y 60 del pasado siglo una discusión tan abstracta y bizantina como la que hubo entre la teoría causal y la final de la acción fue debido a que la misma se prestaba fácilmente a ocultar el pasado, en algunos casos bastante comprometido y poco edificante, de algunos de sus principales protagonistas.

Pero incluso construcciones más modernas como la del “Derecho penal del enemigo”, que tiene antecedentes muy claros en alguna de las teorías más características del derecho nazi, gozan hoy de gran predicamento entre otras causas por la situación de miedo internacional generalizado generado tras los atentados terroristas a las Torres Gemelas de Nueva York en septiembre del 2001 y otros de similar gravedad y trascendencia que se han producido en los últimos años, y por la crisis económica

MUÑOZ CONDE, Francisco, “Recensión: VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte (Introducción a la Moderna Historia del Derecho Penal)*”

mundial y los grandes movimientos migratorios que llevan a los países más desarrollados económicamente grandes masas de población desempleada y en niveles de pobreza extrema. El resurgimiento del Derecho penal autoritario y el paulatino retroceso de un Derecho penal democrático y garantista que se viene observando en estos últimos años, no podrán, desde luego, comprenderse en un futuro si, aparte de las concepciones teóricas que, con mayor o menor fortuna los patrocinan, no se tiene en cuenta el actual contexto político, económico y social en el que actualmente vivimos.

## 2.

Y todo esto viene a cuento tras la lectura de una obra que, sin duda, y nunca mejor dicho, viene a llenar un hueco importante existente desde hace años en la exposición global de la Historia moderna del Derecho penal. Esta obra es la “Introducción a la Historia moderna del Derecho penal” del Profesor Thomas Vormbaum. Ciertamente, existen ya en el panorama bibliográfico en lengua alemana otras obras generales sobre la Historia del Derecho penal alemán, como la ya clásica de Eberhard Schmidt (*Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. ed., Gotinga 1965) y la más reciente de Hinrich Rüping y Günther Jerouschek (*Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 5. ed., Munich 2007), pero estas obras, además de tener una orientación más descriptiva, incluyen períodos históricos anteriores a la Revolución Francesa y no se dedican exclusivamente a la Historia moderna o contemporánea.

Desde luego, nadie mejor que Vormbaum para exponer la Historia moderna del Derecho penal en un contexto mucho más amplio que el puramente dogmático. Pocos penalistas se han esforzado tanto, dentro y fuera de Alemania, como Thomas Vormbaum en investigar, editar revistas y materiales, publicar libros y documentos sobre este período de la Historia del Derecho penal. Desde su puesto como Profesor de Derecho penal y Director del Institut für Juristische Zeitgeschichte en la FernUniversität de Hagen, ha venido desarrollando sobre todo en los últimos diez años una labor verdaderamente titánica, editando desde 1999 un importante *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte* (Anuario de Historia jurídica contemporánea), y más recientemente el que podíamos llamar su hermano menor el *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, en los que se recogen importantes contribuciones sobre esta materia; y dirigiendo diversas Series en la Berliner Wissenschaftsverlag, en las que se han publicado ya casi un centenar de monografías de carácter histórico-jurídico, o reeditados obras jurídicas y literarias que fueron especialmente relevantes en el momento en que aparecieron. El Profesor Vormbaum, que además de Doctor en Derecho es Doctor en Historia, es autor también de importantes obras jurídicas e históricojurídicas y ha llevado a cabo una ingente labor como traductor al alemán de un gran número de obras jurídicas de autores italianos modernos como Mario Cattaneo o Massimo Donini, y sobre todo de obras literarias, destacando principalmente su traducción de la Divina Comedia de Dante Alighieri.

Con este bagaje previo, al máximo nivel jurídico, jurídico penal, histórico y literario, es obvio que Vormbaum era la persona más indicada para escribir una Introducción general a la Historia moderna del Derecho penal, en la que se tuvieran en cuenta los distintos aspectos políticos y sociales que acompañaron, condicionaron o generaron el Derecho penal alemán durante los dos últimos siglos, incluyendo también referencias a otros países europeos, principalmente a Italia, cuya cultura jurídica y literaria conoce de primera mano. En todo caso, esta exposición es interesante más allá del ámbito

puramente alemán y también puede ayudar a entender la evolución del Derecho penal en otros países, especialmente en España y en muchos países latinoamericanos, dada la importancia que las construcciones jurídicas alemanas han tenido en ellos.

### 3.

Lo que destaca en el planteamiento de Vormbaum es que concibe la Historia moderna del Derecho penal de una forma global, en la que no sólo la legislación y la construcción teórica del Derecho penal material es objeto de la exposición, sino también el Derecho procesal penal, el Derecho penitenciario e incluso la Criminología, situándolos siempre, a través de breves introducciones al comienzo de cada capítulo, en el contexto político y social en el que se produjeron.

Es así cómo comienza su exposición, tras una serie de interesantes consideraciones introductorias de carácter metodológico, conceptual y terminológico sobre las diferencias entre Historia moderna (*moderne Geschichte*), Historia contemporánea (*Zeitgeschichte*) y acontecimientos actuales (*Zeitgeschehen*) (Parágrafo 1), con el análisis de las ideas penales de la Ilustración (Parágrafo 2), de los principales representantes del iusnaturalismo racionalista alemán como Pufendorf, Thomasius y Wolf; de los enciclopedistas franceses como Montesquieu, Voltaire y Rousseau y del gran renovador italiano Cesare Beccaría. Todos ellos se destacaron por oponer frente a la crueldad y el clasismo del Derecho penal del “ancien regime”, de la Monarquía absoluta y de la Inquisición, un Derecho penal más secularizado, humanitario e igualitario, basado en criterios de proporcionalidad y de utilidad. Ello se demuestra sobre todo en las críticas a la tortura y la pena de muerte que en la obra de, por ejemplo, Beccaria ocupan un lugar destacado. En relación con Beccaria, Vormbaum relativiza, sin embargo, bastante la contundencia de sus críticas a la pena de muerte, que iban dirigidas más contra la amplitud con la que entonces se imponía (en Francia, se podía castigar con la pena de muerte a quien no se quitara el sombrero al paso del Corpus Christi) que a la institución misma (véase, por ejemplo, páginas 32 a 35, en las que somete a revisión la tesis bastante extendida de que la Ilustración supuso una humanización del Derecho penal). No obstante, reconoce que frente al Derecho penal de sangre y lágrimas característico del “ancien regime”, los planteamiento de los penalistas y filósofos de la Ilustración fueron en general bastante avanzados y progresistas para su época.

Las dos principales figuras que personifican el nacimiento de una nueva concepción del Derecho y del Derecho penal fueron Inmanuel Kant y Paul Anselm Feuerbach. A ambos autores, les dedica Vormbaum sendos epígrafes, destacando la enorme influencia que ejercieron no sólo en la configuración del Derecho penal de su tiempo, sino también en la del futuro. Con ellos se sientan las bases de un Derecho penal racional, más adecuado para regular la parte más oscura y conflictiva de la convivencia humana que las construcciones metafísicas e incluso teológicas basadas en la voluntad de un dios justiciero, en nombre del que se impartía hasta entonces una Justicia cruel e inhumana. Pero, aunque existen entre ellos algunas coincidencias, también se observan discrepancias de fondo que han llegado hasta nuestros días. Como observa Vormbaum, aunque Feuerbach acepta muchos de los planteamientos kantianos, en su concepción del derecho como instrumento racional de regulación de la convivencia humana, no acepta la concepción puramente retribucionista que Kant, en la que sólo el imperativo categórico de la Justicia fundamenta la imposición de una pena, independientemente de los efectos que se puedan producir. Para Kant la pena era simplemente un acto de

MUÑOZ CONDE, Francisco, “Recensión: VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte (Introducción a la Moderna Historia del Derecho Penal)*”

Justicia. De ahí que esta concepción le llevara a aceptar la pena de muerte como la justa respuesta que merecía el asesino, aunque, como decía en su conocido “ejemplo de la isla”, la sociedad estuviera a punto de disolverse. “Fiat Justitia, pereat mundus”. Del mismo modo proponía la castración como la pena justa para el violador.

Feuerbach, sin embargo, consideraba que la pena como conminación penal asignada al delito en la ley penal, cumplía una función eminentemente intimidatoria, entendiendo que se trataba de una “coacción psicológica” con la que se pretendía que los ciudadanos en general se abstuvieran de cometer los delitos amenazados legalmente con una pena. De ahí que su concepción estuviera firmemente enlazada con el principio de legalidad, cuya formulación latina acuñó con la frase “nullum crimen, nulla poena sine lege”.

De este modo quedaban ya claramente diferenciadas las dos formas de entender el Derecho penal que iban a dividir a los penalistas y filósofos en los próximos dos siglos: Por un lado, el Derecho penal como un instrumento de restablecimiento de la vigencia del derecho quebrantado, y, por tanto, como una retribución del delito cometido; por otro lado, el Derecho penal como un instrumento de prevención de delitos futuros desencadenando con la amenaza de la pena contenida en la ley una coacción psicológica, intimidando de un modo general a los ciudadanos para que se abstengan de cometerlos. Evidentemente, la concepción kantiana no persigue ningún fin, y se legitima en sí misma, sin necesidad de verificación empírica. La concepción de Feuerbach, en cambio, persigue un fin intimidatorio o preventivo general y de algún modo obliga a verificar empíricamente si ese fin realmente se consigue o no.

Contra estas teorías se han esgrimido diversos argumentos que, en parte, como indica Vormbaum, se basan en malos entendidos, porque ni Kant prescinde completamente de los fines, aunque conceptualmente no los incluya en su concepción de la pena; ni Feuerbach considera que sólo la intimidación con penas duras y draconianas más allá de la idea de proporcionalidad puede prevenir la comisión de delitos. Vormbaum considera, aunque con algunas reservas, que entre ambos existen más elementos comunes de que lo que parece a primera vista (véase lo que dice al respecto en p.48 a 52). Así, por ejemplo, ambos fundamentan la intervención del Derecho penal en la realización de un hecho que lesiona el derecho de otra persona, y basan la responsabilidad penal en la autonomía individual, con lo que separan claramente el Derecho de la Moral, aproximándose así a una concepción liberal del Derecho penal y a una idea formal del Estado de Derecho. Pero, al mismo tiempo, indica Vormbaum (p.50 y s.), ambos incurren en el mismo defecto en el que luego han incurrido buena parte de los penalistas que los han seguido: Un exceso de idealismo que los aparta de la realidad, y un exceso de abstracción que permite rellenar las categorías jurídicas con cualquier contenido. La “politización” del Derecho penal que, sobre todo en el planteamiento de Feuerbach, es una consecuencia necesaria del principio “nullum crimen, nulla poena sine lege”, es para Vormbaum también una consecuencia inevitable, desde el momento en que sitúa el origen del Derecho penal no ya en la voluntad divina, ni en la razón abstracta del imperativo categórico kantiano, sino en la decisión del órgano político por excelencia en un Estado de Derecho: el poder legislativo.

#### 4.

Esta preocupación por la “politización” del Derecho penal, que Vormbaum muestra a lo largo de esta obra, se refleja en su análisis de la teoría del bien jurídico que se introduce

en la Ciencia alemana del Derecho penal a mediados del siglo XIX a partir de un trabajo de Birnbaum aparecido en 1834 (véase el epígrafe dedicado al concepto del delito en el Parágrafo 3: Tendencias evolutivas en el siglo XIX). Para Vormbaum el paso del concepto material del delito como lesión de un derecho, a un concepto en el que lo decisivo es la lesión de un “bien jurídico” supone de hecho una legitimación de la decisión legislativa de proteger lo que en cada momento parezca políticamente conveniente. Esto ocurre si, como sucedió posteriormente, se reduce el papel del bien jurídico a un criterio para la interpretación de la ley, con lo que se incurre en una tautología o concepción circular en la que lo que el legislador protege se utiliza al mismo tiempo para interpretar la ley protectora (véase, por ejemplo, las páginas 53 a 63, dedicadas a exponer esta evolución). En mi opinión, el peligro de “perversión del concepto de bien jurídico”, tal como ya lo describí en mi “Introducción al Derecho penal” (Barcelona 1975, reimpresa en Buenos Aires 2000), es un peligro latente en cualquier concepto jurídico, que no por eso debe ser rechazado sin más. Pero debe reconocerse que el concepto de “bien jurídico” se presta más fácilmente a su manipulación política que el de “derecho”, ya que, en definitiva, desde un punto de vista positivista se puede llegar a la conclusión de que bien jurídico es simplemente todo lo que el legislador protege convirtiendo en delito y amenazando con una pena cualquier comportamiento que considere molesto o dañino para su concepción política o ideológica o para los intereses que la representen. Desde luego, con esta concepción puramente formal del concepto material de bien jurídico este peligro es evidente, pero quizás pueda salvarse con una concepción crítica en la que no sólo se analice críticamente lo que el legislador protege, sino también la forma en que pretende hacerlo.

Vormbaum achaca también esta sustitución a la influencia de la Escuela Histórica, al Positivismo jurídico y a las ideas del Romanticismo que introduce en el mundo del Derecho los valores vividos y mantenidos a lo largo del tiempo por la comunidad.

De un modo u otro, la situación política de los distintos Estados alemanes durante la primera mitad del siglo XIX, tras la recepción por parte de algunos de sus intelectuales y juristas de las ideas de la Revolución Francesa, la conmoción que provocaron en ellos las reformas jurídicas inspiradas por los primeros Códigos napoleónicos, y los primeros movimientos revolucionarios del llamado Vormärz que cuajaron en la Asamblea de Frankfurt en 1848, dieron lugar a tendencias románticas, irracionalistas, revolucionarias y nacionalistas, al mismo tiempo. Un ejemplo de esta extraña combinación lo representa la figura de Carl Mittermaier, que si bien fue discípulo y continuador de la obra de Feuerbach, pronto se distanció claramente de él en su concepción del Derecho penal, ocupando cargos importantes tanto políticos, como judiciales.

La coexistencia de varios Estados dio lugar a un particularismo legislativo que ya en la época de la Codificación produjo numerosos Códigos penales entre los que destaca el Código penal bávaro de 1813, obra de Feuerbach, que siguió bastante el modelo del Code penal napoleónico de 1810. Paradójicamente, ello dio lugar al surgimiento de la Dogmática jurídico penal, que siguiendo el modelo utilizado por la Escuela histórica para interpretar y sistematizar a partir del Derecho romano el Derecho privado común, comenzó a elaborar también los conceptos básicos de un Derecho penal por encima de los Códigos y leyes penales particulares de cada Estado. A través de la Dogmática se creó una gramática jurídica común que podía utilizarse como instrumento para interpretar unitariamente las Leyes de los diferentes Estados. Ello fue sin duda favorecido posteriormente por unificación política en una sola nación y la creación de

MUÑOZ CONDE, Francisco, “Recensión: VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte (Introducción a la Moderna Historia del Derecho Penal)*”

un Código penal común en 1870, que contenía ya en la Parte General los conceptos y principios elaborados anteriormente y que constituirían el referente del derecho positivo de la Dogmática en los próximos decenios.

La filosofía penal de la época se mantuvo en una especie de posición intermedia entre la tradición racionalista kantiana, el planteamiento preventivista de Feuerbach, entendido también como prevención especial por Fichte, y la concepción puramente retributiva de Hegel, que centró en el Estado la capacidad para establecer el Derecho (tesis), el delito (no derecho) como su negación (antítesis) y la pena (síntesis) como negación del delito y afirmación del derecho, lo que dio lugar a una concepción autoritaria estatal que posteriormente se utilizó para legitimar el modelo autoritario del Estado prusiano.

Especial atención le dedica Vormbaum a la evolución del Derecho procesal penal durante todo el siglo XIX (p.89 a 107). Esta evolución comienza con la eliminación de la tortura como medio de prueba y continua con la discusión entre la superación del modelo inquisitivo y la introducción de un modelo acusatorio basado en los principios de publicidad, oralidad e inmediación, con todo lo que ello repercutía no sólo en la concepción política del Estado, sino en la de los derechos del imputado como derechos fundamentales del ciudadano frente al poder punitivo del Estado. Igual que con el Derecho penal material, también aquí se dieron diversos intentos y propuestas hasta la creación de una Ordenanza procesal penal para todo el Imperio en 1877 que además del reforzamiento de la independencia del poder judicial, al establecer el principio de la libre valoración de la prueba, reserva el ejercicio de la acción penal al Ministerio público, otorgándole funciones directivas en la fase de la investigación, y se admite aunque con bastantes restricciones el sistema del jurado.

También en el Derecho de ejecución de las penas y en el Derecho penitenciario se produjo una importante evolución, que comenzó con la abolición de las penas corporales y las formas agravadas de ejecución de la pena de muerte, y continuó con una creciente expansión de las penas privativas de libertad, entre las que la reclusión ocupó un lugar central, aunque desde luego aún no entraban en ella los conceptos de resocialización y terapia como elementos centrales del Derecho penitenciario.

## 5.

Capítulo central del libro es el Parágrafo 4, dedicado al paso del siglo XIX al XX; es decir, a la época en la que Alemania, tras su unificación en una Nación, bajo el mandato del Kaiser y de su Primer Ministro Otto von Bismarck, se convierte en una potencia mundial, con un resurgir económico y sobre todo científico y tecnológico verdaderamente impresionante. También el Derecho penal de aquella época fue influenciado por las nuevas corrientes del positivismo científico y las teorías evolucionistas de Darwin, destacando como figura principal representante de estas nuevas corrientes la de Franz Von Liszt, quien mantuvo un difícil equilibrio entre la tradición de su formación jurídica dogmática, trasladando a la Teoría del Delito la distinción entre antijuricidad objetiva y culpabilidad subjetiva, que en el ámbito del Derecho civil había ya realizado Rudolph von Ihering, y las nuevas corrientes políticocriminales y criminológicas, influenciadas por el positivismo científico.

Para Von Liszt “el Derecho penal era la infranqueable barrera de la Política criminal”, “el bastión del ciudadano frente al poder punitivo del Estado”; y el principio “nullum

crimen, nulla poena sine lege” la “Magna Carta del delincuente”. Estas son frases que se citan frecuentemente como muestra de su espíritu liberal y una concepción garantista del Derecho penal frente a una Política criminal dirigida sólo a luchar eficazmente contra la delincuencia, sin respetar las garantías y principios del Derecho penal de un Estado de Derecho. Vormbaum (p.123 a 132) relativiza, sin embargo, esta concepción dualista de Von Liszt, y cuestiona que Von Liszt fuera consecuente con esta idea en relación con los reincidentes y su admisión de la pena indeterminada, ya que no parece que en este caso le preocupara otra cosa que una efectiva “inocuidad” (“Unschädlichmachung”) de los que él llamaba “incorregibles”, “proletariado de la delincuencia”, y otras lindezas por el estilo. Ciertamente, no puede decirse que en este punto la concepción que tenía Von Liszt fuera la de un penalista más preocupado por respetar las garantías del imputado que por la eficacia de las normas penales para atajar el fenómeno que más preocupaba entonces a la disciplinada y bien organizada sociedad alemana de aquella época: la reincidencia. La propuesta que hace para el tratamiento de este problema en su famoso Programa de Marburgo no está muy alejada del programa de exterminio que medio siglo después llevaron a cabo los nazis en los Campos de Concentración. Ciertamente, no se le puede achacar a Von Liszt las atrocidades que se cometieron en estos campos no sólo con los delincuentes comunes reincidentes, sino también con los enemigos políticos del régimen nazi y las personas pertenecientes a otras etnias, especialmente los gitanos y los judíos, pero sí es importante resaltar que, aunque de forma programática y sólo en relación con determinados grupos de personas, su concepción de la “inocuidad” (Unschädlichmachung) abría la puerta a un poder punitivo del Estado que, sin ningún tipo de límites, pudo llegar a aberraciones como las que luego se produjeron en la época nacionalsocialista.

## 6.

Esta actitud esquizofrénica entre un Derecho penal garantista y una Política criminal basada simplemente en la eficacia en la lucha contra la delincuencia (o, mejor dicho, contra determinado tipo de delincuentes) ha permanecido luego, de forma más o menos latente, en el Derecho penal alemán durante todo el siglo XX, a cuyo estudio dedica Vormbaum el Parágrafo 5, y se ve con especial claridad en la etapa siguiente a la de Von Liszt, en la que Alemania tras su derrota en la Primera Guerra Mundial (1914/18), en plena República de Weimar (1918/33) se vio abocada a una grave crisis económica y social. En aquella época el dualismo entre el Derecho penal, entendido, conforme a la distinción propuesta por Dilthey y el neokantismo de la llamada Escuela Sudoccidental alemana, como una Ciencia del Espíritu, y la Política criminal, entendida como una Ciencia de la Naturaleza, se agudizó hasta el punto de hacer florecer, por un lado, una Dogmática jurídicopenal centrada fundamental en una refinada elaboración de la Teoría General del Delito por penalistas de la talla de Ernst Beling y Reinhardt Frank; y, por otro, una Política criminal inspirada en planteamientos puramente biologicistas, en los que la selección eugenésica y la preocupación por la higiene racial fueron sus ingredientes más importantes. A ello se añadió una grave crisis política y económica, que produjo una importante desestabilización social y un aumento de la delincuencia hasta límites inimaginables en la etapa anterior.

No es por ello extraño que un discípulo de Von Liszt, Gustav Radbruch, elaborara en 1922, siendo Ministro de Justicia, un Proyecto de Código penal que acogía la medida de “internamiento en custodia de seguridad”, que debía servir para el control adicional, por tiempo indeterminado y una vez cumplida la pena, de los delincuentes habituales.

MUÑOZ CONDE, Francisco, “Recensión: VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte (Introducción a la Moderna Historia del Derecho Penal)*”

Desde luego, Gustav Radbruch era, además de un gran filósofo del Derecho y un refinado cultivador de la Dogmática del Derecho penal, un político preocupado por controlar a través del Derecho penal un problema que en la época en que formaba parte del Gobierno, se había convertido en un grave problema en la sociedad alemana de aquel tiempo. Pero no cabe duda de que, aunque de forma más elaborada, la concepción de su maestro Von Liszt respecto al tratamiento de la reincidencia y la pena indeterminada ejerció una fuerte influencia en su Proyecto, e implícitamente asumía el mismo planteamiento dualista entre un Derecho penal garantista y un Derecho penal eficaz, o, si se prefiere, entre Derecho penal y Política criminal.

No es, por tanto, extraño que la custodia de seguridad fuera acogida con entusiasmo y rápidamente convertida en Ley por los nacionalsocialistas apenas llegaron al poder, introduciéndola en la Ley contra el delincuente habitual de 1933, primera reforma legal importante que siguieron. Con ello plantea Vormbaum una cuestión que hasta hoy ha dividido a gran parte de los historiadores del nacionalsocialismo: ¿Supuso realmente este régimen una completa ruptura con el sistema anterior y un paréntesis lamentable, pero paréntesis al fin y al cabo, entre las etapa anterior y la que le siguió; o no fueron más bien muchas de sus “novedades” más que la continuación de ideas que ya hacía tiempo venían elaborándose por buena parte de la doctrina incluso por la menos sospechosa de proclividad a las ideas totalitarias?

Desde luego, si, por ejemplo, se investigan los antecedentes de la custodia de seguridad no es difícil encontrarlos ya en los planteamientos de Von Liszt respecto a los reincidentes, y en el Proyecto de Radbruch en plena República de Weimar. Tampoco es difícil encontrar precedentes a la Ley de esterilización para la prevención de enfermedades hereditarias, que algún autor como Mezger propuso aplicar también a los asociales y delincuentes “para evitar una herencia indeseable”, en planteamientos eugenésicos y racistas propugnados ya en la etapa anterior, tanto en Alemania, como en Francia, Inglaterra o Suecia. Y lo mismo se puede decir de la eutanasia de enfermos mentales y terminales, que en los años veinte propugnaba ya un jurista tan refinado como Karl Binding en una conocida monografía que escribió junto con el médico Hoche.

Para Vormbaum no existen, desde luego, dudas sobre esa continuidad en algunas de las instituciones y preceptos legales que algunos autores han considerado como “típicamente nazis” y que incluso después han pervivido en la posterior etapa democrática. Lo que para él tiene de peculiar la etapa nacionalsocialista es la “radicalización” extrema a que se llegó con la aplicación de esas ideas, algunas de las cuales en Alemania no habían pasado antes del ámbito puramente especulativo teórico. Pero es evidente que existía ya, cuando los nazis llegaron al poder en 1933, un ambiente propicio para poner en marcha y convertir en ley las ideas que de un modo más o menos encubierto se venían propugnando en etapas anteriores (y no sólo en Alemania: recuérdense las prácticas esterilizadoras en los países nórdicos y en algunos Estados de los Estados Unidos de América, en los años veinte; las leyes de emigración americanas inspiradas en criterios racistas; las ideas eugenésicas y de higiene social propugnadas incluso por autores progresistas, etc).

Todo esto fue aprovechado por los nazis para llevar a cabo un programa de reformas penales que comenzó en 1933 con leyes como la Ley para la esterilización de sujetos portadores de enfermedades hereditarias, la del delincuente habitual, y la Ley de

protección del Pueblo y del Estado que permitió aplicar la pena de muerte con efecto retroactivo al supuesto autor del incendio del Reichstags. Y luego continuó con la introducción de la analogía como fuente del Derecho penal, que permitía que un hecho que no estuviera previsto en la ley penal como delito, pudiera de todos modos castigarse si así se consideraba necesario “conforme al sano sentimiento del pueblo”, y se culminó, en una primera etapa con las Leyes de Nuremberg que en 1935 elevaron a la categoría de delito el “ultraje a la raza” (*Rassenschande*), es decir, las relaciones sexuales extramatrimoniales de judíos con personas raza aria.

Pero para ello se contó también con la colaboración de una Dogmática penal que en muchos de sus representantes más destacados, como particularmente fue el caso de Edmund Mezger, no tuvo el menor reparo en brindar todo su apoyo a las nuevas propuestas políticocriminales. La subjetivización del concepto de injusto, la sustitución del concepto de “bien jurídico” por el de “quebrantamiento de la fidelidad” como contenido material del delito, tal como proponían los penalistas más jóvenes de la llamada Escuela de Kiel (*Dahm y Schaffstein*), la formulación del concepto de “culpa por la conducción de vida” como alternativa a la culpabilidad por el hecho y de la “ceguera jurídica” como fórmula para imputar una responsabilidad penal cuando el sujeto no conocía la prohibición penal, propugnadas por Mezger, etc, condujeron a un Derecho penal de autor, en el que lo importante era la “*Gesinnung*”, el ánimo o actitud espiritual del sujeto respecto a los valores vigentes en la “comunidad del pueblo”, configurada como unidad basada en la integridad del suelo o territorio alemán y la pureza de la sangre de la raza aria, superior, a su juicio, a las demás razas existentes en el mundo

Pero tampoco el poder judicial se quedó atrás en su colaboración con el régimen nazi. Cuando se introdujo la analogía como fuente del Derecho penal era porque se contaba con una judicatura que iba a aplicar esa cláusula “conforme al sano sentimiento del pueblo”, es decir, de acuerdo con los patrones ideológicos del nacionalsocialismo, o como dijo luego el tristemente famoso Presidente del *Volksgerichtshof* (un tribunal especial para juzgar a los enemigos políticos del régimen), Roland Freisler, “pensado como si el que tuviera que dictar la sentencia fuera el mismo Führer”. Y efectivamente, como indica Vormbaum (p.197), la jurisprudencia habida en torno al delito de “ultraje a la raza” demuestra hasta que punto estaban dispuestos a colaborar. Así, por ejemplo, cita Vormbaum la jurisprudencia que entendió que para la consumación de ese delito no hacía falta la realización del coito entre un judío y una persona de raza aria, y que bastaba cualquier acto o mero tocamiento sexual porque el bien jurídico protegido no era sólo la “sangre alemana”, sino también el “honor alemán”, considerando, por tanto, que se trataba de un delito pluriofensivo. Y este tipo de interpretación fue empleada por ejemplo para condenar a la pena de muerte a un ciudadano judío (*Katzemberg*) que fue acusado de este delito, aunque nunca se pudo demostrar que tuviera una relación sexual con una joven alemana, sino todo lo más que llegó a acariciar su cuerpo o a besarla. Y la joven alemana que negó este hecho fue condenada (no por el mismo delito, del que quedaba exento la mujer alemana, considerada “partícipe necesario”), sino por el de falso testimonio (este caso se expone dramáticamente en la película “¿Vencedores o Vencidos?” de Stanley Cramer, véase el comentario a la misma y más detalles sobre el caso en Muñoz Conde/Muñoz Aunión, “¿Vencedores o vencidos?”, Valencia 2003, p.39 ss.. hay traducción al alemán publicada con el título “*Das Urteil von Nürnberg*”, Berlin 2007). También se discutió si el principio de personalidad era aplicable en este delito y, en consecuencia, si se debía castigar al alemán que tuviera relaciones con una persona

MUÑOZ CONDE, Francisco, “Recensión: VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte (Introducción a la Moderna Historia del Derecho Penal)*”

de raza judía fuera del territorio alemán. Es verdad, que hubo algún caso de enfrentamiento entre jueces y miembros de las SS en relación con la puesta en libertad de algún acusado que luego era detenido por la policía, pero en general la docilidad e incluso servilismo del poder judicial respecto al régimen nazi fue total, y eso motivó que luego, aunque de modo simbólico, incluso hubiera un proceso en Nuremberg contra algunos cualificados representantes de la Judicatura y la Fiscalía nacionalistas por los excesos que habían cometido en aplicación de las leyes nazis (el llamado “Juristenprozess”, para más información al respecto véase Muñoz Conde/Muñoz Aunión, a.cit.).

Y lo más curioso y paradójico de todo esto es que Hitler despreciaba a los juristas, a los que consideraba un estorbo para la realización de sus planes. Lo que no fue óbice para que recurriera a ellos cuando hacía falta para disfrazar y darle cobertura jurídica a las monstruosidades que cometía el régimen nazi, como sucedió con el Proyecto de Ley de tratamiento de los llamados “extraños a la comunidad”, de cuya redacción se encargaron el jurista Mezger y el criminólogo Exner, ambos muy conocidos en el ámbito hispanoparlante, merced a las traducciones de sus libros. Que estos autores no tuvieran el menor reparo en colaborar en una ley exterminadora, que preveía la pena de muerte, la esterilización forzosa, y, en todo caso, el internamiento en campos de concentración de personas que ni siquiera habían cometido delitos o sólo delitos de escasa gravedad, o que simplemente eran marginales sociales, o habían realizado actos homosexuales, etc; y que incluso uno de ellos (Mezger) solicitara (en el año 1944!) visitar el Campo de Concentración de Dachau para ver in situ lo que allí se hacía con estas personas, demuestra el grado de abyección moral a que podían llegar los más prestigiosos juristas en su colaboracionismo con un régimen criminal y genocida. Vormbaum en diversos lugares de su libro (p.200, 201, 263, 272) se hace eco de mis trabajos en torno al pasado nazi de Mezger y al Proyecto en el que colaboró para el tratamiento de los “extraños a la comunidad”, con lo que ese trozo oscuro de la historia del Derecho penal alemán (nunca mencionado en los Tratados y obras generales del Derecho penal alemán en los últimos sesenta años) no pasará ya más desapercibido en el futuro, ni podrá dar más lugar a las estúpidas campañas de difamación que, directa o indirectamente, tuve que sufrir por haberlas sacado a la luz en mi libro sobre Mezger antes mencionado y en distintos trabajos que sobre este tema he publicado en los últimos años.

Pero este trozo de la Historia de Alemania y de su Derecho penal es ya ahora tan conocido que no merece la pena dedicarle demasiado espacio, y efectivamente Vormbaum le dedica el espacio justamente necesario para que no pasen desapercibidos sucesos, como, por ejemplo, los asesinatos por motivos políticos que comenzaron dentro del propio partido nazi con la eliminación en la “noche de los cuchillos largos” de Rohm y otros dirigentes nazis que se oponían a Hitler, las llamadas acciones eutanásicas que causaron la muerte a centenares de miles de enfermos mentales, los asesinatos cometidos por los Grupos de Intervención (Einsatzgruppen) en las zonas ocupadas de Polonia y Rusia, el Holocausto de millones de judíos y el exterminio de miles de gitanos (especialmente de los llamados Sinti y Roma) en los campos de concentración y de exterminio, los asesinatos de prisioneros de guerra y la explotación de los trabajadores forzosos, que son los supuestos más destacados de lo que Vormbaum denomina (p.216 a 218) “especial patología del sistema nacionalsocialista”.

7.

Especialmente destacable es el análisis que Vormbaum hace del proceso de transición de este régimen criminal a uno democrático, tras la derrota de Alemania en la Segunda Guerra Mundial. Este es un tema particularmente interesante sobre todo en Alemania, donde en los últimos sesenta años se han tenido que enfrentar a dos transiciones de regimenes no democráticos a sistemas democráticos, como fue el caso tras la Segunda Guerra Mundial del paso del régimen nacionalsocialista a uno democrático; y luego, aunque en un contexto diferente, el paso de un sistema socialista autoritario a otro democrático configurado como Estado de Derecho tras la caída del Muro de Berlín y la consiguiente Reunificación de Alemania en una sola Nación.

Estudiar el papel ejercido por el Derecho y concretamente por el Derecho penal en esa transición es uno de los temas con los que se enfrenta actualmente la Ciencia alemana del Derecho. Ciertamente, es difícil imaginar cómo se puede transformar un régimen autoritario en uno democrático, manteniendo en las instituciones fundamentales del Estado a personas que ocuparon iguales puestos o similares en la etapa anterior. Pero esto es lo que sucedió en Alemania tras la Segunda Guerra Mundial. Los Juicios de Nuremberg sólo sirvieron para eliminar de la vida pública (en algunos casos también condenándolos a la pena de muerte) a algunos de los principales responsables del régimen nazi tanto en la política, como en la judicatura, el ejército o la industria. Los paralelos juicios de “desnazificación” que se llevaron a cabo en las zonas ocupadas por los Aliados se convirtieron de hecho en un coladero, en el que con la etiqueta de “Mitläufer” (literalmente: compañero de correrías) volvían a sus cargos todos los altos funcionarios, profesores, políticos, etc., que habían ocupado puestos importantes en el régimen nazi.

A partir de la aprobación de una nueva Constitución, la Ley Fundamental de Bonn de 1949, la vida política interna se normalizó, y con el llamado “milagro económico” pronto volvió Alemania, al menos en la parte que tras la división en dos naciones alemanas diferentes fue denominada República Federal Alemana, a su anterior esplendor económico, generando una sociedad próspera que miraba más al futuro que al pasado reciente. El pasado nazi quedó así escondido en el arcano de la memoria colectiva y sólo en muy contadas ocasiones floreció como un recuerdo desagradable que la mayoría quería olvidar. Tras los Procesos de Nuremberg y la desnazificación, sólo en muy contados casos se iniciaron por la Justicia alemana procesos penales contra los criminales nazis, y la mayoría de ellos, con alguna excepción como el llamado Proceso de Auschwitz impulsado en los años 60 por el Fiscal de Hessen Fritz Bauer, terminaron en absoluciones o en condenas ridículas para la entidad y gravedad de los crímenes de los que eran acusados. Especialmente escandaloso considera Vormbaum (p.227 y s.) que ninguno de los jueces que en la época nazi dictaron condenas a muerte, reclusiones en campos de concentración etc., fueran condenados en las nueva etapa, al exigir los Tribunales de la nueva República Federal la prueba de un dolo directo en el delito de prevaricación, o entender que los Jueces gozaban de un especial “privilegio” que salvo en el caso de la prevaricación dolosa les hacía inmunes a cualquier tipo de responsabilidad por las sentencias dictadas en aplicación de las leyes nazis.

Mientras tanto, en el ámbito legislativo se produjo un proceso paulatino de ruptura jurídica con el régimen nazi; en primer lugar, con leyes con las que las Potencias Aliadas suprimieron los aspectos más característicos del régimen nazi (la admisión de la

MUÑOZ CONDE, Francisco, “Recensión: VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte (Introducción a la Moderna Historia del Derecho Penal)*”

analogía como fuente del Derecho penal, las Leyes de Nuremberg o el delito de ultraje a la raza), o se rehabilitaron a quienes habían sido condenados en base a esas leyes; y luego con una legislación interna que entre otras novedades importantes decretó en la Ley Fundamental de Bonn la abolición de la pena de muerte.

Hay algún autor como Berhanrd Schlink que ha llegado a decir que lo característico de la transición alemana de esa época fue frente al régimen nazi la “ruptura en los contenidos y la continuidad de las personas”. Vormbaum, en cambio, es mucho más severo con esa transición y considera que no sólo hubo continuidad en las personas, sino también que muchos elementos del derecho nazi permanecieron de un modo más o menos encubierto en las estructuras del nuevo régimen jurídico. Naturalmente, todo depende de la perspectiva desde la que se mire. Si se parte, como parte Vormbaum (véase, por ejemplo, pa.269 a 273), de que ya el muchas de las ideas penales del nacionalsocialismo no fueron más que la continuidad de planteamientos anteriores, no es extraño que esas mismas ideas, desprovistas de sus contenidos más radicales, continuaran después en la nueva etapa democrática, entre otras cosas porque muchos penalistas, profesores, jueces y políticos ocuparon puestos importantes sucesivamente en las tres etapas y era poco probable que cambiaran de opinión en cuestiones que ellos consideraban fundamentales. El recurso al Derecho natural y las polémicas sistemáticas abstractas entre causalistas y finalistas no pudieron eliminar completamente ideologías o prejuicios moralistas arraigados en los principales juristas de la nueva etapa, que tenían profundas raíces en las anteriores. Y así lo demuestra una legislación y una serie de Proyectos de reforma del Código penal que además estaban condicionados por la nueva situación política de Guerra Fría en la que un anticomunismo visceral y la amenaza continua de un enfrentamiento bélico entre los dos bloques militares en los que había quedado el mundo dividido (OTAN vs. Pacto de Varsovia) llevó, por ejemplo, a prohibir el Partido Comunista y el acceso a la función pública de sus miembros (Berufsverbot), y a un Derecho penal y procesal de gran dureza para lo que se suponía podía poner en peligro los fundamentos del nuevo sistema democrático.

Lo mismo, aunque con un signo diferente, sucedió en la otra Alemania, denominada República Democrática Alemana, en la que la invocación al Derecho natural fue sustituida por una invocación al marxismo y al ideal de una sociedad comunista sin clases, y en la que se llevaron a cabo todo tipo de reformas para eliminar no sólo tanto en lo personal, como en lo legislativo, el pasado nazi, sino para proteger el nuevo Estado frente a la amenaza del sistema capitalista, lo que les llevó a construir incluso un Muro que separó físicamente durante casi treinta años a los ciudadanos de la ciudad de Berlín. Probablemente, en ningún otro país del mundo se sintieron tanto los efectos de la Guerra Fría como en las dos naciones alemanas y ello naturalmente repercutió en la configuración de sus respectivos sistemas jurídicos.

La caída del Muro de Berlín, con la consiguiente desaparición de la República Democrática Alemana y la reunificación en un solo Estado, determinó una nueva transición y también la iniciación de algunos procesos penales contra los guardias fronterizos que dispararon y mataron a muchos ciudadanos que quisieron pasar clandestinamente el Muro de Berlín para escapar a la República Federal, y contra algunos altos cargos del régimen comunista. Estos procesos fueron emprendidos incluso con más energía de la que antes se había empleado para exigir responsabilidad a los antiguos dirigentes nazis. Pero tampoco en este caso la elaboración del pasado a través del Derecho penal determinó condenas relevantes de los responsables de los actos

injustos cometidos por los dirigentes de la antigua República Democrática Alemana, y las pocas que hubo fueron de escasa gravedad o rápidamente indultadas (véase, al respecto, la exposición que hace Vormbaum de esta transición en las páginas 256 a 259).

## 8.

Con esto llega Vormbaum a la etapa actual que él denomina “Zeitgeschehen”, es decir, acontecimientos de relevancia para el Derecho penal que se producen en Alemania tras la Reunificación, desde el último decenio del siglo XX hasta el momento presente (Parágrafo 6). Esta etapa comienza con una nueva regulación del aborto, que fue motivada porque la regulación que preveía la anterior República Democrática Alemana era mucho más abierta (solución del plazo) que la de la República Federal (solución de las indicaciones). Ello provocó una serie de decisiones del Tribunal Constitucional, que finalmente cuajaron en una regulación mixta en la que la solución del plazo queda supeditada a que la mujer pase previamente por un centro de asesoramiento, y entre las indicaciones se incluya la llamada indicación social. Pero ya en los años 90, el Derecho penal alemán empezó a caracterizarse, según Vormbaum, sobre todo por un retorno a planteamientos politicocriminales en los que ante todo y sobre todo se busca la eficacia en la *lucha* contra las nuevas formas de criminalidad en materia económica, medioambiental, corrupción, tráfico de drogas, o terrorismo; o contra manifestaciones violentas de formas de criminalidad ya conocidas como los delitos sexuales. Para esos últimos se reavivó el internamiento en custodia de seguridad, hasta el punto de que, tras discutidas decisiones del Tribunal Constitucional Federal, se ha llegado a aprobar su imposición acordada incluso en un momento posterior a la sentencia condenatoria, y no sólo para el Derecho penal de adultos, sino también para el Derecho penal de jóvenes (2008).

Este nuevo Derecho penal se caracteriza por una expansión (en este sentido, Vormbaum cita la obra de Jesús Silva, traducida al alemán), con un incremento notable de nuevos tipos penales, pero también por una intensificación de la gravedad de las penas. La palabra “lucha” (*Bekämpfung*) aparece en todas leyes que se promulgan en la última década del siglo XX, y no es extraño que ello haya dado lugar a la concepción de un Derecho penal belicista, denominado “Derecho penal del enemigo” (*Jakobs*), que entre otras cosas se caracteriza por una anticipación de la intervención del Derecho penal a conductas previas a la lesión de un bien jurídico, por la imposición de penas draconianas más allá de la idea de proporcionalidad y por la reducción de las garantías procesales del imputado, lo que lo hace dudosamente compatible con el marco constitucional del Estado de Derecho.

El último epígrafe (el 7) lo dedica Vormbaum a una recapitulación de todo lo expuesto anteriormente, confirmando la “continuidad” de los planteamientos politicocriminales desde el racionalismo utilitarista, pasando por Von Liszt, hasta nuestros días; de lo que el Nacionalsocialismo fue, en opinión de Vormbaum (p.272), sólo una versión extrema y radical, pero evolutiva de unas tendencias anteriores que llegan hasta el momento presente. Finalmente, termina con una descripción sintética de las tendencias que según él se dan en el Derecho penal alemán actualmente: flexibilización, moralización, materialización, y subjetivización; acompañado por un sector de la Ciencia que legitima esas tendencias e incluso le suministra arsenal dogmático para hacerlas efectivas. Frente a ello propone, una Ciencia del Derecho penal limitadora de los excesos autoritarios del poder estatal, basándose en una idea del Derecho, en la que se combinen adecuadamente

MUÑOZ CONDE, Francisco, “Recensión: VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte (Introducción a la Moderna Historia del Derecho Penal)*

la *Justicia*, la *Seguridad* jurídica y la *Utilidad* (p.274). Un planteamiento que como él mismo indica es ideal y del que desde luego parece haberse apartado el Derecho penal alemán (y no sólo él) en los últimos años.

No creo exagerado afirmar que estamos ante una obra única en su género, en la que se expone de forma clara y reveladora, las luces y sombras del Derecho penal alemán de los dos últimos siglos, sus grandezas y sus miserias. Un libro, pues, que además es un instrumento indispensable para conocer los orígenes inmediatos del Derecho penal de nuestro tiempo, y quizás con ello comprenderlo mejor e intuir también cuál puede ser el Derecho penal del futuro.