

Vormbaum, Thomas (2019). *Historia Moderna del Derecho Penal Alemán* [trad. C. Elbert]. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch

*Nicolás Esteban Valencia Avendaño**

Es innegable la influencia de la doctrina y la legislación alemanas en el entendimiento del derecho penal, no solo en Colombia sino en toda Latinoamérica. De allí la importancia de un texto como este en nuestras latitudes, para cuya confección el autor utiliza tanto algunos apartes del *Master of Laws* para la Universidad a distancia de Hagen, como las contribuciones de Martin Asholt, Katarina Küne, Kathrin Rentrop, Dana Theil, Nadeschda Wilkitzki, Anne Gipperich y Zekai Dagsan, a quienes dedica un espacio para darles sus agradecimientos.

El libro está dividido en siete capítulos: 1) La delimitación temporal – método–; 2) el derecho penal en los inicios de la época jurídica; 3) la evolución de las tendencias del siglo XIX; 4) el cambio del siglo XIX al XX; 5) el siglo XX; 6) la situación actual; y, 7) una mirada retrospectiva y en perspectiva. A través de sus líneas, el autor consigue los dos propósitos que se ha fijado: El primero, plasmar de forma confiable la evolución del derecho penal alemán desde la ilustración hasta nuestros tiempos; y, el segundo, abordarlo con un entendimiento metódico que posibilite la crítica al estado actual de cosas.

Y se afirma con vehemencia que el propósito se ha cumplido, porque adentrarse en sus páginas es todo un deleite. La traducción permite conocer con un lenguaje sencillo la historia del derecho penal alemán; sus vínculos con el derecho de otros países europeos –con énfasis en el italiano–; y la relación con el derecho internacional penal. Todo esto, sobre la base del enaltecimiento del conocimiento de los sucesos históricos para una correcta formación jurídica; una adecuada interpretación y crítica de los eventos

* Profesor de Derecho Penal General I, Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Correo de contacto: nicolas.valencia@usa.edu.co

políticos, sociales y jurídicos; y un mejor desenvolvimiento en la solución de cuestiones prácticas. Este abordaje integral del derecho es el que permite, realmente, hacer frente a las cuestiones de poder que indefectiblemente tienden a desbordarse.

La organización exhibida por el autor es, cuando menos, maravillosa. Por ello, dado que al comienzo aclara que su texto puede catalogarse como «historia contemporánea del derecho penal alemán», concreta el concepto de «historia contemporánea» –entendiéndolo como la época actual– lo cual demuestra la profundidad y la seriedad con la que desarrolla su estudio, insistiendo en la importancia de abordar el derecho en el contexto histórico, político, social y cultural en el que él se enmarca. Y es con base en el análisis de todos estos factores que ubica la segunda mitad del siglo XVIII e inicios del XIX, como un tiempo de transformaciones radicales –el final del viejo imperio alemán; el Congreso de Viena; la revolución francesa; el fin del feudalismo; el ascenso de la burguesía; la revolución industrial; la ilustración; la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, entre otros–, por lo que allí ubica el inicio de la época jurídica presente.

En ese contexto, al remitirse al siglo XVIII se encuentra un cambio de paradigma influido por la teoría del derecho natural de Hugo Grocio, quien planteó la búsqueda del fundamento del derecho, ya no en Dios sino en la naturaleza de los hombres, separándose la teoría jurídica de la teología. Ideas desarrolladas por Samuel Pufendorf, Christian Thomasius y Christian Wolff.

Este cambio de paradigma, desde luego, influyó en la forma de entender la pena que ya no tendría una finalidad expiatoria sino de evitación futura de delitos, tal como lo plantearon desde Alemania Ernst Ferdinand Klein, Gallus Alloys Kleinschrod, Christoph Carl Stübel y Karl Grolman. Por su lado, los franceses cuentan con importantes exponentes como Montesquieu, Voltaire y Rousseau y, como no, lo avances italianos de Filangieri, Pagano y del gran Cesare Beccaria. Sus aportes fueron fundamentales para el inicio de la humanización del Derecho penal influenciada por la separación de los poderes con una estricta sujeción a la ley, negando la posibilidad de

interpretación de los jueces, quienes debían limitarse a la aplicación de silogismos perfectos, confiando en la certeza que ofrecía el ser gobernados por monarcas absolutistas ilustrados. La historia demostraría que ello también es un error, máxime cuando el derecho penal quedaba vulnerable ante el poder político.

En cualquier caso, esta corriente de pensamiento tendría influencia en la legislación penal de la época. La Ordenanza Penal de 1532 (Carolina) sería atenuada en la práctica judicial conforme a las exigencias de la ilustración, dando a la postre con la creación del Código Penal Criminal del Gran Duque Leopoldo de Toscana y la Ley General sobre Delitos y su Sanción, del Emperador José II para Austria. Por su parte, el Derecho General Estadual de Prusia de 1794 se encargó de condensar el derecho penal, con especial énfasis en el papel de la ley, limitando el ámbito de movilidad de los jueces. Para este entonces, adviértase, las penas eran especialmente duras aunque se suprimió la pena de muerte en algunas codificaciones. Contexto que las ubicó como una especie de ilustración fracasada.

Luego de ahondar en esta exposición y por la influencia que tuvieron entre los siglos XVIII y XIX –que se prolonga hasta nuestros tiempos–, Immanuel Kant y Paul Anselm Feuerbach, el expositor se ocupa de los puntos centrales de sus teorías sobre el derecho penal, reconociendo al primero de estos como el fundador del Estado de derecho y, al segundo, como el penalista alemán más importante de todos los tiempos, quien consiguió que el Código Penal Bávaro de 1813 fuera elaborado conforme a sus ideas y redacción, siendo uno de los trabajos legislativos más importantes de la historia germana.

Luego de este recorrido por el siglo XVIII, el autor se dirige hacia la evolución de las tendencias en el siglo XIX, para lo cual inicia con el concepto de delito caracterizado por la influencia kantiana –sin seguir su teoría absoluta de la pena– dirigida a construir un sistema basado en la teoría de la violación de derechos, de modo que ella solo tendría lugar en casos de lesiones de derechos subjetivos. Y es bajo ese contexto que Johann Birnbaum introduce en 1834 el concepto de «bien», que a la postre abriría paso a la

noción de bien jurídico introducida por Karl Binding, y que fue cuestionada por Franz Von Liszt, que en el siglo XX se convirtió en uno de los temas centrales de la argumentación jurídica en materia criminal.

En lo que tiene que ver con la pena, hace un recorrido por los postulados de Fichte, Hegel y culmina con lo que denomina como «tendencia general», donde hace converger las posturas de Kant, Feuerbach y Hegel como las teorías de la pena y la praxis penal dominantes del siglo XIX. Finalmente, al abordar la dogmática jurídica habla del concepto de ley, frente a la cual predominan la influencia de Feuerbach y las construcciones de la ilustración.

Cumplido este recorrido, Vormbaum se ocupa de la codificación penal a cuyo efecto explica la influencia que tuvo la legislación francesa en el proceso alemán y cataloga como de «legislación revolucionaria» la inspirada por Voltaire, Beccaria, Rousseau y otros autores que facilitaron la Declaración General de los Derechos Humanos y Civiles de 1789, amén de los códigos surgidos con la toma del poder de Napoleón Bonaparte. Por fuera de Prusia, ese fenómeno se vio reflejado en el Código Penal Bávaro de 1813 –aunque después fuera considerado demasiado duro y doctrinario– que fue el ejemplo para los códigos sancionados en el Reino de Württemberg (1839), el Ducado de Braunschweig (1840), el Reino de Hannover (1840), el Gran Ducado de Hessen (1841), el Gran Ducado de Baden (1845) y, añádase, los Estados Turingios. En el caso del Reino de Sajonia, advierte, se sancionaron durante el Siglo XIX por lo menos tres códigos penales. Luego de ello, se centra en la evolución del proceso de codificación en Prusia, oportunidad en la cual resalta el Código Penal Prusiano de 1851.

Ahora bien, una vez absuelto el estudio del derecho sustancial, se embarca en la revisión del derecho procesal penal durante el siglo XIX cuya discusión se volcaba hacia la eliminación del autoritarismo de los jueces –sin perder su independencia–, la publicidad, la oralidad y la inmediación –sobre los cuales se detiene más adelante–, con impulso del principio de búsqueda de la verdad material. Además, otro aspecto muy relevante fue la exigencia de separación entre las funciones de investigación y juzgamiento que dio

lugar a la creación de la fiscalía, asunto al cual dedica uno de sus capítulos, luego de lo cual reconstruye la posición del juez con ocasión a esta división funcional; amén de la del acusado y la defensa. También, documenta la álgida discusión suscitada con ocasión a la reforma relacionada con la introducción de los Tribunales por Jurados asumida como la representación del pueblo en asuntos penales.

El estudio de las penas y la ejecución penal también cobra especial importancia si se tiene en cuenta que es en el siglo XIX que se retrocede gradualmente en la intervención estatal sobre el cuerpo humano, las penas corporales y las de muerte agravadas; razón por la cual dedica varias líneas a la explicación del origen de las casas de corrección, pues el declive de este tipo de sanciones le abre paso a las privativas de la libertad.

Una vez cumple con el objetivo de abordar esquemática y críticamente las distintas variables de la ciencia del derecho penal en el siglo XIX avanza hacia el siglo XX; para ello, comienza por contextualizar el escenario social, político y económico en el que se enmarca este periodo –industrialización, explosión demográfica, urbanización, etc.–. Es bajo ese entorno que se produce el desplazamiento de la juridicidad como misión del derecho penal para cederle su lugar a la idea de alcanzar finalidades político-criminales, reactivándose la tradición del pensamiento ilustrado de inicios del siglo XIX, lo que se denominó como el Programa de Marburgo de Franz Von Liszt, quien introdujo el concepto de la pena protectora.

Además, para esta época surge otro concepto trascendental en la evolución del derecho penal, no solo en Alemania sino a nivel global. Se trata de la llamada Ciencia Integral del Derecho Penal, según la cual el estudio de la criminalidad no debía agotarse en la dogmática, sino que debía agregarse la criminología, la criminalística, la estadística criminal, entre otras, porque el fenómeno criminal debía abordarse desde una perspectiva interdisciplinaria, adquiriendo relevancia el estudio empírico del delito como el elaborado por Cesare Lombroso en Italia.

Desde luego, y no podía ser de otra manera, las dos guerras mundiales del siglo XX –en las que Alemania tuvo un papel protagónico– son el punto de referencias para explorar esta época. La etapa previa a la primera conflagración se caracterizó por el llamado «Conflicto de Escuelas Penales», concretamente entre la escuela clásica de Karl Binding –intérprete positivista de las leyes– y la moderna de Franz Von Liszt –positivista en temas legales con visión político-criminal– quienes, en el campo dogmático penal, tienen más cosas en común que distancias. Básicamente, su disputa giraba en torno a la diferencia entre la pena basada en la culpabilidad y la entendida como forma de aseguramiento. Al margen de estos dos «bandos», hubo quienes intentaron plantear posturas independientes; este es el caso de Adolf Merkel, quien planteó una teoría de la unificación con postulaciones propias e hizo una crítica a las proposiciones imperantes.

En materia de la dogmática penal para esta época debe resaltarse el trabajo de Ernst Beling, fundador de la teoría moderna del tipo entendido como descripción legal del comportamiento sancionado con pena, separándolo de la antijuridicidad –que juntos conforman el injusto–. Luego se debe resaltar el trabajo de Reinhard Frank quien reprochó la construcción del concepto psicológico de culpabilidad que, según él, no podía limitarse al dolo y la culpa, pues se quedaba sin la posibilidad de hablar sobre el estado de necesidad disculpante.

Sobre la legislación penal resalta que el Código Penal para la Federación Alemana del Norte –1870–, ampliado como Código Penal del *Reich* Alemán, configuró el derecho penal material, mientras que la Ordenanza Procesal Penal y la Sección de Procedimiento Penal de la Ley de Organización Judicial –1877 y 1879– hicieron lo propio con el derecho procesal. Y hasta 1914 fueron escasas las modificaciones del Código Penal –dieciocho exactamente–, sin perjuicio de la gran cantidad de normas penales creadas por fuera de la codificación propiamente dicha, lo que se llamó «derecho penal paralelo» donde se destaca «la Ley de los Socialistas».

Ahora bien, el auge de las ciencias del espíritu desembocó en una gran reforma penal. Para ello, en 1902 se convocó un Comité Científico al que se le encomendó la ardua tarea de hacer una presentación comparativa de las materias penales para efectuar una reforma del CPR. En 1906 se conformó otra Comisión que debía preparar un proyecto de Código Penal. En 1909 se presentó el Anteproyecto de un Código Penal Alemán que fue remitido en 1910 a los gobiernos federados alemanes, para que emitieran sus conceptos sobre el tema los cuales, una vez emitidos, fueron editados como libros en 1911.

El Anteproyecto en mención fue objeto de fuertes críticas, en particular por la no especialización de las contravenciones policiales como independientes del ámbito criminal; y, además, por no haberse considerado las leyes penales complementarias. Fue a partir de ello que los profesores Kahl, Liszt y Goldschmidt elaboraron un contraproyecto que no fue pensado como antítesis sino como complemento del anteproyecto.

El 17 de junio de 1911 el Canciller del Reich Theobald von Bethmann-Holweg solicitó al Kaiser la creación de una Comisión que continuara con la reforma penal sobre la base del Anteproyecto de 1909 y sus respectivas críticas. Por ello, a inicios de 1913 se presentó un primer proyecto elaborado por la comisión que no fue publicado. Finalmente, el 27 de septiembre de 1913 se aprobó el Proyecto Definitivo que debía ser remitido a la Cámara de Representantes como propuesta del Gobierno; sin embargo, con ocasión a la Primera Guerra Mundial fue publicado como Proyecto solo en 1919. Desde luego, en materia del derecho procesal penal la influencia fue menor aunque se contempló la exigencia de implementar un proceso penal liberal, quedando la inquietud de que pudieran convivir un derecho penal material social y un derecho procesal penal liberal.

Continuando con su organización metodológica, el autor sigue su viaje por el siglo XX con la época de la Primera Guerra Mundial y la posguerra. Durante ese periodo, aunque no se hicieron modificaciones en el Código Penal, sí hubo una ampliación en el cuerpo normativo a través de normas

creadas antes del inicio de la guerra en caso de conflicto, y que entraron a regir una vez se desató el mismo, dándole lugar a un derecho penal económico de guerra a modo de Derecho Penal Paralelo.

Dicho esto, aborda un hito histórico de suma relevancia que es la República de Weimar. En este periodo, la influencia del neokantismo condujo a algunos descubrimientos de la teoría y dogmática penales que se mantienen hoy en día. Fue con la Constitución de Weimar que Alemania se convirtió en una república democrática y que, por primera vez, entró en vigor un catálogo de derechos fundamentales. Por ello dedica un capítulo a recapitular los eventos más significativos de esta era.

Luego, se centra en la etapa en la cual el partido Nacional Socialista estuvo en el poder. Este es, sin duda, un capítulo llamativo por la objetividad con la cual se aborda el asunto, pues, aunque se tenga la tendencia a asumir este periodo como oscuro –porque realmente lo fue–, rescata aquello que denomina como «elementos de normalidad» dentro de lo cual se destaca que, durante este lapso, hubo una estructura evolutiva iniciada antes de 1933 y que no fue erradicada después de 1945. En este aparte se dedica a explicar desde la dogmática y el proceso penal la estructura del derecho penal de la época y su evolución, amén del funcionamiento de la justicia penal. Por ejemplo, trae a colación investigaciones que corroboran que las escenas de la Corte Suprema del Pueblo actuando de forma desbordada contra los autores del atentado del 20 de julio de 1944 no eran habituales en ese tribunal y que hay numerosos rasgos de normalidad judicial.

Desde luego, ello no puede negar la barbarie vivida por esas épocas y los radicalismos característicos del régimen. Por ello, el autor se ocupa de identificar la patología específica del sistema nacional socialista que, a su parecer, es el carácter autoritario del régimen en lo interno que se vio reflejado en una legislación racial y de guerra; y, en lo externo, la política de revisión y conquista. Además, habla de patologías especiales como la denominada «macro-criminalidad» para mostrar al Estado como violador de las normas. Así sucedió con el llamado *Putsch* de *Röhm*; la Operación

Eutanasia; las muertes causadas en Polonia y la Unión Soviética por los Grupos de Operaciones; el Holocausto; el asesinato sistemático de sinti, romaníes y otros gitanos; los delitos contra los prisioneros de guerra; y, en fin, el trabajo forzado –esclavo denominado por algunos–. Son, pues, estas las características especiales identificadas por el autor y que denominó patología específica.

Ahora bien, con la caída del régimen viene el periodo de la ocupación y de la República Federal de Alemania. Para ese momento se cuestionaba si era necesario dejar sin efecto todas las normas sancionadas durante la hegemonía nacional socialista; sin embargo, prontamente fue una idea desechada. En su lugar, el Consejo de Control eliminó algunas leyes consideradas como típicamente nacionalsocialistas o contrarias a un Estado de Derecho. Por ejemplo, en materia de sentencias dictadas por Tribunales Especiales y de la Corte Suprema del Pueblo, se planteó la posibilidad de una nueva revisión; también se redujeron –por vía de leyes y decretos– sanciones consideradas desproporcionadas; sin embargo, se trató de una tendencia antinazi más que un análisis del ilícito objetivo de las sentencias dictadas. Cuenta el autor que fue hasta 1998 –cincuenta años después– que se dispuso la anulación de todas las sentencias dictadas en contra de los principios elementales de la justicia.

Por supuesto, para quienes –como el suscrito– se apasionan por los sucesos de la Segunda Guerra Mundial y los años posteriores, el capítulo dedicado a explicar el enjuiciamiento penal del pasado nacionalsocialista resulta enriquecedor y fascinante por la claridad, exactitud y rigor con que se recapitula este momento. Habla sobre las condenas emitidas por el Tribunal de Nuremberg contra los principales dirigentes nazis, documenta el número exacto de audiencias realizadas, cuántos fueron condenados a muerte, a prisión perpetua, a penas temporales de prisión y cuántas las absoluciones. También, se refiere al proceso sobre Auschwitz que tuvo lugar en Frankfurt y su alcance mundial. En fin, se trata de un capítulo rigurosamente documentado que brinda un panorama muy completo sobre lo que sucedió al término de la segunda guerra mundial, incluyendo un análisis pormenorizado de la legislación de la época; la doctrina penal y el derecho procesal penal.

Cumplido este recorrido histórico, el autor hace lo propio con la República Democrática Alemana para, finalmente, hacer un estudio de la situación actual del derecho penal.

Tal como lo prometió el autor, el libro termina con un capítulo denominado «visión retrospectiva» en el cual logra concretar el recorrido histórico hecho en los capítulos anteriores, para concluir que no puede ser confirmada la sostenida tendencia a la atenuación y humanización del derecho penal moderno de los últimos doscientos años. Aunque el derecho penal se asume como más moderno, liberal y humano, afirma Vormbaum que esto solo ha ocurrido en ámbitos muy específicos y durante cortos periodos de tiempo. Por el contrario, él cree que se vive una expansión indeseable y la imprecisión en la descripción de los tipos penales hace que no se garantice la vigencia de la opinión del legislador sino la de los jueces.

En fin, según él las particularidades susceptibles de ser criticadas en el proceso del derecho penal alemán son: la flexibilización, la moralización, la materialización y la subjetivación. Y, al abordar cada uno de estos tópicos, logra cumplir con el objetivo planteado desde el inicio, esto es, ofrecer al lector un panorama completo y crítico de la historia moderna del derecho penal. Una obra, pues, extraordinaria que merece ser leída con sumo cuidado e incorporada a la docencia universitaria y, por supuesto, una nueva visión de la historia del derecho penal alemán que mucho ayuda a su comprensión.