

**II**

**2023**

**N.º 140**

**cuadernos  
de política criminal  
segunda época**

**Edita**

*Dykinson, S.L.*



## SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

---

**RECENSIÓN A THOMAS DUVE/STEFAN RUPPERT (COORDS.),  
*RECHTSWISSENSCHAFT IN DER BERLINER REPUBLIK*,  
SUHRKAMP, BERLÍN, 2018, 767 PÁGINAS.**

JOSÉ DESTÉFANIS/PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ  
*Universidad de Navarra*

Cuando la reunificación de Alemania estaba a punto de cumplir su primer cuarto de siglo (2013-2015), se organizó en el Instituto Max Planck de Historia del Derecho europeo (Frankfurt a.M.) una serie de cuatro coloquios sobre el desarrollo de la dogmática jurídica en aquel periodo. El resultado son las ponencias reunidas en este volumen. Su título no oculta (p. 9) la asociación de ideas con el que escogió Dieter SIMON para otra obra (*Rechtswissenschaft in der Bonner Republik: Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, 1994), como tampoco la situación de partida, que en pocas palabras expresa mucho: así como entonces se dijo «Bonn no es Weimar», ahora se parte de que «Berlín no es Bonn» (Fritz René ALLEMANN, en pp. 11, 36), aunque no faltan líneas de continuidad (pp. 29, 37). En estos veinticinco años, la situación política, social, económica y jurídica ha cambiado tanto en Alemania y Europa como en el mundo entero, y no puede pasar sin afectar a los modos de elaborar la dogmática jurídica y el planteamiento de los estudios de Derecho en las Universidades. Con todo, aunque «no existe la ciencia del Derecho de la República de Berlín» (p. 21), sí se percibe en la actividad de la dogmática una *adaptación al medio* cambiante de la sociedad alemana e internacional en estos años. Este es el hilo conductor de las contribuciones agrupadas en este volumen: cuál ha sido la mutua influencia en estos años

entre la República de Berlín y la ciencia del Derecho (pp. 13-14); en qué medida, a lo largo de ese periodo, ha evolucionado la ciencia del Derecho en sus diversas áreas, y cómo ha influido esta.

*Rechtswissenschaft in der Berliner Republik* se compone de un total de 21 contribuciones, que incluyen dos introducciones –la primera, conjunta, a cargo de Thomas DUVE y Stefan RUPPERT, y otra, de este último–, más una reflexión final sobre la internacionalización de la dogmática, en forma de conversación cruzada entre Helge DEDEK, Klaus GÜNTHER, Alexandra KEMMERER y Shalini RANDERIA, presentada por el primero de los coordinadores). En total, intervienen 26 autores, entre los que abundan los especialistas en Historia del Derecho: Gerd BENDER, Thomas DUVE, Lena FOLJANTY, Joachim RÜCKERT, Stefan RUPPERT, Ralf SEINECKE y Jan THIESSEN, cuyas contribuciones no son mera historia, sino que se adentran y profundizan en lo propio y específico del sector jurídico al que se refieren. A la vez, pese a la tendencia de debilitar las fronteras (p. 26), los hay del Derecho público: Alexander GRASER, Julian KRÜPER, Stefan MAGEN, Anna Katharina MANGOLD, Frank SCHORKOPF y Gunnar Folke SCHUPPERT. Así como del Derecho privado: Thomas PFEIFFER, Thomas PIERSON, Anne RÖTHEL y Tobias TRÖGER. Junto a penalistas: Kai AMBOS, Klaus GÜNTHER, Rainer HAMM y Michael KUBICIEL. Sin que falten otras áreas como las del Derecho comparado (Helge DEDEK), el internacional (Alexandra KEMMERER), la Sociología (Shalini RANDERIA) o el Derecho de las comunicaciones (Thomas HOEREN); y, por supuesto, de la Teoría del Derecho (Marietta AUER). Cada capítulo cuenta además con amplia relación de bibliografía al respecto.

En la primera de las introducciones (pp. 11-35), a cargo de los dos coordinadores, se describen sucintamente las que, a su juicio, son las líneas que marcan el entorno en el que se mueve la ciencia del Derecho y que se entrelazan a lo largo de los diversos capítulos. Así, ante todo, como no podía ser de otro modo, la reunificación y los retos que plantea. También, la globalización, europeización e internacionalización de las diversas instancias sociales, jurídicas, económicas. Después, la influencia que ejercen la privatización, economización y expansión de las tareas del Estado en los diversos sectores del Derecho. Junto a todo esto, en particular en el Derecho penal, la aparición de «nuevos enemigos» (p. 25). Además, la frecuente fragmentación de los saberes jurídicos en áreas cada vez más especializadas, sin perjuicio de la capacidad de resistencia que tiene lo institucional y la constitución; el retroceso, en los estudios jurídicos, de las materias básicas en favor de las dogmáticas especializadas. También, la discusión sobre el método adecuado para investigar

y enseñar el Derecho; pero sin que falten propuestas de valorar y mantener la continuidad con el pasado, reciente y remoto, en algunas áreas jurídicas. Adicionalmente, la dispar relevancia de las fuentes del Derecho (legislación, jurisprudencia y dogmática) que los autores destacan según el sector jurídico al que pertenecen. Y, por último, la irrupción de las nuevas tecnologías y su influencia en el modo de difundir el Derecho.

En su introducción, RUPPERT («Die Berliner Republik – eine vorläufige Verortung»: pp. 36-66) se propone un estudio jurídico-histórico de este periodo (p. 39), lo cual exige primero datar el inicio de la «República de Berlín» (pp. 40-53) para después preguntarse en qué medida supone un cambio de época o queda en algo más modesto (pp. 53-61). De modo sucinto describe algunos de los hitos que marcan un proceso de cambio real: entre otros, el papel de la República Federal en los conflictos bélicos internacionales que no por lejanos resultan menos ajenos; la adopción del euro en lugar del marco; el afrontar situaciones del pasado en el Este (los casos de los Mauerschützen o los conflictos de propiedad respecto a inmuebles, entre otros); la irrupción del terrorismo islámico; las crisis financieras; la tensión entre regulación y desregulación; la aprobación del tratado de la Unión Europea (¿ha sido superada la República de Berlín por una República de Bruselas?: p. 52); la crisis de los refugiados. Todos ellos marcan una etapa de la historia reciente, en la que el autor se pregunta qué puede hacer, y qué ha aportado, la ciencia del Derecho (p. 45). En su opinión, como una característica de este periodo, bajo la superficie de lo urgente, se percibe una atención por los temas fundamentales, un interés por las cuestiones que afectan al núcleo de la sociedad y la política (p. 47). Sin duda, los intereses y temas de la política han mutado, y con ellos los de la ciencia del Derecho (p. 53). A la vez, las circunstancias han traído consigo un cambio en el modo de hacer política y de autocomprenderse la sociedad alemana que ha suscitado un nuevo sentimiento de patriotismo (pp. 59-60).

La perspectiva se completa con una reflexión de Thomas DUVE sobre el «proceso de maduración» experimentado por la propia ciencia de la Historia del Derecho («Ein fruchtbarer Gärungsprozess?»: pp. 67-120). A la vista de los temas, científicidad y cuestiones de método abordados, junto al crecimiento del número de investigadores y publicaciones –con profusión de detalles sobre la productividad investigadora en la faceta histórica de las diversas disciplinas jurídicas (incluida la del Derecho penal: pp. 82-83)–, no es posible hablar precisamente de crisis (p. 69); se llega incluso a sugerir que el renovado interés por los estudios y enfoques históricos bien merecería una calificación semejante a la del «linguistic

turn» (p. 91). Se percibe, a la vez, un cambio en el modo y método de hacer historia (p. 87), en relación con otras disciplinas: se impone una apertura de la perspectiva a otros ámbitos culturales y regionales (p. 99). Se trata de un proceso en el que se ha dejado sentir el empleo generalizado de medios informáticos (pp. 97, 109-111). Todo lo cual no ha podido evitar, en su opinión, una pérdida de protagonismo de la lengua alemana (pp. 72, 96-97), y cierta debilidad, en comparación con otras disciplinas con las que trabaja y dialoga la Historia del Derecho (pp. 94-95, 109-111). En su perspectiva, donde se percibe la gran diferencia relevante entre Bonn y Berlín es en la reflexión metodológica sobre el propio quehacer científico de la Historia (pp. 99-109). Aquí su exposición recoge opiniones menos positivas (p. 100). Citando a RÜCKERT, asume que el modo de hacer Historia basada en los grandes relatos ya ha pasado (p. 102): impera ahora un método centrado en la historicidad del Derecho mismo, en la idea y génesis de los órdenes normativos (p. 107), un cambio de perspectiva –cabría añadir– que puede hacer del historiador un filósofo del Derecho.

Especialmente gráfica resulta la escueta descripción que traza AUER (pp. 121-122) en su contribución («Cantus firmus der Moderne. Rechtstheorie in der Berliner Republik»: pp. 121-146), a propósito de la traslación de Bonn a Berlín. Sus consideraciones se refieren a si influye, y cómo, el cambio en la Teoría del Derecho (entendida esta como supra-concepto común a todos los saberes jurídicos fundamentales: p. 123). De manera sincrónica y no lineal, identifica a lo largo de esta época ciertos cambios en los patrones de pensamiento. En su opinión (p. 125), se identifica cierta *fragmentación* de la reflexión iusteorética, hasta entonces centrada –gracias en parte a la doctrina del Derecho natural (p. 127)– en los fundamentos de la justicia, para orientarse a nuevos planteamientos (HABERMAS y ALEXI), con un claro influjo de la interdisciplinariedad (por la entrada en la discusión de enfoques como los del análisis económico del Derecho o la teoría sociológica de sistemas). También la *pluralización* de las fuentes del Derecho (con la europeización e internacionalización) que elevan lo transnacional a la altura de normalidad (pp. 128-130). Y el redescubrimiento de la faceta política del Derecho o *repolitización* (p. 130) que viene de la mano de tópicos como los de sociedad del riesgo (que es ya «Weltrisikogesellschaft», BECK: p. 132), gobernanza global y paternalismo jurídico. En este contexto, en medio de un panorama cambiante en el que prevalece la apariencia sobre el contenido (p. 136), la Teoría del Derecho (de la República de Berlín) ha perdido la referencia de fundamentos sólidos y ahora entra en lid con la «condición posmoderna del Derecho» (p. 135). Con todo, la fundamentación de la justicia,

o la cuestión del Derecho natural y el positivismo, siguen presentes (pp. 138-139). A fin de cuentas, el reto que se plantea la Teoría del Derecho es el de cómo afrontar «las contradicciones de la modernidad» (p. 141). En definitiva, en su opinión, sí se percibe una diferencia de planteamiento para la Teoría del Derecho en esta época.

Siguen después diversas contribuciones, de las que aquí se dejará únicamente constancia de su temática. Así, las hay de Derecho internacional privado, como la de PFEIFFER («Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht in der Berliner Republik – national, europäisch, global»: pp. 147-181). Como también de Derecho público: las de SCHUPPERT («Umdenken im Hause des Rechts – das Beispiel des öffentlichen Rechts in der Berliner Republik»: pp. 182-211), KRÜPER («Auf der Suche nach neuer Identität. Die Verfassung der Berliner Republik verlässt den Schonraum der Nachkriegszeit»: pp. 238-269) y MAGEN («Zwischen Reformzwang und Marktskepsis: Die Verwaltungsrechtswissenschaften in der Berliner Republik»: pp. 270-298). Al Derecho del trabajo pertenece la de GRASER («Den Wandel verwaltet, immerhin. Sozialrecht(swissenschaft) in der Berliner Republik»: pp. 297-326). Además, pertenece al ámbito del Derecho internacional público la aportación de SCHORKOPF («Von Bonn über Berlin nach Brüssel und Den Haag. Europa und Völkerrechtswissenschaft in der Berliner Republik»: pp. 327-357). Otros aspectos como el de la influencia de los medios de telecomunicación y nuevas tecnologías en el modo de elaborar y difundir la dogmática jurídica son abordados por HOEREN («Von Judge Judy zum Beck-Blog: Die Rechtswissenschaft der Berliner Republik im medialen Wandel»: pp. 212-237).

A continuación, tres contribuciones abordan la evolución del Derecho penal, en sus dimensiones material (KUBICIEL), procesal (HAMM) e internacional (AMBOS). Arranca su contribución KUBICIEL con un significativo título («De espaldas a la realidad»), y parte de la imagen del Derecho penal como «sismógrafo de la constitución» («Mit dem Rücken zur Wirklichkeit. Die Strafrechtswissenschaft in der Berliner Republik»: pp. 358-395). En efecto, el cambio constitucional que vino con la reunificación de Alemania ha quedado registrado en el sismógrafo del Derecho penal. Mucho y profundamente ha cambiado desde los años 90 el entorno en el que opera el sistema del Derecho penal (pp. 361-365). Por un lado, debido a la internacionalización de las relaciones sociales y políticas, lo cual genera nuevos modos de hacer Política criminal, pero que a la vez suscita la duda de si la soberanía y la representación siguen siendo los fundamentos de las normas que nos obligan (p. 362). Por otro lado,

además, por la mutación del fin del Derecho penal: de ser protector de bienes reconocidos, se orienta ahora más al aseguramiento de procedimientos e instituciones (p. 364). Y de manera particular ha cambiado el contexto por la inseguridad global y la figura del derecho penal del enemigo (pp. 365-371) –profecía autocumplida a raíz de la cruda realidad de los ataques terroristas al comienzo del siglo. En dicho contexto, no goza de buena fama la dogmática, incapaz de resolver los problemas reales, como también inadecuada (p. 369) para hacer frente a los retos que se le plantean (p. 371). En el ámbito de los fundamentos, detecta el enfriamiento y disolución de los debates doctrinales de la segunda mitad del siglo pasado, fuertemente influidos por enfoques filosóficos, cuando no ideológicos (habla incluso de «tregua» en la doctrina respecto a los temas disputados hace unas décadas: pp. 360, 374), en las teorías de la pena y del delito. La fuente inspiradora que pudo tener la filosofía ha cedido paso a las ciencias naturales, en particular a las neurociencias (p. 372), y visiones economicistas. Es entonces cuando se ha visto revivir las teorías de la retribución (pp. 372-374), como también decaer la doctrina del bien jurídico hasta hacerla ya inane (pp. 374-376); junto a esto, es clamoroso el desinterés por la teoría del delito (pp. 376-378) –sobre todo de los jóvenes penalistas hacia alguno de los profundos planteamientos renovadores que no han faltado (p. 377). A su modo de ver, las nuevas generaciones optan por una visión pragmática de los temas y por enfoques que llevan a engrosar zonas marginales del Derecho penal hasta darles entidad propia (p. 377), pero descuidando así los fundamentos. De este modo, han surgido nuevos temas para la dogmática: los del Derecho penal económico y europeo (pp. 378-381). No se muestra precisamente partidario de una rendición de la dogmática, sino que reivindica el papel que esta puede tener si sigue orientada tanto a sus fundamentos como a la realidad (pp. 382-383).

En su contribución («Verschwimmende Grenzen zwischen dem materiellen Strafrecht und “seinem” Prozessrecht»: pp. 396-430), HAMM muestra cómo la situación ha cambiado, sin duda, también para el Derecho procesal penal, pero no tanto por efecto de la «república de Berlín», cuanto por las políticas intervencionistas y securitarias. Parte de la hipótesis de que, en los últimos veinticinco años, estas políticas tienden a flexibilizar el Derecho procesal penal al servicio de un Derecho penal más amplio e intenso (p. 398). En su opinión, hay síntomas de que el Derecho penal se ha «procedimentalizado», tanto por exigir al legislador penal deberes de fundamentar sus decisiones, como por proteger procedimientos en lugar de bienes jurídicos, y sobre todo por buscar la funcionalidad y

eficacia de la Administración de Justicia penal al servicio de prácticas como la de los acuerdos (p. 402). A partir de aquí, es lógico que se pregunte si no se estará alterando la debida relación entre lo procesal y lo material (pp. 406-409), pues hay síntomas de que el procedimiento es visto como instrumento para la consecución de objetivos de más intervención penal; como si lo procesal fuera un mero conjunto de formalidades accidentales, y no como lo que es: verdadera protección de derechos y garantías (p. 407). El dominio de criterios de oportunidad y pragmatismo en el panorama no hace sino corroborar lo anterior (pp. 409-424). Ante esta situación, cabe sin embargo confiar en el papel de la dogmática, llamada a reubicar el sentido y papel del Derecho penal, tanto material como procesal (p. 425).

El aspecto internacional es abordado en la contribución de AMBOS («Internationales Strafrecht in der Berliner Republik»: pp. 431-460), quien destaca la positiva evolución experimentada por el Derecho penal en esta época, gracias al impulso tanto político-institucional como también doctrinal y académico (p. 455). En primer lugar, la reunificación alemana ha traído consigo, en su opinión, algunas consecuencias en el denominado Derecho penal «interlocal» por la concurrencia de órdenes normativos dentro de un mismo Estado, sobre todo en lo que se refiere a la persecución de delitos cometidos en la antigua República Democrática (pp. 433-434). En segundo lugar, por lo que hace al Derecho penal internacional, en el periodo analizado cabe destacar el papel de la República Federal –como también de la doctrina– en la creación de la Corte Penal Internacional (p. 435), aportación que viene a desplazar el juego del antiguo poder militar por el del «soft power» del Derecho (p. 438). La parte central y más extensa de su contribución se refiere, en tercer lugar, al conocido problema de la respuesta jurídica a los «Mauerschützen» (pp. 439-454): analiza cómo el BGH y el BVerfG, aspirando a respetar los mandatos del principio de legalidad, acabaron rechazando consideraciones basadas en el Derecho natural como también en los derechos humanos al estilo de la «fórmula de Radbruch» (pp. 441-444); acudieron, en cambio, a interpretar la legislación entonces aplicable (de protección de fronteras), conforme a los derechos humanos, resultado que ya era posible alcanzar en el momento de cometerse los hechos. Así, quienes dispararon habrían podido ser castigados de acuerdo con la legislación vigente en el momento de los hechos, interpretada conforme a los derechos humanos (p. 447); con todo, esta solución suscita la duda sobre la posibilidad de valorar y enjuiciar unos hechos con categorías pensadas para sistemas y momentos diversos (pp. 446-447). Su visión es crítica

respecto a la solución adoptada, puesto que la prohibición de retroactividad no tiene por función perpetuar la impunidad de quienes cometen delitos creando las condiciones de su propia elusión de la ley, sino que su sanción sería posible conforme con los postulados y la praxis del Derecho internacional (pp. 450-454).

Se incluyen seguidamente otras contribuciones sobre diversos temas que aquí solo quedan mencionados. La de BENDER, sobre aspectos del Derecho del trabajo («Herausforderung Tarifautonomie. Normative Ordnung als Problem»: pp. 697-725). Tres aportaciones más se refieren a temas de Derecho privado: las de RÜCKERT/FOLJANTY/PIERSON/SEINECKE («Berliner Schuldrecht – eine neue Epoche?»: pp. 504-578) y RÖTHEL («Zwischen Politisierung und Redogmatisierung: Die Familienrechtswissenschaft in der Berliner Republik»: pp. 579-607). Sobre Derecho mercantil, las de THIESSEN («In neuer Gesellschaft? Handels- und Gesellschaftsrecht in der Berliner Republik»: pp. 608-663) y TRÖGER («Vom Rheinischen Kapitalismus zum Kapitalmarktrecht (und wieder zurück?»: pp. 664-698). Se aborda también el surgimiento del Derecho antidiscriminación como un área jurídica específica (MANGOLD, «Von Homogenität zu Vielfalt. Die Entstehung von Antidiskriminierungsrecht als eigenständigem Rechtsgebiet in der Berliner Republik»: pp. 461-503).

Cierra la obra una conversación mantenida entre un experto en Derecho comparado (DEDEK), un penalista (GÜNTHER), una socióloga (RANDERIA), y una internacionalista (KEMMERER): «"Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozeß der Globalisierung" revisited. Ein Gespräch über die Internationalisierung der Rechtswissenschaft. Mit einer Einleitung von Thomas Duve» (pp. 726-761).

Resulta digno de elogio haber suscitado un debate intelectual conjunto así, y haber culminado una obra colectiva como esta. El punto de vista de analizar la evolución de la actividad académica y la dogmática en un periodo reducido y acotado de la historia reciente resulta muy útil y aleccionador. Los coordinadores han logrado «cerrar el arco» con contribuciones que tienen sentido por sí solas, y que adquieren un completo, y mayor, sentido en el conjunto. Sin embargo, aquí radica una posible objeción, como es la diversidad y disparidad de los temas y perspectivas adoptadas: no todos los temas se hallan en el mismo nivel de importancia, ni todos presentan una evolución igualmente relevante durante esos años de la República de Berlín. Se trata, sin duda de una objeción menor, que se compensa con la valoración global, muy positiva que merece una obra colectiva como esta.

En un contexto de creciente interés por temas regulatorios, económicos o técnicos, se comparte la visión de autores como KUBICIEL, al confiar y seguir confiando en el papel de la dogmática (pp. 382-383). Su diagnóstico de la doctrina alemana –con ese clamoroso desinterés por la teoría del delito (pp. 376-378), o el debilitamiento de la doctrina del bien jurídico (pp. 374-376)– exigiría un análisis más detallado en la doctrina en lengua española. Y aunque posiblemente diera lugar en algunos sectores a un resultado no menos esperanzador, tampoco cabe ignorar ciertas señales de salud de la doctrina en nuestro ámbito hispanoamericano. En general, no podemos pasar por alto el papel que la dogmática puede desempeñar en situaciones dominadas por lo acuciante de la política. La dogmática, y la doctrina de la Política criminal, siguen estando llamadas a desempeñar su capacidad de resistencia frente a la instrumentalización de la legislación penal al servicio del poder: la creciente demanda social de mayor protección no necesariamente debería implicar *más* Derecho penal. En efecto, cuando la legislación penal es empleada como medio de moralización de la sociedad, cuando las reglas de imputación pretenden aligerarse al servicio de supuestas necesidades preventivas, cuando los delitos se multiplican sin cesar, una construcción seria y profunda de la dogmática y de la Política criminal pueden servir de freno y aportar dosis de sensatez. Quizá su acción se perciba a largo plazo, pero eso es propio de lo que perdura. Al menos, nuestro papel no parece ser el de servir como corifeos del poder, sino el de denunciar los excesos y errores del legislador, entre otros. Que sigamos siendo como el tábano para la república, dependerá de que la dogmática sea elaborada desde fundamentos sólidos.

Como afirman los coordinadores DUVE y RUPPERT en su introducción conjunta, el planteamiento de esta obra colectiva podría servir para alumbrar un nuevo enfoque en la dogmática, de modo que no solo esté atenta al contexto nacional, sino que se abra a lo internacional y a los aportes que pueden surgir desde el estudio interdisciplinar del Derecho (p. 15). Sin duda, la capacidad de reflexión –de volver sobre lo realizado, aunque solo sea para una época relativamente reciente– mejora la perspectiva. Y esta, proporciona visión de conjunto para abordar los temas y problemas que ocupan a la dogmática.