

psicológica»; Birmbaum, con su trabajo sobre el concepto de «bien jurídico»; pero también Grolman, Klein, Mittermaier y Köstlin, el primer gran sistematizador del Derecho penal a partir de las teorías hegelianas.

Ya en el último cuarto del siglo XIX destacan Karl Binding con su teoría de las normas y su visión retribucionista del Derecho penal, y Franz von Liszt con su teoría del «fin en Derecho penal», que seguía las ideas que expuso en su importante obra «El fin del derecho» el que fue su maestro el civilista von Ihering. Del enfrentamiento entre estos últimos autores surgió la llamada «Lucha de Escuelas» que dividió a los penalistas alemanes de finales del siglo XIX entre los partidarios de la pena como pura retribución y los que destacaban su finalidad preventiva, sobre todo preventiva especial. En esta polémica participaron otros penalistas contemporáneos como Adolf Merkel y Karl Birkmeyer.

El siglo XX se abre con la gran personalidad de Gustav Radbruch, discípulo de von Liszt, en cuya concepción preventiva especial basó las medidas de seguridad posdelictuales, y especialmente la «custodia de seguridad», que introdujo cuando fue Ministro de Justicia en la República de Weimar (1923) en su Proyecto de Código penal; pero que posteriormente, cuando fue apartado de su cátedra de Heidelberg por los nacionalsocialistas, se ocupó sobre todo de cuestiones históricas y filosóficas.

Ya en el siglo XX es inevitable citar los penalistas que ejercieron un papel destacado en la configuración y en la fundamentación del Derecho penal conforme a la ideología del Nacionalsocialismo, entre los que cabe citar a Friedrich Schaffstein con su concepción del delito como «infracción de un deber», pero también a Hans Welzel, el gran renovador del sistema del Derecho penal con su «teoría de la acción final», pero que todavía durante el período nacionalsocialista en su artículo sobre «el concepto sustancial del Derecho penal», publicado en 1944 en el Homenaje a Kohlraush, consideraba que la esencia del concepto material del delito era el desvalor de la acción con un planteamiento próximo al Derecho penal de la voluntad patrocinado por los penalistas afines a la ideología nazi.

En el último cuarto del siglo XX tras la superación de una concepción puramente retribucionista del Derecho penal, tal como patrocinaron Kant y Hegel, en un breve artículo de Ulrich Klug que tenía como título «Despedida de Kant y Hegel» (1968); destaca sobre todo la figura de Claus Roxin, quien a partir de su breve monografía «Política criminal y sistema del Derecho penal (1970), renovó la dogmática penal incluyendo en el sistema de la teoría del delito las finalidades políticocriminales,

basando la imputación objetiva de un resultado en la creación o el incremento de un riesgo no permitido e introduciendo planteamientos funcionalistas moderados en la teoría del Derecho penal, del que es buena prueba su importante «Tratado de Derecho penal», en dos volúmenes. Un funcionalismo más extremo representa Günther Jakobs no sólo en su Tratado de Derecho penal, sino también en una concepción más radical de una parte del Derecho penal como un «Derecho penal del enemigo», en el que los principios y límites del Derecho penal de Estado de Derecho quedan bastante reducidos cuando no completamente excluidos.

Todos estos textos representativos del pensamiento penal de los autores anteriormente citados, se recogen en este libro convenientemente sistematizados y con una transcripción cuidadosa en la que se mantienen las referencias a la páginas de la edición original de donde se toman. Quizás pueda discutirse en algún caso la selección realizada por Vormbaum; algunos podrán echar de menos a algún autor o algún texto, y otros podrán pensar que sobran algunos autores o algunos textos. Es cuestión de gusto. Pero pocos podrán discutir la utilidad de este libro y el enorme esfuerzo realizado por Vormbaum para ofrecer una muestra representativa de algunos de los autores y textos más influyentes en la evolución de la Ciencia alemana del Derecho penal en los dos últimos años.

2. VORMBAUM, Thomas, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte* (Introducción a la Historia moderna del Derecho penal), (2a. ed., Editorial Springer, Heidelberg 2011, 321 págs.

La historia del Derecho penal alemán de los dos últimos siglos está llena de acontecimientos y personalidades que han ejercido una gran influencia no sólo en la configuración del Derecho penal de ese país, sino de un modo más o menos directo en la del Derecho penal de otros países. Desde Paul Anselm Feuerbach a principios del siglo XIX hasta Claus Roxin a finales del siglo XX y principios del XXI, han sido muchos los autores y los acontecimientos históricos que han dejado su huella en el Derecho penal. Ciertamente, lo más conocido de la elaboración científica del Derecho penal llevada a cabo por los penalistas alemanes es la Dogmática penal; es decir, una forma de elaboración sistemática del Derecho penal positivo, abstrayendo del mismo determinadas categorías generales aplicables después al estudio de las concretas figuras delictivas. También la Filosofía alemana de los siglos XVIII y XIX, especialmente la de Kant y Hegel, ha servido

de base a las posteriores discusiones sobre el sentido y fundamento de la pena, y por tanto, del Derecho penal.

Pero todo ello se ha ido desarrollando paralelamente a los sucesos políticos y sociales que se han ido produciendo durante estos dos siglos, desde la dispersión política en diversos Estados independientes (Baviera, Prusia, Sajonia, Ciudades hanseáticas, etc) que tenían como denominador común una misma lengua y la cultura, pasando por la unificación en una misma nación a partir de 1871 y por todo el atormentado siglo XX en el que hubo dos Guerras Mundiales, protagonizadas directamente por Alemania, y un régimen dictatorial, el Nacionalsocialismo, que llegó a cometer las más grandes atrocidades y que tras su derrota en 1945 dejó un país destruido y dividido en dos naciones independientes y enfrentadas entre sí. Naturalmente, todo esto también repercutió en la elaboración del Derecho penal, aunque esa repercusión raras veces haya sido tematizada o tratada con la importancia que merece en los libros y Tratados de Derecho penal.

El ingente material bibliográfico, legislativo y jurisprudencial que todo ello ha provocado era muy difícil de sistematizar y exponer de forma conjunta y equilibrada, y requería, además de un gran conocimiento de toda esa evolución histórica, una enorme capacidad de síntesis. Pero también una voluntad decidida de enfrentarse con un pasado, no siempre glorioso, de forma objetiva, contando, sin miedo y sin prejuicios chauvinistas, las cosas tal como realmente sucedieron y no como a algunos les hubiera gustado que hubieran sucedido, sin ocultar nada, describiendo las luces y las sombras de un pasado reciente cuyas consecuencias han llegado hasta nuestros días.

Nadie mejor para ello que el catedrático de Derecho penal de la FernUniversität de Hagen, el Profesor Thomas Vormbaum, quien a su gran nivel como jurista y penalista, añade el de ser un gran conocedor de la Historia de su país, como lo revelan sus numerosas publicaciones al respecto y el haber sido el fundador y actual editor de una de las Revistas más importante sobre la Historia contemporánea del Derecho penal: el *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte* y su hermano menor el *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, además de director de colecciones en diversas y prestigiosas editoriales alemanes en las que se vienen publicando numerosas monografías de carácter histórico y no sólo sobre el Derecho penal alemán, sino también sobre el de otros países, particularmente el de Italia, sobre cuya Historia y literatura es también Thomas Vormbaum un destacado especialista.

Por eso cuando apareció la primera edición de esta *Einführung* que hoy comentamos, consideramos que era un hito importante en la investigación y exposición de la historia moderna del Derecho penal, augurándole un gran éxito (véase mi recensión a la misma en *Revista Penal*, num.24, 2009).

Efectivamente, ese éxito se ha producido y en apenas dos años ha sido necesario hacer una segunda edición, en la que lógicamente y dado el poco tiempo pasado desde la primera, se mantienen la mayor parte de su contenido; pero en esta nueva edición se añaden, además de la bibliografía y materiales que han parecido en estos dos últimos años, una serie de consideraciones sobre el Derecho penal alemán en el siglo XX, sobre todo durante el Nacionalsocialismo y las repercusiones que tuvo en el Derecho penal la transición desde la dictadura nacionalsocialista tras la derrota en 1945 a la República Federal de Alemania, y desde la caída del Muro de Berlín en 1989 y la subsiguiente reunificación alemana con la desaparición de la República Democrática que durante más de cuarenta años subsistió como un Estado independiente con un régimen dictatorial comunista.

Respecto a la situación anterior a la llegada al poder del Nacionalsocialismo, Vormbaum dedica especial atención a planteamientos anteriores, no ligados con la ideología nacionalsocialista, pero que de algún modo sirvieron de base a la misma. Así, por ejemplo, no cabe duda que en algunas obras de von Liszt y de Binding o, en Italia, de Lombroso, se pueden encontrar teorías que, impregnadas del darwinismo social y del positivismo científico tan en boga a finales del siglo XIX y principios del XX, preconizaban directamente la «inocuidación» o la eliminación física de los delincuentes reincidentes incorregibles, e incluso en la obra que escribió Binding junto con el psiquiatra Hoche a principios de los años 20 la de los «seres desprovistos de valor vital».

¿Se les puede conceder a estos autores el beneficio de la duda? ¿Hubieran aceptado la aplicación que hicieron los nazis de sus teorías en los Campos de Concentración y Exterminio al menos respecto a los delincuentes reincidentes y a los asociales, a los que Mezger llamaba «extraños a la comunidad»?

Vormbaum no llega a tanto, pero sí advierte que los planteamientos de este tipo que pusieron en marcha los nacionalsocialistas estaban muy en consonancia con las tesis propugnadas por estos y otros autores unas décadas antes, aunque llevados hasta sus últimas consecuencias y de una forma radical y extrema. A este respecto cita, por ejemplo, el caso de Von Liszt (p. 189/190) y

critica (en nota 207) la afirmación que hice en mi trabajo sobre Von Liszt publicado en el Homenaje a Hassemer (y en versión española en Revista Penal 2011), de que probablemente von Liszt no hubiera estado de acuerdo con la aplicación que de sus ideas hicieron los nazis. Evidentemente, es difícil formular en la Historia hipótesis sobre lo que hubieran hecho algunos al ver el uso que otros hicieron después de sus ideas. Desde luego el horror nazi no parece muy compatible con las ideas liberales que también preconizó von Liszt y que para algún autor, como Roxin, están en el origen de los planteamientos liberales y progresistas que luego se recogieron en los años 60 y 70 del pasado siglo por ejemplo en el Proyecto alternativo alemán; aunque también hay algún autor, como Naucke, que ya en su momento puso de relieve el carácter autoritario de otras tesis lisztianas. Tampoco parece que Lombroso, al que por cierto apenas citaban los criminólogos nazis por tratarse de «un judío», hubiera estado de acuerdo con el exterminio de los judíos que dio lugar al Holocausto. Más próximo al programa eutanásico de enfermos incurables puesto en marcha por los nazis está sin duda el libro de Binding/Hoche de los años 20. En lo que sí tiene razón Vormbaum es que incluso en los planteamientos actuales se pueden encontrar ideas que ya se preconizaron por algunos penalistas nazis, lo que, a mi juicio, es especialmente evidente en la tesis de Jakobs sobre el «Derecho penal del enemigo», pero quizás no tanto en otros como el llamado «moderno Derecho penal», en el que Vormbaum ve algunas reminiscencias del pasado nacionalsocialista. En todo caso, lo que está claro es que en la Historia siempre hay una continuidad de ideas y que éstas, incluso las que parecen mejores en un momento determinado, pueden tener un «valor de uso» diferente e incluso delictivo empleadas en otro contexto y momento; aunque esto no siempre implica, como dice en la p. 191, un juicio negativo sobre las personas que las propugnaron en su momento.

Lo que está claro es que Vormbaum no oculta ni disfraza los horrores y brutalidades que se cometieron en el régimen nazi incluso con el apoyo consciente y decidido de famosos juristas. En este sentido, remito, por ejemplo, a las documentadas páginas (p. 202/204) que Vormbaum dedica a la exposición del Proyecto sobre el tratamiento de los «extraños a la comunidad» que redactaron para el Gobierno nacionalsocialista el muy conocido criminólogo Franz Exner y el aún más conocido y prestigioso penalista Edmund Mezger.

Otra período de la Historia alemana a la Vormbaum dedica bastante atención en esta nueva edición es a la doble transición que ha tenido Alemania en la segunda

mitad del siglo XX: la transición del régimen nacional-socialista al régimen democrático de la República Federal de Alemania (y en menor extensión al de la República Democrática Alemana), tras la Segunda Guerra Mundial; y a la transición del régimen comunista de la República Democrática Alemana al de la República Federal de Alemania después de la caída del Muro de Berlín y la consiguiente reunificación alemana. Lo primero que pone de relieve es el distinto rasero con el que se llevaron acabo ambas transiciones. Abiertamente dice, que la primera fue una transición «entre propios», mientras que la segunda fue una transición de los «otros» (p. 263). De lo que no cabe duda es que la primera transición fue, en primer lugar, llevada a cabo por las Potencias aliadas vencedoras en la Segunda Guerra Mundial. Fueron ellas las que sometieron a los principales responsables del régimen nazi a los famosos Juicios de Nuremberg, las que declararon nulas las leyes penales nazis más características y violadoras de derechos fundamentales, como la analogía como fuente del Derecho penal o las Leyes racistas de Nuremberg, y también las que anularon las decisiones de los Tribunales en las que se habían aplicado leyes de este tipo. Durante toda esa primera época, la legislación y jurisprudencia alemanas más bien se caracterizaron por lo contrario, por intentar correr un tupido velo sobre el pasado nazi, por conceder amnistías, por la pasividad en la persecución de los crímenes nacionalsocialistas y, finalmente, por asumir en las instituciones académicas, políticas y judiciales a personas que habían ocupando importantes cargos en el nacionalsocialismo. Sólo en los años 60 comenzaron los primeros intentos por exigir en la Justicia alemana responsabilidades por los crímenes cometidos en el Nacionalsocialismo. Conocido es a este respecto el Proceso iniciado por el Fiscal General del Estado de Hessen, Fritz Bauer, contra algunos responsables del Campo de Auschwitz; pero, en general, la mayoría de estos procesos terminaron con sentencias condenatorias leves, o con absoluciones. También en la República Democrática Alemana hubo a principios de los años 50 algunos procesos penales, como los llamados «Waldheimer Prozesse», contra responsables nazis, llevados a cabo de forma sumaria y sin garantías, en los que se pronunciaron y ejecutaron muchas penas de muerte. Hubo que esperar a la reunificación tras la caída del Muro de Berlín para que el pasado nacionalsocialista y sus crímenes pudiera ser elaborado de una forma más objetiva y sin las implicaciones emocionales y las presiones externas que hubo durante todo el periodo anterior, para lo que ya a finales del siglo XX y principios del XXI se han dictado leyes

declarando nulas las condenas a muerte pronunciadas por los Tribunales nacionalsocialistas en casos de deserción, resistencia al régimen nazi, etc.

La elaboración de los delitos cometidos por el régimen de la República Democrática Alemana, fue una de las tareas emprendidas tras la reunificación y dio lugar a varios procesos contra sus dirigentes, que fueron condenados, pero con penas de no gran gravedad, de las que pronto fueron indultados. Una particularidad es que con motivo de algunos de estos procesos se volvió a plantear, en el plano filosófico jurídico, la tesis de Radbruch sobre «el injusto legal y el derecho suprallegal», y que, en el plano dogmático, el Tribunal Supremo Federal aplicó por primera vez la teoría de Roxin de la «autoría mediata por control de aparato de poder».

Toda esta «elaboración del pasado» de la historia alemana durante los últimos cincuenta años, junto con la evolución del Derecho penal durante todo ese tiempo, es expuesta por Vormbaum con gran detalle y de una forma, a mi juicio, bastante objetiva (p. 223/266), destacando sus condicionamientos políticos y sociales, sus luces y sus sombras, pero sobre todo las dificultades que durante todo ese tiempo hubo para compaginar la realidad política con la idea de Justicia.

Una vez más con esta nueva edición, Thomas Vormbaum pone de relieve la importancia que tiene el conocimiento de la Historia moderna y contemporánea del Derecho penal para entender el Derecho penal actual, y en este sentido dedica en la última parte de esta Introducción unas interesantes reflexiones sobre el Derecho penal alemán del momento presente, al que valora con cierto pesimismo, en lo que tiene de «continuidad» (ya más estructural que personal) con algunos de los peores aspectos del Derecho penal nacionalista; pero sobre todo en lo que tiene de pérdida de principios básicos de lo que debe ser el Derecho penal en un Estado de Derecho; posicionándose en contra de un entendimiento de la actual Ciencia del Derecho penal como una Ciencia que legitima la enorme expansión que el Derecho penal está teniendo en nuestros días, en lugar de seguir cumpliendo con la misión tradicional que le asignó el espíritu liberal desde sus comienzos como «Ciencia limitadora del Derecho penal» y garantizadora de los derechos humanos fundamentales frente al poder omnímodo del Estado (p. 281/282).

3. Juristische Zeitgeschichte, Thomas Vormbaum (edit.), Jahrbuch 2010; Editorial de Gruyter, tomo 11.

Siguiendo la línea ya marcada por sus predecesores, este nuevo tomo, correspondiente al año 2010, con-

tiene numerosas contribuciones de carácter histórico jurídico, no sólo referidas a Alemania, sino también a Italia, país con cuyo derecho, arte y literatura está muy vinculado el editor de esta obra, Thomas Vormbaum. No es extraño por ello que este volumen este dedicado a la memoria de dos ilustres juristas italianos fallecidos en estos dos últimos años: Giuseppe Vasalli y Mario A. Cattaneo, muchas de cuyas obras han sido traducidas al alemán por el mismo Vormbaum.

En este tomo se contienen varias contribuciones generales de Johann Braun sobre Derecho y moral en el Estado democrático de Derecho; Segio Raul Castaño (de Bariloche), sobre el poder constitucional en la configuración del Derecho público alemán tras la Segunda Guerra Mundial; de Klaus Kastner sobre el undécimo proceso de Nuremberg contra los altos funcionarios de la Wihlhelstrasse, donde se encontraba la central administrativa del Nacionalsocialismo; y otro de Rainer Haehling von Lanzener sobre los sesenta años del Tribunal de Baden-Baden.

En la sección llamada Forum hay tres trabajos: uno de Mortiz Vormbaum, en el que se hace una reseña de la bibliografía sobre la Administración de Justicia de la República Democrática de Alemania; otro de Jedlitschka y Wolf sobre las actas de la famosa Stasi, y uno de Müller-Dietz sobre el delincuente desde el punto de vista del experto.

En la sección sobre biografías hay un trabajo de Stephan Meder sobre Gottlieb Planck y otro de Ingrid Piela sobre Walter Hallstein.

En la sección de acontecimientos actuales (Zeitgeschehen), hay un trabajo de Máximo La Torre sobre la identidad europea; otro de Robert van Ooyen sobre el Tratado de Lisboa, y otro de Emanuela Fronza sobre el delito de negación del Holocausto.

El tomo termina con una sección ya clásica sobre «el Derecho en el arte y el arte en el Derecho», con contribuciones de Müller-Dietz sobre la justicia penal en Goethe; de Michael Walter sobre la novela de Theodor Storm «Draussen im Heidedorf»; de Dominio Höind sobre la censura que sufrió la obra de Verdi «Don Carlo»; de Klaus Lüderssen sobre las paradojas de la opera wagneriana «El anillo de los nibelungos» y uno último de Georg Steinberg sobre la «tabla de Carneades» y la obra de Jünger «Steg von Masirah».

4. Journal der juristischen Zeitgeschichte, 2011, cuaderno 1, Thomas Vormbaum (edit.)

Este hermano menor del Jahrbuch sigue la línea de sus predecesores, y en un formato distinto contiene