

**I**

**2021**

**N.º 133**

**cuadernos  
de política criminal  
segunda época**

*Dykinson, S.L.*

**PRESIDENTE DE HONOR**  
**Manuel Cobo del Rosal**  
Catedrático de Derecho penal

**CONSEJO EDITORIAL**

**DIRECTOR**  
**Lorenzo Morillas Cueva**  
Catedrático de Derecho Penal.  
Profesor Emérito de la Universidad de Granada

**SUBDIRECTOR**  
**Ignacio Benítez Ortúzar**  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Jaén

**María Luisa Cuerda Arnau**  
Catedrática de Derecho Penal  
Universidad Jaume I

**Manuel Jaén Vallejo**  
Profesor Titular de Derecho Penal  
Magistrado

**David-Lorenzo Morillas Fernández**  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Murcia

**Fátima Pérez Ferrer**  
Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad de Almería

**Javier Valls Prieto**  
Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad de Granada

**SECRETARIA**

**Elvira Acero Gómez**

**COMITÉ DE HONOR**

**Enrique Bacigalupo**  
Catedrático de Derecho Penal  
Ex Magistrado de la Sala de lo Penal  
del Tribunal Supremo de España

**Milton H. Cairoli Martínez**  
Catedrático de Derecho penal  
Universidad de la República (Uruguay)

**Jaime Náquira Riveros**  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Católica de Chile

**Jorge Figueiredo Dias**  
Catedrático de Derecho penal  
Profesor Emérito de la Universidad  
de Coimbra (Portugal)

**Günther Jakobs**  
Catedrático de Derecho penal  
Profesor Emérito de la  
Universidad de Bonn (Alemania)

**Ferrando Mantovani**  
Catedrático de Derecho penal  
Profesor Emérito de la Università  
degli Studi di Firenze (Italia)

**Gonzalo Quintero Olivares**  
Catedrático de Derecho Penal  
Catedrático *Ad Honorem* de la  
Universidad Rovira i Virgili.

**Gonzalo Rodríguez Mourullo**  
Catedrático de Derecho Penal  
Profesor Emérito de la  
Universidad Autónoma de Madrid.

**Claus Roxin**  
Catedrático de Derecho Penal.  
Profesor Emérito de la  
Universidad de München (Alemania)

**Fabio Suárez Montes**  
Catedrático de Derecho Penal.  
Profesor Emérito de la  
Universidad de Oviedo

**Eugenio Raúl Zaffaroni**  
Catedrático de Derecho Penal.  
Profesor Emérito de la Universidad  
de Buenos Aires (Argentina)

## CONSEJO CIENTÍFICO ASESOR

### Presidente

#### Joaquín Martín Canivell

Master por la Universidad de Harvard y Doctor por la Universidad Complutense de Madrid. Magistrado jubilado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de España

### I. MIEMBROS ASESORES ESPAÑOLES

#### Mercedes Alonso Álamo

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid

#### Silvina Bacigalupo Saggese

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid

#### Juan C. Carbonell Mateu

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

#### Mirentxu Corcoy Bidasolo

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

#### Joaquín Cuello Contreras

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Extremadura

#### J. L. de la Cuesta Arzamendi

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco

#### Javier de Vicente Remesal

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Vigo

#### Miguel Díaz y García Conlledo

Catedrático de Derecho Penal Universidad de León

#### Antonio García-Pablos Molina

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid

#### Juan F. Higuera Guimerá

Catedrático de Derecho Penal . Profesor Emérito de la Universidad de Zaragoza

#### Agustín Jorge Barreiro

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid

#### Juan Antonio Lascuráin Sánchez

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid

#### Diego Luzón Peña

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares (Madrid)

#### Borja Mapelli Caffarena

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla

#### Miguel Olmedo Cardenete

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Granada

#### Enrique Orts Berenguer

Catedrático de Derecho Penal. Profesor Emérito de la Universidad de Valencia

#### José Manuel Paredes Castañón

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo

#### Enrique Peñaranda Ramos

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid

#### Jaime Peris Riera

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Murcia

#### Miguel Polaino Navarrete

Catedrático de Derecho Penal. Profesor Emérito de la Universidad de Sevilla

#### Guillermo Portilla Contreras

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Jaén

#### Joan Josep Queralt Jiménez

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

#### Bernardo del Rosal Blasco

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alicante

#### José E. Sáinz-Cantero

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Almería

#### Ángel Sanz Moran

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid

#### Jesús María Silva Sánchez

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra

#### Carlos Suárez González

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de San Sebastián (País Vasco)

#### José M. Zugaldía Espinar

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Granada

### II. MIEMBROS ASESORES EXTRANJEROS

#### Germán Aller

Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de la República (Uruguay)

#### Simón Bello Rengifo

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Central de Venezuela (Venezuela)

#### Elías Carranza

Presidente del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito (ILANUD) Costa Rica

#### Sergio Cuarezma Terán

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Politécnica de Nicaragua

#### Carlos Daza

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Nacional Autónoma de México

#### Enrique Díaz Arando

Catedrático de Derecho Penal Instituto de Investigaciones Jurídicas (Universidad Autónoma de México)

#### Yván Figueroa

Profesor titular de la Universidad Central de Caracas (Venezuela)

#### Dora Guzmán Zanetti

Catedrática de la Universidad de San José (Costa Rica)

#### José Hurtado Pozo

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Mayor de San Marcos (Perú)

#### Frederico La Cerda Da Costa

Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Lisboa (Portugal)

#### Edilson Mougenot Bonfim

Fiscal Titular del Ministerio Público de Sao Paulo (Brasil)

#### Carlos Muñoz Pope

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Panamá

#### Josefina Noya

Juez de la República (El Salvador)

#### Víctor Prado Saldarriaga

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de San Marcos de Lima (Perú). Ex Presidente de la Corte Suprema del Perú

#### Wolfgang Schóne

Catedrático de Derecho Penal y Presidente del Centro de Ciencias Penales y Política Criminal de Paraguay

#### Eberhard Struensee

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Münster (Alemania)

#### Juárez Tavares

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Río de Janeiro (Brasil)

**I**

**2021**

**N.º 133**

**cuadernos  
de política criminal  
segunda época**

**Edita**

*Dykinson, S.L.*



# CONTENIDO

---

## SECCIÓN ESTUDIOS PENALES

TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LA EUTANASIA TRAS LA REFORMA DE 2021. <i>Por Jesús Barquín Sanz</i> .....	5
JUNTOS, PERO NO REVUELTOS. LA PENA DE REFERENCIA DE LA PERSONA FÍSICA EN EL MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. <i>Por Juan Luis Fuentes Osorio</i> .....	61
ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 25(3)(A) DEL ESTATUTO DE ROMA Y DE SU EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL. <i>Por Miren Odriozola Gurrutxaga</i> .....	93
AGENTES ARTIFICIALES, OPACIDAD TECNOLÓGICA Y DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL. <i>Por Iván Salvadori</i> .....	137

## SECCIÓN DERECHO COMPARADO Y DERECHO INTERNACIONAL PENAL

EL DELITO DE SOFTWARE MALICIOSO (ART. 269 J, INCISO SEGUNDO, DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO). UNA PROPUESTA PARA SU LEGÍTIMA APLICACIÓN. <i>Por Roberto Cruz Palmera</i> .....	175
---	-----

## SECCIÓN ESTUDIOS CRIMINOLÓGICOS

LA SOBRRERREPRESENTACIÓN DEL EXTRANJERO EN LAS ESTADÍSTICAS DE LA CRIMINALIDAD ESPAÑOLA: POLÍTICA DE EXTRANJERÍA VS POLÍTICA PENITENCIARIA. DISCUSIÓN Y ALGUNAS RECOMENDACIONES. <i>Por Esther Montero Pérez De Tudela</i> .....	213
EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA TUTELA DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN EL MARCO DE LA SOCIEDAD DIGITAL. <i>Por Ángel Cobacho López</i> .....	251

## SECCIÓN JURISPRUDENCIAL

PANORAMA JURISPRUDENCIAL: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNAL SUPREMO. Por <i>Manuel Jaén Vallejo</i> .....	279
EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE DOLO. Por <i>Manuel Jaén Vallejo</i> .....	293

## SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIÓN A MORILLAS CUEVA (DIR.), <i>RESPUESTAS JURÍDICAS FRENTE A LA CORRUPCIÓN POLÍTICA. COLECCIÓN ENSAYOS PENALES. 1º EDICIÓN, DYKINSON, 2020, MADRID, 930 PÁGINAS. Por Francisco José Rodríguez Almirón</i> .....	319
RECENSIÓN A DE LA FUENTE HULAUD, FELIPE, <i>¿QUÉ PROHÍBEN LAS NORMAS DE COMPORTAMIENTO? UNA REFLEXIÓN SOBRE LAS NORMAS DE CONDUCTA DE LOS DELITOS RESULTATIVOS. A LA VEZ, UN COMENTARIO CRÍTICO A LA TEORÍA ANALÍTICA DE LA IMPUTACIÓN, BOGOTÁ: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2019, 124 PÁGINAS. Por José Ignacio Destéfanis</i> .....	343
RECENSIÓN A KAI AMBOS, <i>DERECHO PENAL NACIONAL-SOCIALISTA. CONTINUIDAD Y RADICALIZACIÓN, TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2020, 282 PÁGINAS. Por Daniel González Uriel</i> .....	349
NOTICIARIO .....	361
POLÍTICA EDITORIAL, CRITERIOS Y RÉGIMEN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS ORIGINALES EN CPC .....	385

**RECENSIÓN A KAI AMBOS,  
DERECHO PENAL NACIONAL SOCIALISTA.  
CONTINUIDAD Y RADICALIZACIÓN,  
TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2020, 282 PÁGINAS.**

DANIEL GONZÁLEZ URIEL

*Juez titular del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción núm. 3 de Vilagarcía de Arousa.  
Profesor-tutor de Derecho y Criminología en el Centro UNED de La Seu d'Urgell*

La monografía recensionada se estructura en siete capítulos. En su composición destacan, por su relevancia cualitativa y dogmática, y por presentar unas dimensiones bastante superiores a los demás –lo que denota su trascendencia en el marco de la obra–, los capítulos II, IV y V.

Kai Ambos es catedrático de Derecho Penal, Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Facultad de Derecho de la Georg-August-Universität Göttingen de Alemania, Director del General del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Latinoamericano (CEDPAL) de dicha Universidad, ha sido Juez del Tribunal Especial de la Haya para Kosovo y *amicus curiae* de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) en Colombia. Es autor de más de 10 libros, de cerca de 160 artículos de revistas, ha efectuado más de 30 colaboraciones en obras colectivas y ha coordinado cerca de 10 obras.

Esta obra surgió, en un principio, como una recensión al libro de Eugenio Raúl Zaffaroni titulado “*Doctrina Penal Nazi*”, publicado en el año 2017. No obstante, como reconoce el propio Ambos en su Prólogo, “rápidamente se convirtió en un trabajo autónomo” al hilo de la revisión de las fuentes empleadas por Zaffaroni. Por lo que hace a su sistemática, en sus siete capítulos se analizan los siguientes aspectos: el Capítulo (Cap.) I efectúa unas consideraciones preliminares. En el Cap. II se abordan los fundamentos del Derecho Penal Nacionalsocialista (DPN). El Cap. III se centra en la lucha y continuidad entre las escuelas doctrinales. El Cap. IV estudia las relaciones entre el DPN y el neokantianismo. El

Cap. V profundiza en el análisis del DPN de la Escuela de Kiel. En el Cap. VI se apuntan una serie de rasgos de la obra y evolución de Erik Wolf. Por último, el Cap. VII sintetiza una serie de consecuencias del DPN.

El introductorio Cap. I destaca que Zaffaroni manifiesta que la doctrina penal nacionalsocialista tuvo repercusión en Latinoamérica –sobre todo en Argentina– por la existencia de importantes redes nacionalsocialistas en dicha zona. Describe al DPN, al estilo de la tesis de la radicalización, como “continuación de origen racista (antisemita), populista (germánica) y totalitaria de las tendencias autoritarias y antiliberales del Derecho Penal alemán de fines de siglo y de la República de Weimar”. En él, se sustituye el elemento social por la renovación autoritaria y populista del DP. Ya en la década de 1930 hubo autores destacados que criticaron al DPN: Kirchheimer, Fraenkel, Neumann, Jiménez de Asúa o Donnedieu. No obstante, un sector doctrinal defiende la “tesis de la continuidad”. En esencia, estos postulados parten de que el DPN continuó y desarrolló ideas ya existentes, *v.gr.*, la concepción autoritaria de Binding sobre Estado y DP, o las figuras de autor de Von Liszt. Vogel apunta cinco rasgos del desarrollo del DPN: expansión, materialización, eticización, subjetivización y funcionalización social. Anota Ambos que el DPN se caracterizó como una “continuación, politizada y radical, de las teorías neoclásica y final del delito”, donde el Derecho se convirtió en un anexo de la política, por lo que el DP fue pronto reemplazado o reinterpretado. El DPN no surgió de la nada ni desapareció en 1945, sino que hubo una “continuidad”, lo que explica el “silencio comunicativo” y la falta de responsabilidad de muchos juristas. La continuidad y la radicalización se produjeron en un doble ámbito: tanto retroactiva como prospectivamente. Ambos efectúa una puntualización de la mayor trascendencia para la comprensión de su obra: coloca en el centro los propios textos y no la valoración moral de sus autores, que solo es posible en su propia época.

En el relevante Cap. II, Ambos desarrolla cuáles son los fundamentos del DPN. Parte de que Zaffaroni toma como punto de inicio la existencia de una “Europa racista”. Refleja la historia colonial alemana en África en el S. XIX y la influencia de las leyes racistas de EE. UU., y contrapone el racismo evolutivo inglés, basado en la evolución social de la raza blanca por selección social-darwinista, al racismo involutivo, en el que la propia sociedad habría de depurarse de los elementos impuros. Anota que Freisler teorizó sobre la “comunidad del pueblo”, introduciendo las connotaciones de la raza y de la sangre y que, al hilo de tales postulados, se promulgó en 1935 la “*Ley de Núremberg de protección de la sangre y del honor alemanes*”. Se teorizaba sobre mantener alejada la sangre extranje-

ra y sobre eliminar la “degenerada”. Por su parte, Nicolai fundamentaba la teoría de la raza nazi con la filosofía vulgar, y afirmaba que la tasa de criminalidad dependía de la pertenencia étnica, instrumentalizando principios criminal-biológicos y social-darwinistas con la alusión a los “ajenos a la especie”. No obstante, sobresale entre todos los conceptos la noción de “comunidad del pueblo”, que se convirtió en un punto normativo fijo y en una fuente del Derecho mediante el “sano sentir del pueblo alemán”. Tanto el particular como el Estado son puestos al servicio de la comunidad del pueblo. Desapareció, en este momento, la división entre Estado y pueblo, lo que condujo a la “institucionalización del Estado nacionalsocialista”. El nazismo consideraba al pueblo y a la comunidad del pueblo como conceptos contrapuestos al de sociedad, precisamente por su carácter sistémico.

Paralelamente, se produjo un proceso de supresión de derechos a través de la despersonalización de los ciudadanos que no pertenecían al pueblo ario. Así, solo los compatriotas del pueblo podían tener plenos deberes frente a la comunidad y frente al Führer. Por otro lado, los jueces tenían que servir a la comunidad y al Führer, a partir de la concepción del mundo nacionalsocialista. En este sentido, no habrían de aplicar las normas que precedían a la revolución nazi si se oponían al sano sentir del pueblo de la actualidad, y contaban con amplias facultades para (re) interpretar el Derecho o modelarlo. Tanto el programa del Partido nazi como las declaraciones del Führer se erigían en fuente del Derecho. Se operó una suplantación de la legalidad formal del principio “*nullum crimen*” por un concepto sustantivo o material de justicia e ilícito. No existía separación entre moral y Derecho, se permitía la analogía, había tipos penales normativos, con cláusulas generales y se reconocía al sano sentir del pueblo alemán como fuente del Derecho. La justicia se equiparó a la voluntad del pueblo, pero su contenido debía satisfacer la idea del Derecho nazi. Se elevaron a conceptos clave en el DPN el pueblo, el Führer, el partido y el liderazgo. Por lo que respecta al dualismo entre moral y Derecho, se rechazó y se favoreció la “eticización perfecta del DP”, con una fundamentación material, antipositivista, cargada de eticización popular a partir de la nación y la raza alemana, sobre la base del sano sentir del pueblo, transmitido por el Führer. En este sentido, Mezger habló en 1934 de la “concepción total del Estado”, que se contraponía a la liberal, y que trataba de superar las restricciones formales del positivismo. Se buscaba la redacción amplia de los tipos penales, que permitiese, según Schaffstein, una “interpretación sin límites” y acabar con “la esclavitud de los párrafos”. En lo tocante a los fines de la pena, pese a la dis-

paridad entre los autores, estima que predomina la prevención general, que se pretende la “autopurificación del pueblo”. Por lo que respecta al DP sustantivo, escribe que se trata de un DP de la voluntad que configura una radicalización de la subjetivización, lo que tiene sus efectos en la teoría del delito: se diluye la diferenciación entre tentativa y consumación, se favorece un concepto extensivo de autor –por lo que no se distingue entre autoría y participación–. A su vez, se produjo una expansión del DP mediante un adelantamiento de la punibilidad (subjetivizante).

Por su parte, el Cap. III se cuestiona si hubo una continuidad y una disputa de escuelas. Subraya que la Escuela clásica y moderna fueron “formas políticas complementarias y vicarias de la demanda indiscutida de seguridad y estabilidad social a través de la reducción de la delincuencia”, y que ambas se centraron en la prevención y en la retribución orientadas a fines. Detalla que los nazis se apropiaron de Binding, cuyo concepto de norma dio apoyo a una concepción autoritaria del Estado. Asimismo, advierte que la noción de DP de seguridad y protección de Von Liszt –quien había referido que habría que “inocuidar delincuentes incorregibles”– preparó la teoría nazi de las “figuras de autor”, lo que despejó el campo a la “inocuidación de los parásitos del pueblo” a través de la “*Ley de delincuentes habituales*”. No obstante, destaca que se produjo una continuidad de discurso jurídico-penal antiliberal y antiindividualista nazi, que combatió los enfoques liberales que patrocinaban las dos escuelas citadas. En esencia, los nazis intensificaron las posiciones estatales autoritarias formuladas por Binding y Von Liszt a través del racismo biologicista-popular, donde el enemigo era el DP liberal de la Ilustración. En síntesis, el antiliberalismo y el antiindividualismo fueron el punto cristizador del nacionalsocialismo.

En el Cap. IV se abordan las relaciones entre el neokantianismo y el DPN. Ambos critica que Zaffaroni le dedique un capítulo completo a dicha incidencia. Resume la esencia del neokantianismo explicando que dio empuje a la eticización y a la normativización del DP, y que esquematizó el fundamento filosófico-jurídico de la teoría neoclásica del delito. También advierte que descubrió los elementos subjetivos del ilícito y que desarrolló la teoría normativa de la culpabilidad. Sin embargo, todos los fundadores del neokantianismo jurídico liberal –salvo Radbruch– estaban muertos en 1933. En decir de Zaffaroni, los valores neokantianos solo podían ser cumplidos por el DPN, y veía a Mezger como su autor más relevante. En concreto, a propósito de la Escuela Neokantiana de Marburgo, Zaffaroni menciona a Schwinge y a Zimmerl como antagonistas principales de la Escuela de Kiel. Dichos autores dudaban de la orien-

tación deductiva a través de la intuición de las esencias, así como de la idoneidad del método fenomenológico. No obstante, Ambos constata que no se diferenciaban de los autores de Kiel en el objetivo –imponer la ideología–, sino en la vía mediante la que habría de hacerse, por lo que tilda la disputa como “aparente”. Para crear un DPN no habría de derogarse la diferenciación entre ilícito y culpabilidad, ni la comprensión del bien jurídico ni el concepto de tipo, puesto que se podrían modernizar, colmándolos de contenido nacionalsocialista. Con todo, Ambos reseña que Schwinge asumía la imposición del pensamiento jurídico nazi mediante la formalización y la racionalización, a la vez que aceptaba el “principio del Führer”. Por su parte, Zimmerl puso su teoría al servicio del Estado nazi.

Destaca la argumentada exposición en la que Ambos objeta los postulados de Zaffaroni acerca del carácter precursor del DPN que el autor argentino atribuye al neokantianismo. Así, Zaffaroni no define qué se entiende por neokantianismo y desatiende a la variedad de autores que se pueden subsumir en dicho grupo. Ambos destaca que el neokantianismo no es una escuela, sino que es un movimiento político de múltiples ramificaciones, de finales del S. XIX, y que lo común a todas ellas se sitúa en “encontrar una respuesta al concepto cientificista-materialista del mundo del S. XIX”, que en Alemania había dos corrientes principales: i) la de Marburgo (logicista) y ii) la de Baden-Alemania del Sur (criticista y teórico-valorativa), y que debe investigarse por separado cada uno de los autores para ver cómo se comportaron personalmente, dado que no existía una edificación teórica acabada en el neokantianismo jurídico-penal. A continuación, Ambos enuncia los contenidos nucleares del neokantianismo: existe una fuerte vinculación con Kant, ya que se trata de un ulterior desarrollo neo-idealista de su teoría del conocimiento, de fuerte matiz hegeliano, por lo que se concibe como una “teoría científica del conocimiento”. En su vertiente jurídica es una “teoría del conocimiento del Derecho”, que participa del dualismo metodológico, por el que se diferencia entre “realidad” –materia, ser– y “valor” –forma, deber ser–. Es una filosofía cultural, donde la cultura constituye el concepto normativo, opuesto a la naturaleza, y establece su referencia valorativa. En concreto, en su vertiente penal, pretende el paso del pensamiento penal positivista-naturalista a otro orientado a valores y fines. Frente a lo que expresa Zaffaroni, Ambos zanja que la decadencia del neokantianismo en la década de 1930 se debió a su neutralidad ideológica.

En cuanto a la creación teleológica de conceptos, no solo se defendió por los neokantianos de orientación nazi, sino que ya se hizo antes, in-

cluso por víctimas de su ulterior persecución. Esta creación es una consecuencia de la “preformación” y transformación neokantiana, de origen valorativa, de los conceptos jurídico-penales. Pese a ello, Zaffaroni no menciona a los neokantianos liberales de izquierda, o lo hace de paso, y Ambos concluye que su reproche es demasiado general, y que falta una investigación profunda sobre sus aportes al DPN. Por el contrario, nuestro autor escribe que no cabe derivar un desarrollo lineal desde el neokantianismo hasta el DPN, por varias razones: i) la forma de la concepción valorativa no prejuzga sobre el contenido de los valores propagados; ii) el absolutismo valorativo y el colectivismo fueron rechazados por numerosos autores del neokantianismo, *v.gr.*, por Radbruch. iii) Las suposiciones metodológicas básicas neokantianas no son conciliables con el nacionalsocialismo (en esencia, el relativismo valorativo y el citado dualismo metodológico).

Así las cosas, para los nazis, la normativización originaria neokantiana se quedó inmóvil en el relativismo de los valores existentes, por lo que se hacía necesaria una orientación absolutista conforme a las nuevas valoraciones nazis. Por ello, Ambos afirma que una postura valorativa-relativista, ideológicamente neutral, resulta más afín a la democracia, o más hostil a la dictadura, que una posición valorativa-absoluta y eticizante. Además, puntualiza que debe diferenciarse entre el neokantianismo formal, orientado a la teoría del conocimiento, y las “teorías del valor y del ser”, materiales y de orientación fenomenológica, que se desprendieron de aquél. A propósito de estas últimas narra que sí son el punto de partida filosófico-jurídico nazi, por cuanto lucharon contra el formalismo y contra la meritada neutralidad ideológica. Todo ello condujo a la eticización y a la espiritualización metafísica del DP. No obstante, Ambos subraya que no se puede cuestionar la importancia de los valores y de las valoraciones para un ordenamiento jurídico, puesto que el programa valorativo fundamentado representa una “necesaria complementación del positivismo”.

El Cap. V desarrolla los aspectos esenciales de la denominada Escuela de Kiel, que pretendía fundamentar un DPN autónomo. Como sus dos principales representantes estudia a George Dahm y a Friedrich Schaffstein. De hecho, la contribución más importante de dicha escuela es el escrito conjunto, programático, de ambos autores que se titulaba “*Derecho Penal liberal o Derecho Penal autoritario*”, y que se ubicaba en el movimiento de renovación jurídico-penal antiliberal. En cuanto a su contenido, pretendían superar el pensamiento racionalista e individualista del DP, criticaban el “reblandecimiento” del DP y de la ejecución de la pena, y lamentaban la devaluación de los intereses –estatales y colecti-

vos— a causa del individualismo, del racionalismo y de la desvinculación del Derecho de la ética. Además, denunciaban Dahm y Schaffstein el aumento del poder de los jueces a través de los tipos penales indeterminados. Su programa se basaba en la preeminencia de los intereses de la nación sobre los del individuo. Entre las líneas esenciales de su doctrina, destacaban: i) tenía prioridad la prevención general, ii) la ejecución de la pena sería diferente que en un Estado social-liberal, iii) defendían una limitación de la discrecionalidad judicial en la medición de la pena, así como una ampliación de los límites mínimos de pena. iv) La teoría del bien jurídico sería mantenida pero con una orientación hacia los intereses estatales colectivos. v) En el principio *“nulla poena”* se acentuaba su faceta de Derecho Administrativo, como vinculación del juez a la ley. Además, sus fundamentos político-criminales eran los siguientes: i) la ideología nazi, ii) el Estado del pueblo y del Führer, iii) el racismo y iv) la equiparación del mandado del Führer con la ley. A su vez, rechazaban su inclusión en la fenomenología de Husserl y renunciaban al dualismo metodológico, lo que llevaba a la eticización del DP.

Schaffstein desarrolló su teoría de la “lesión al deber”, con la que promocionó la superación de la contraposición entre individuo y comunidad. En este sentido, surgían para el individuo una serie de deberes intrínsecos frente a la comunidad del pueblo, y el hecho de incumplirlos podía ser sancionado jurídico-penalmente. Destacaron las nociones de “deber”, “honor” y “lealtad” como conceptos jurídicos vinculantes que prepararon el camino a la moralización o eticización del DP. No obstante, la lesión al deber solo era vinculante para los alemanes, mientras que los extranjeros solo podrían violar las “normas de hospitalidad”. En este esquema no le correspondía un significado autónomo a la lesión externa al Derecho o a los bienes jurídicos, sino que se estaba a la “actitud interna (ánimo) respecto de esos deberes de lealtad”. De ahí que Schaffstein transitase de un DP de lesión de bienes jurídicos al DP de “ánimo o deberes”, donde el concepto de bien jurídico era lo suficientemente elástico como para cargarlo de contenido nazi. En este orden de ideas, la teoría subjetivizada de la lesión al deber dio lugar a una “antijuridicidad subjetivizada” que se combinaba con la culpabilidad, puesto que ambas consistían en la lesión del deber frente a la comunidad del pueblo. Así, lo decisivo venía representado por la voluntad, contraria al pueblo, manifestada por medio de la lesión. Por ende, la acentuación de la voluntad es el fundamento de la “interpretación eticizante nazi”.

Se avanzó un paso más cuando se atendió a la “contemplación total de la esencia” del ser del pueblo, puesto que el tipo penal solo recibió su

sentido en relación con la comunidad del pueblo, por lo que era insuficiente el mero análisis lógico-racional del tipo penal. La tipicidad y la antijuridicidad se fundieron en una figura delictiva que se determinaba solo de modo vago conforme a las esencias, indeterminada en los hechos, por lo que se neutralizó la función de precisión del tipo penal. Apareció el reconocimiento de las figuras de autor, a las que se les atribuía una “personalidad deficitaria”. En este sentido, tanto las figuras de autor como la doctrina de la lesión del deber tienen como punto en común el ánimo y el castigo del desvalor de ánimo como fundamento de la teoría de la pena. Con ello se revalorizó la figura de la omisión y, además, apareció la “unidad ideológica”, que derogaba la diferencia entre tentativa y consumación. Por último, se produjo una fusión entre ilícito y culpabilidad, ya que la intuición de las esencias unía todo en “un tipo de desvalor total unitario”, por lo que se hablaba de “figura delictiva”, que absorbía todo –salvo las causas personales de exclusión de la pena y de la imputabilidad–. En resumen, se dio una perfección del concepto material de delito a través de una eticización extrema, con renuncia al concepto normativo de culpabilidad.

El Cap. VI analiza la deriva de Erik Wolf, quien no pertenecía, formalmente, a la Escuela de Kiel, a la que se aproximó al máximo con su doctrina del concepto normativo de autor. En los años 1932 y 1933 sus escritos no eran inequívocamente nazis. Así, proclamaba una figura normativa de autor, con “personalidad jurídica” y “ánimo”, y el cambio se produciría hacia un DP “social-autoritario”, en vez de “liberal-social”. Dicho autor resaltaba el elemento social del DP, combinado con el elemento autoritario, lo que se manifestaba en tres posiciones: i) en la orientación filosófico-fenomenológica, ii) en la posición de la sociedad estatal y iii) en el ánimo estatal de un Estado nacional y social. En el centro de sus postulados se encontraban “el Estado” y “la persona”. Con ello daba lugar a una remodelación normativista-colectivista de la teoría del delito, a una interpretación de la pena preventivo-social y a un incremento en la creación de delitos de protección del Estado. El giro de Wolf se produjo en 1934, con una declaración a favor del Estado nazi. Con ello, el DP transitaría hacia un DP del enemigo. En él, Wolf resaltaba la disminución de la personalidad jurídica del autor en la comunidad, como consecuencia de la pena, y desarrollaba su figura normativa de autor como “enemigo del pueblo”. Proponía un reemplazo del concepto tripartito del delito por uno bipartito, orientado a las figuras del hecho y del autor. A su vez, determinaba materialmente dicha composición con una referencia a la concepción del pueblo y a la voluntad del Führer. Por último, abogaba

por superar la disputa entre los de Marburgo y los de Kiel mediante una “unión sintética de ambos puntos extremos referidos a la creación de los conceptos jurídico-penales”.

Para finalizar la obra, el Cap. VII analiza las consecuencias derivadas de la recepción del DPN en Latinoamérica. En primer lugar, relata que Zaffaroni advierte de las tendencias inhumanas del DP moderno, que se produjo una adopción ciega de la dogmática alemana y que, a mediados del S. XX, la recepción del DP alemán en Latinoamérica fue parcial e inspirada en el nacionalsocialismo. A su vez, Zaffaroni reprocha al neokantianismo un mero entendimiento científico y apolítico de la dogmática jurídico-penal. Por lo que hace a la defensa de Welzel en la obra de Zaffaroni, Ambos le reprocha sus dos premisas básicas: i) que el neokantianismo preparase el terreno al DPN y que ii) la ontología finalista acuñada por Welzel superase definitivamente este DP. En primer lugar, nuestro autor destaca que el DPN, directamente, no era neokantiano, en especial, por el rechazo del dualismo metodológico. Además, frente a la postura de Zaffaroni cuando argumenta que Welzel habría rechazado tácitamente al nacionalsocialismo, Ambos constata que, pese a la existencia de ciertos distanciamientos implícitos posteriores, Welzel sí se manifestó inequívocamente a favor del nacionalsocialismo, mediante una exaltación de la renovación jurídica que llevó a cabo. Sin embargo, Ambos puntualiza que ello no implica que Welzel fuese un ideólogo del DPN sino que, como otros autores durante dicha época, ofreció “de manera oportunista sus servicios al régimen”.

En lo tocante a las consecuencias del DPN, Zaffaroni resalta que existe una continuidad en Latinoamérica del concepto romantizado de la comunidad del pueblo, y que el DP tendría como fin prioritario destruir a los disidentes y a los traidores. Expresa que ese pensamiento tiene su continuidad en la moralización del DP, en el “terrorismo mediático” y en la estigmatización de los disidentes, y manifiesta que el nacionalismo populista constituye un riesgo para la restricción racional del poder punitivo estatal. Ambos concluye que el diagnóstico de Zaffaroni no se puede contradecir y pone como ejemplo la exhibición pública de personas sobre las que recae una mera sospecha policial, aunque reclama que se hagan más investigaciones sobre las tendencias autoritarias de la praxis policial y de la jurisprudencia.

Después de exponer el contenido sustancial de la obra, debemos efectuar nuestra valoración. Por lo que respecta a los múltiples aspectos positivos podemos decir que Ambos trata con rigor y objetividad las fuentes manejadas. En este sentido, y frente a otros estudios en los que los

autores emplean descalificaciones y juicios valorativos para los juristas nacionalsocialistas, en este libro se exponen los postulados dogmáticos y es el lector quien ha de extraer sus conclusiones. Además, se encuentra sólidamente fundamentado, con una rica bibliografía y con un profundo examen de cada apartado. Es una monografía muy didáctica, en la que no se da nada por supuesto y en la que se agradece que se expongan los fundamentos filosófico-jurídicos de las distintas escuelas doctrinales, como es de ver en la certera síntesis del neokantianismo. En cuanto a las críticas que efectúa a la obra de Zaffaroni son constructivas, en modo alguno constituyen ataques *ad hominem*, sino que están bien desarrolladas y resultan convincentes y compartibles. Con relación a la estructura de la obra, es la adecuada, por cuanto los aspectos más relevantes son explicados con mayor detenimiento. Además, las imágenes adjuntadas al texto enriquecen su contenido, ya que refuerzan la línea discursiva.

Si tenemos que efectuar alguna matización u objeción, en todo caso debemos resaltar que su consecuencia es nimia y que ni mucho menos empañan el valor de la obra. En primer lugar podemos apreciar que, en determinados pasajes, la lectura se hace complicada y extremadamente técnica. Nos hallamos ante una monografía cargada de multitud de conceptos abstractos, de filosofía jurídica, por lo que un lector lego en la materia puede encontrar grandes dificultades de comprensión en algunos momentos. En segundo lugar, en ocasiones se ralentiza en exceso la velocidad lectora por la existencia de notas al pie que, en puridad, podrían formar parte del cuerpo del texto, a la vista de su extensión y de su contenido. También podemos subrayar que la incorporación de expresiones alemanas en el texto principal –y no en una nota– frena el avance en la lectura para los que no conozcan dicha lengua, por lo que, siendo esta monografía una traducción al castellano, no habría de emplearse con tanta asiduidad dicho recurso, pese a la riqueza descriptiva que aporte. En último término, y en cuanto a su contenido material, el lector echará de menos que en las conclusiones el autor se hubiese exployado más. Simplemente se recogen las ideas de Zaffaroni y se alega que no se puede contradecir su diagnóstico, pero se echa en falta que el propio Ambos, con la lucidez que le caracteriza, desarrolle una previsión propia. De este modo, el final del libro resulta un tanto abrupto e inesperado, por lo que sería deseable que se hubiese incidido más en este particular.

No obstante, como adelantamos, las leves puntualizaciones efectuadas no restan ni un ápice del gran valor que presenta esta obra. Frente a otros estudios, Ambos nos expone cuáles son los puntos de partida esenciales del DPN y qué relevancia tuvieron en su configuración los postula-

dos filosófico-jurídicos de sus autores más destacados. Al contrario que otros trabajos, en los que se enfatiza en términos peyorativos –la “mal llamada Escuela de Kiel” y similares–, el autor nos ofrece una síntesis de los postulados teóricos de dichos juristas y cuáles fueron sus consecuencias en la teoría del delito. Destacan el argumentado deslinde que realiza entre el neokantianismo y el DPN y la explicación de cuáles son los motivos que le llevan a concluir que no existe una continuidad lineal entre ambos aspectos. Otro aspecto que enriquece su obra es que efectúa una valoración autocrítica: no esconde que el DPN no surgió de modo espontáneo, sino que fue fruto de una continuidad, y tampoco encubre que la ideología nazi desapareciese de la doctrina en 1945 con la denominada desnazificación. Por ende, sirve como una llamada de atención y una alerta hacia los contenidos del ordenamiento punitivo. Lo que nació como una recensión a la obra de Zaffaroni se ha convertido en una interesante monografía con sustantividad propia, que aporta una mirada retrospectiva, con una sólida explicación del pasado, y que aporta una serie de guías y directrices para el futuro. Lo cierto es que la evolución del DP siempre presenta dudas, máxime en contextos de globalización de la delincuencia, de expansión de los tipos y, en combinación con ello, de brotes de populismo nacionalista en los distintos países, lo que puede llevar al empleo simbólico del DP, a una relajación en las formas, a una relativización de los conceptos dogmáticos esenciales de la teoría jurídica del delito y a rescatar, tristemente, modelos que creíamos olvidados. El valor de este libro viene representado porque, precisamente, además de explicar el pasado, es una alerta para el futuro. Por todo ello, recomiendo su lectura y felicito desde aquí al profesor Ambos.