

MARKUS DIRK DUBBER

EL ESTADO PENAL DUAL
La crisis del Derecho penal desde
una perspectiva histórico-comparada

Traducción a cargo de
Vicente Valiente Ivañez

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2024

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO A LA EDICIÓN EN INGLÉS	11
PRÓLOGO A LA EDICIÓN ALEMANA	12
MARKUS DUBBER Y EL ANÁLISIS HISTÓRICO-COMPARATIVO COMO HERRAMIENTA PARA LA CRÍTICA DEL DERECHO: UNA INTRODUCCIÓN AL «ESTADO PENAL DUAL»	13
I. El fracaso del proyecto penal liberal y la existencia de un «Estado Penal Dual»	13
II. La noción de «Estado Penal Dual»	14
III. Utilidad de la noción de Estado Penal Dual para el análisis descriptivo y normativo	15
IV. Las limitaciones de la doctrina penal alemana y su fuente.....	17
V. Resultados del análisis en términos de «Derecho Penal Dual».....	20
a) El pecado original del proyecto penal liberal: Ilustración y esclavitud penal.....	21
b) La continuidad de algunas reformas penales nacionalsocialistas tras la Segunda Guerra Mundial	23
VI. Conclusión	25
INTRODUCCIÓN. LA CRISIS DEL ESTADO PENAL MODERNO...	27
A. La crisis de la penalidad liberal	27
B. Estados de negación.....	32
PARTE I	
LA CIENCIA PENAL Y SUS MECANISMOS DE DISTRACCIÓN	
CAPÍTULO 1. LA CAPTACIÓN DE LA DOCTRINA. EL DERECHO PENAL Y LA LEGITIMACIÓN DEL PODER PENAL	41
A. Derecho penal comparado unilateral: la universalidad provinciana de la ciencia penal.....	48

	Pág.
CAPÍTULO 2. LA RETÓRICA DEL DERECHO PENAL. EL ESLOGANISMO Y OTRAS ESTRATEGIAS DE ASUNCIÓN	73
A. Ontologismo.....	74
B. Esloganismo	76
C. Etiquetismo	81
1. Bien jurídico: una ciencia del delito	84
2. «Prevención general positiva»: una ciencia de la pena (y de la «medida de seguridad»).....	98
3. Posesión.....	109
D. Taxonomismo.....	112
1. La taxonomía del delito	113
2. La taxonomía de la conducta delictiva	133
3. El <i>caso de la bañera</i>	142
4. La taxonomía del <i>dominio del hecho</i>	149
E. La ciencia jurídica provinciana como ciencia policial global	157
<p>PARTE II</p> <p>EL ESTADO PENAL DUAL</p> <p>Hacia un análisis crítico del Derecho penal</p>	
CAPÍTULO 3. EL DERECHO Y LA POLICÍA COMO MODOS DE GOBERNANZA.....	165
A. Modos de análisis crítico: crítica y confusión	177
B. El alcance del análisis.....	183
C. Derecho y policía: tensiones afines.....	186
CAPÍTULO 4. DERECHO PENAL Y POLICÍA PENAL EN EL ESTADO PENAL DUAL	201
A. La penalidad moderna: entre la horizontalidad jurídica y la verticalidad policial.....	205
B. La paradoja penal.....	214
C. El delito y la pena en el Derecho penal y la policía penal	218
D. Entre el Derecho penal y la policía penal	221
E. Raza y esclavitud penal	232
F. Comparación sistémica: un contrarrelato de la penalidad alemana desde la perspectiva policial	253
G. Wechsler y Freisler sobre la premeditación	264
H. Packer y Jakobs sobre la penalidad estadounidense y alemana	279

PARTE III
**LA PENALIDAD ESTADOUNIDENSE ENTRE EL DERECHO
 Y LA POLICÍA**
Una genealogía crítica

CAPÍTULO 5. EL EXCEPCIONALISMO PENAL INTERNO DE ESTADOS UNIDOS	291
A. El patriarcado penal.....	302
B. Penalidad apolítica.....	306
CAPÍTULO 6. EL PROYECTO DE LEY PENAL PARA VIRGINIA DE THOMAS JEFFERSON	311
A. Traición y soberanía	319
B. El preámbulo: una promesa incumplida.....	327
C. Livingston y la Decimotercera Enmienda	333
CAPÍTULO 7. EL MODEL PENAL CODE Y LA GUERRA CONTRA EL CRIMEN	337
A. El enfoque del tratamiento	337
B. La codificación jurídico-penal	343
C. Otra oportunidad perdida	349
D. Después del Model Penal Code	352
1. La «Guerra» contra el Crimen.....	352
2. ¿Más allá de la Guerra contra el Crimen?	361
3. Una coda comparada.....	365
BIBLIOGRAFÍA.....	373

PRÓLOGO A LA EDICIÓN EN INGLÉS

Son muchos los amigos, colegas y estudiantes que se han tomado el tiempo de pensar y comentar los argumentos expuestos en este libro, algunos por escrito, otros en persona, en salas de seminarios, restaurantes de trenes, cafeterías y despachos de profesores, en casas particulares y espacios públicos, aquí, allí y en otros lugares. A todos ellos les doy las gracias y les pido disculpas por los errores que sus mejores esfuerzos no lograron evitar que cometiera. Mi familia —Sophie, Dora, Clara, Maura, Sara y Julius— fue, como siempre, comprensiva y paciente a lo largo de los periodos de exilio investigador interno y externo, que van desde unos minutos en el porche de casa hasta unos meses fuera del país.

También me complace agradecer el generoso apoyo de la Fundación Alexander von Humboldt, la Royal Society of Canada, el Social Science and Humanities Research Council of Canada, el Excellence Cluster «Formation of Normative Orders» de la Goethe-Universität Frankfurt a. M., el Forschungskolleg Humanwissenschaften en Bad Homburg, el Centre for Ethics de la University of Toronto y el decano Nils Olsen (Buffalo), así como, por último, la amable hospitalidad de Klaus Günther (Fráncfort), Tatjana Hörnle (Berlín), Roy Kreitner y Shai Lavi (Tel Aviv), Bernd Schünemann (Múnich) y Melissa Williams (Toronto).

El contenido de este libro se basa en parte en los siguientes artículos publicados anteriormente: «Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law», 91 *J. Crim. L. & Criminology*, 2002, pp. 829 y ss.; «Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law», 53 *Am. J. Comp. L.*, 2006, pp. 679 y ss.; «Criminalizing Complicity: A Comparative Analysis», 5 *J. Int'l Crim. Justice*, 2007, pp. 977 y ss.; «“An Extraordinarily Beautiful Document”: Jefferson’s Bill for Proportioning Crimes and Punishments and the Challenge of Republican Punishment», en M. D. Dubber y L. Farmer (eds.), *Modern Histories of Crime and Punishment*, Stanford University Press, 2007, pp. 115 y ss.; «The Comparative History and Theory of Corporate Criminal Liability», 16 *New Crim. L. Rev.*, 2013, pp. 203 y ss., y «The Model Penal Code, Legal Process, and the Alegitimacy of American Penalty», en M. D. Dubber (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, pp. 239 y ss.

PRÓLOGO A LA EDICIÓN ALEMANA

Quisiera agradecer su apoyo a las siguientes personas: Klaus Günther, Tatjana Hörnle y Bernd Schünemann, por su generosa hospitalidad en Fráncfort del Meno, Berlín y Múnich; a Michael Pawlik, por incluirme en la colección «Recht und Philosophie», de la que es coeditor; y, por último, pero no por ello menos importante, a Alexander Mayr y Sascha Ziemann, por su excelente trabajo de traducción. El trabajo sobre la versión original en inglés fue apoyado por la Fundación Alexander von Humboldt, la Royal Society of Canada, el Social Science and Humanities Research Council of Canada, el Excellence Cluster «Formation of Normative Orders» de la Goethe-Universität Frankfurt a. M. y el Forschungskolleg Humanwissenschaften en Bad Homburg.

La bibliografía considerada en esta traducción se corresponde con el estado de la edición original en inglés publicada en 2018.

Toronto, diciembre de 2021
Markus Dirk DUBBER

MARKUS DUBBER Y EL ANÁLISIS HISTÓRICO-COMPARATIVO COMO HERRAMIENTA PARA LA CRÍTICA DEL DERECHO: UNA INTRODUCCIÓN AL «ESTADO PENAL DUAL»

I. El fracaso del proyecto penal liberal y la existencia de un «Estado Penal Dual»

En tiempos de proliferación bibliográfica, *The Dual Penal State* es un libro que, sin duda, merece la pena leer. En él, Markus Dirk Dubber exhibe un saber enciclopédico que, no limitado a lo jurídico, en este ámbito incluye un excepcional conocimiento del Derecho penal angloamericano y del alemán: tras la lectura del libro queda claro que no hay otro autor con un conocimiento similar de ambas tradiciones. El texto se ve beneficiado por el talento retórico de Dubber que, con un estilo dinámico y muy provocativo, incluso para estándares estadounidenses, triunfa en la ardua tarea de mantener el interés a lo largo de un texto muy técnico y cargado de información. Que también el lector en castellano pueda disfrutar de este talento se debe a la extraordinaria traducción de Vicente Valiente Iváñez, que ha triunfado en una tarea peculiarmente compleja debido a las inusualmente elevadas exigencias de conocimiento de las tradiciones jurídicas angloamericana y alemana que comporta esta traducción.

El libro tiene como trasfondo la «distopía penal estadounidense», tan analizada que ya se puede considerar un subgénero propio de la literatura penal¹. No se trata, sin embargo, (sólo) de una descripción más que alcance la conclusión, a la vista de los datos pareciera que ineludible, de que, como dijera Jock Young, «intentar aprender política criminal de Estados Unidos es como viajar a Arabia Saudita para aprender sobre los derechos de la mujer»². Por el contrario, Dubber se propone demostrar que el también llamado «excepcionalismo penal estadounidense» no es tal, o al menos que

¹ Algunas de cuyas obras más importantes ya están traducidas al castellano. Véanse GARLAND, D., *La cultura del control*, Barcelona, Gedisa, 2005 (original de 2001); HUSAK, D., *Sobrecriminalización*, Madrid, Marcial Pons, 2013 (2008), y SIMON, J., *Gobernar a través del delito*, Barcelona, Gedisa, 2012 (2009).

² YOUNG, J., *The Exclusive Society*, Londres, Sage, 1999, p. 147.

lo es sólo como cuestión de grado. Así, aunque «desde hace algún tiempo, Estados Unidos es el ejemplo más extenso y notorio de penalidad estatal desbocada» (28)³, sería sólo un ejemplo (extremo) de un problema que aquejaría a todos los Estados participantes del proyecto jurídico-político liberal moderno: el permanente desajuste entre el ideal del Derecho penal liberal y la realidad de los sistemas de justicia penal. Hasta aquí, nada nuevo. Sin embargo, a continuación Dubber se pregunta si el desajuste entre el ideal y la realidad se debe sólo a un problema de falta de implementación o si el problema puede estar ya en la raíz del proyecto del Derecho penal liberal, de modo que los Estados de este tipo «difieren en la forma de fracasar, y tal vez en la gravedad del fracaso [...], pero no en el hecho de fracasar a la hora de abordar el desafío del poder penal como manifestación más intensa del poder estatal ejercido contra sus ciudadanos» (32).

II. La noción de «Estado Penal Dual»

Como base de su aproximación Dubber propone un análisis en términos de Estado Penal Dual que «considera el poder penal desde perspectivas paralelas que se corresponden con dos modos de gobernanza del Estado, el Derecho y la policía, característicos del Estado de Derecho (*Rechtsstaat*) y del Estado de policía (*Polizeistaat*), respectivamente» (37).

Habiendo sido criticado en el pasado por la falta de contornos de la idea de «Derecho de policía»⁴, Dubber ofrece aquí una larga y aclaradora definición estipulativa conforme a la cual el Derecho de policía es «la concepción integral de la gobernanza soberana, discrecional y patriarcal, que en su día fue un lugar común, pero que ahora está a menudo oculta. Esta concepción subyace, por ejemplo, a [...] la noción todavía central del “poder de policía” en el Derecho constitucional estadounidense [...], al proyecto europeo de “ciencia policial” (*Polizeiwissenschaft, science de la police*) que desde entonces se ha transformado en las categorías doctrinales de “Derecho de policía” y “Derecho administrativo”, y al concepto de William Blackstone de “policía y economía pública”, definido en sus *Commentaries on the Laws of England* (1769) como “la debida regulación y el orden interno del reino, por el que los individuos del Estado, como los miembros de una familia bien gobernada, están obligados a ajustar su comportamiento general a las reglas de la corrección, la buena vecindad y los buenos modales, y a ser decentes, laboriosos e inofensivos”» (166). Frente

³ Aquí y en adelante, las referencias numéricas entre paréntesis sin otra especificación lo son a las páginas del libro que el lector tiene en sus manos (o pantalla).

⁴ Véase, por ejemplo, LOADER, I., y ZEDNER, L., «Police Beyond Law», *New Criminal Law Review*, 2007, pp. 142-152, especialmente pp. 151-152, con referencia a DUBBER, M. D., *The Police Power. Patriarchy and the Foundations of American Government*, Columbia University Press, 2005.

a este modelo de gobernanza «soberana, patriarcal y discrecional», el Derecho penal toma como punto de partida la autonomía de los ciudadanos y sienta sobre ella un muy exigente (si bien vago) estándar justificativo⁵.

Hace algo más de dos décadas que Dubber viene refiriéndose a su método como «historia del Derecho» y atribuyéndole una función crítica. Salvo error, la primera vez que Dubber puso negro sobre blanco su planteamiento fue en 1998, en una breve respuesta a las críticas recibidas por el enfoque de su primer intento sistemático de crítica al Derecho penal liberal⁶. Allí, afirmaba que «el sentido del análisis histórico del Derecho es criticar la legitimidad de una práctica penal pasada o presente. El análisis pone la base para la crítica»⁷. Con los años, Dubber ha seguido fiel a este enfoque y su finalidad, especificando algo más en qué consistiría esta última al dividirla en una forma de crítica interna y otra externa. En la primera, «se ponen a prueba las afirmaciones —explícitas o implícitas— sobre una situación determinada o sobre una relación medio-fin entre una acción y una situación dada, con independencia del concreto fin (o de los medios) de que se trate»⁸; por su parte, la crítica externa «mide la situación o acción conforme a una norma justificativa (antes que una performativa) y conforme a una pretensión de legitimidad en concreto. En este caso la cuestión no es si la acción es exitosa, o tan exitosa como se sostiene, sino si es legítima (o justa, o correcta)»⁹.

III. Utilidad de la noción de Estado Penal Dual para el análisis descriptivo y normativo

Las nociones de crítica, «interna» y «externa» se corresponden con las más generales nociones científico-sociales de análisis positivo (descriptivo y predictivo) y análisis normativo (prescriptivo)¹⁰. En lo tocante al primer término de ambas duplas, en un pasaje reminiscente de la idea de «historia

⁵ En otras ocasiones Dubber ha escrito que la diferenciación entre Derecho penal y Derecho de policía se basa en que el primero descansa en la autonomía del ciudadano, el segundo en su heteronomía. Véase DUBBER, M. D., «The Comparative History and Theory of Corporate Criminal Liability», *New Criminal Law Review*, 16:2, 2013, pp. 203-240 (esp. pp. 234-235).

⁶ DUBBER, M. D., «The Right to Be Punished: Autonomy and Its Demise in Modern Penal Thought», *Law and History Review*. 16:1, 1998, pp. 113-146.

⁷ DUBBER, M. D., «Historical Analysis of Law», *Law and History Review*, 16:1, 1998, pp. 159-162 (esp. p. 159). El autor sigue: «El análisis histórico del Derecho es uno solo entre varios tipos de análisis crítico del Derecho. Otros incluyen el análisis económico, filosófico, sociológico y psicológico del Derecho. El análisis histórico del Derecho, en particular, traza el emerger y desarrollo de las prácticas jurídicas y su legitimación» (p. 159).

⁸ DUBBER, M. D., «New Historical Jurisprudence: Legal History as Critical Analysis of Law», *Critical Analysis of Law*, 2:1, 2015, pp. 1-18 (esp. p. 3).

⁹ *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁰ Véase ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., «Análisis económico del derecho y política criminal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, núm. extr. 2, 2004, pp. 31-73 (esp. pp. 37-42).

del presente» en Garland¹¹, Dubber resalta que el análisis pretende «ofrecer una perspectiva crítica de las normas, prácticas e instituciones actuales; no pretende ofrecer un relato autoritativo de la historia jurídico-política de alguno o de todos los sistemas en cuestión» (173). Al efecto, propone pensar en los conceptos de Derecho y policía, como «tipos ideales», en sentido weberiano (173), insistiendo en varios lugares del libro (176, 179, 186) en su carácter de instrumentos heurísticos, en concreto de herramientas para facilitar el análisis histórico y comparativo que sostiene la finalidad última, normativa, de su proyecto.

Nada se puede objetar al uso de herramientas como los «tipos ideales». Por el contrario, y dada la complejidad del objeto de las ciencias sociales, en el análisis positivo el uso de modelos (por usar un término más genérico y contemporáneo) es ubicuo, y posiblemente imprescindible¹². Sin embargo, la cuestión relevante no es si se pueden utilizar «modelos», «tipos ideales» o «abstracciones», sino si los que se escogen resultan adecuados y, más en concreto, si mejoran los disponibles. Al respecto, cabe preguntarse si los diferentes fenómenos abarcados por el fascinante análisis histórico de Dubber no pueden ser descritos con la misma precisión acercándose a ellos desde el Derecho penal liberal (y considerándolos ilegítimos conforme a tal baremo). Y también puede cuestionarse la oportunidad de definir como Derecho de policía partes enteras del Derecho penal de países democráticos.

Según ha sostenido Dubber en otro lugar, la idea de legitimidad es por completo ajena al Derecho de policía, que por su carácter total se sustrae a la crítica normativa: en el ámbito policial, el ejercicio de poder por parte del soberano puede ser analizado en términos instrumentales (su eficacia, su eficiencia), pero no en términos de legitimidad¹³. Esto hace surgir las dudas sobre lo acertado de la descripción como Derecho de policía de partes importantes del ordenamiento jurídico-penal estadounidense (entre ellas las relacionadas con la «guerra contra las drogas») y de partes sensiblemente más reducidas del alemán (entre ellas la previsión de medidas de seguridad). Sin duda, algunas y también muchas de las reglas que rigen en los derechos

¹¹ Garland explicaba que, al describir su trabajo como «historia del presente» pretendía alejarse de «cualquier expectativa de una historia comprensiva del periodo reciente. Mi principal objetivo es analítico y no archivístico [...]. La historia que propongo no viene motivada por una preocupación histórica con la comprensión del pasado sino por una preocupación crítica con la comprensión del presente» (*The Culture of Control*, Chicago, Chicago University Press, 2001, p. 2).

¹² Véase ORTIZ DE URBINA, «Análisis económico del derecho y política criminal», *op. cit.*, 2004, pp. 39-41.

¹³ «La distinción trazada más arriba entre la crítica interna y externa tiene que ver con el rol del concepto de legitimidad. La crítica interna cuestiona la capacidad, la externa la legitimidad. La crítica externa en el primer escenario (*scil.*: Derecho de policía) no sólo tiene menos mordiente que en el segundo (*scil.*: el Derecho penal): es que no tiene dientes. Dado que el soberano patriarcal (sea como padre de familia en el nivel micro o macro) ni busca ni precisa legitimidad, la falta de cumplimiento de las normas legitimadoras es irrelevante» (DUBBER, «New Historical Jurisprudence», *op. cit.*, 2015, p. 13).

penales contemporáneos infringen principios liberales básicos. Pero incluso en esos casos el Estado no actúa como el soberano en el Derecho de policía, sino que ofrece razones (por poco convincentes que sean), pone límites (por insuficientes que resulten) y establece posibilidades de revisión (por muchas limitaciones que estas tengan). En definitiva, no parece que pueda decirse que los sistemas jurídicos mencionados renuncien a la pretensión de legitimidad en los ámbitos descritos. De hecho, así lo consideran los movimientos ciudadanos y políticos que piden la reforma de estas partes del Derecho penal, cuyos reclamos se basan de forma principal en su falta de legitimidad.

Pasando al análisis normativo, ya se ha visto que para Dubber la noción de Estado Penal Dual se justifica por su utilidad para el análisis histórico del Derecho como método de análisis crítico. Sin embargo, la noción de «crítica» es extremadamente polisémica, pudiendo hablarse de tantos tipos de crítica como de baremos específicos desde los que esta se realiza (es en este sentido en el que hablamos, por ejemplo, de «crítica marxista», «crítica liberal», o «crítica dogmática»). En la actualidad, cuando se usa en solitario, el término «crítica» suele referirse a dos tipos concretos. En primer lugar, y del modo más específico, a la petulantemente autodenominada «Teoría Crítica» de la Escuela de Frankfurt en filosofía¹⁴. En segundo lugar, a un método, o amalgama de ellos, que «combinan el análisis arqueológico, el genealógico y el estratégico para identificar cómo las respuestas históricas a problemas sociales, como la locura, la enfermedad, el delito o el deseo han llegado a ser como son, cómo podían haber sido distintos y cómo todavía podrían diferir en el futuro»¹⁵. Dubber no se adhiere expresamente a ninguna de estas nociones. En lugar de ello, reafirma su compromiso general con la idea y aclara adicionalmente que el objetivo último no es la crítica en sí, sino la reforma de las instituciones (en nuestro caso, las penales)¹⁶. Y, sostiene, conviene reconsiderar cuál pueda ser el faro de dicha crítica y reforma.

IV. Las limitaciones de la doctrina penal alemana y su fuente

No es arriesgado predecir que la parte del libro que resultará más polémica es la valoración a la baja de los logros del Derecho penal alemán, cifrada en la supuesta pervivencia de elementos iliberales en su Derecho positivo [sobre la que se vuelve *infra*, V.b)] y el limitado rendimiento crítico

¹⁴ Al respecto puede verse alguno de los excelentes tratamientos de Stephen BRONNER, bien el monumental *Of Critical Theory and its Theorists*, 2.^a ed., Londres, Routledge, 2002, bien el menos ambicioso *Critical Theory. A Short Introduction*, 2.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2019.

¹⁵ FASSIN, D., «How is Critique?», en FASSIN y HARCOURT (eds.), *A Time for Critique*, Nueva York, Columbia University Press, 2019, pp. 13-35 (esp. pp. 13-14).

¹⁶ «La crítica es en sí misma sólo un medio para el fin del progreso (o la justicia o lo correcto): el análisis fundamenta la crítica y la crítica produce cambio» («New Historical Jurisprudence», *op. cit.*, 2015, p. 8).

de su doctrina. Sobre esto último se adelanta en el capítulo 1 «el hallazgo no-tan-sorprendente» de que «la doctrina penal alemana no es el modelo de compromiso científico con el Derecho penal de un Estado democrático liberal moderno que podrían desear que fuera quienes se dedican al estudio del Derecho penal y, deseosos de escapar del corto alcance de una doctrina penal nacional, tienen curiosidad comparativa» (41). Y, después del análisis, hacia el final del libro se concluye que «lo que queda de las credenciales liberales del StGB alemán, por tanto, puede equivaler a poco más que una débil noción de legalismo liberal que asigna un lugar privilegiado a la previsibilidad, la “seguridad jurídica” y la “taxatividad” (o, al menos, la minimización de los errores) en lugar de la protección de los derechos individuales o la autonomía de la persona» (366).

La crítica fundamental de Dubber al Derecho penal alemán es que este hace tiempo que no se ocupa de la cuestión de la legitimidad del poder penal estatal, por entender que esta se habría solventado en los primeros años del Derecho penal moderno, básicamente por Feuerbach (56). En lugar de ello, el Derecho penal alemán «se ha dedicado durante algún tiempo casi exclusivamente al análisis dogmático y, más concretamente, a un estilo de análisis dogmático de carácter taxonómico y altamente formalista. Este análisis se concibe a sí mismo como parte de una indagación científica excepcionalmente sofisticada» (48). En este sentido, el proyecto de la academia penal alemana sería una elaboración teórica que alcanza resultados doblemente correctos: «En el sentido de aplicar correctamente el sistema dogmático y en el sentido de manifestar correctamente la naturaleza del hecho punible» (51)¹⁷.

Ciertamente, no es inusual encontrar en la academia penal alemana (y de influencia alemana) una inadecuada reificación de la teoría jurídica del delito que ve a esta no como una herramienta para el análisis prescriptivo, sino como una exposición de conceptos y estructuras con una forma no definida de existencia que, de algún modo tampoco completamente expresado, vinculan a la judicatura (e incluso al legislador)¹⁸. Sin embargo, no se puede compartir que (una vez más) se apunte al positivismo jurídico como responsable del problema.

¹⁷ Esto último sería posible dada «la aportación crucial de una fuerte dosis de ontologismo (pseudo-o no, entrecomillado o no), junto con la consiguiente insistencia en haber acaparado el mercado de la verdad y la objetividad» (55). La alusión al «ontologismo» de la doctrina penal alemana contemporánea (algo sorprendente considerando la práctica unanimidad doctrinal en torno a la superación del ontologismo que habría lastrado el finalismo) se desarrolla en las pp. 34-35 (que incluyen una interesante comparación entre Welzel y Roxin) y 88-89 (un también interesante análisis del planteamiento de ROXIN en *Täterschaft und Tatherrschaft* que constata cómo las alusiones positivas al ontologismo en la primera edición de la obra han sobrevivido —como el resto de su cuerpo— a lo largo de sus numerosas ediciones posteriores).

¹⁸ Véase, al respecto, crítico, DIEZ RIPOLLÉS, J. L., «La política criminal en las ciencias penales: un análisis crítico de la contribución de Roxin», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 23-02, 2021, *passim*, esp. el apartado 6, pp. 21-24.

Según Dubber, si bien se ha hablado del positivismo de los jueces alemanes de la posguerra que habían ocupado importantes cargos durante el periodo nazi, «se ha hablado mucho menos del positivismo del *professoriate* alemán, es decir, de los creadores y guardianes de la ciencia penal alemana durante al menos los últimos dos siglos» (57). Su clasificación como positivistas jurídicos sorprendería a los integrantes de la doctrina alemana, quienes después de 1945 se sumaron con entusiasmo a la versión oficial sobre el terrible efecto deletéreo del positivismo jurídico, que habría dejado a los juristas inermes ante el supuesto deber de aplicación (¿y también de desarrollo doctrinal?) del Derecho nazi¹⁹. En lo relativo a la judicatura, Dubber es consciente de la falta de adecuación histórica de la tesis de la adhesión de los jueces alemanes al positivismo (57-61 y 158-160, donde se habla de un «positivismo de conveniencia»). Desde el punto de vista conceptual, sin embargo, no cuestiona la errónea idea según la cual el positivismo jurídico establece un deber de obedecer/aplicar el Derecho, y tampoco se plantea, en caso de ser así, de qué tipo de deber se trataría (¿jurídico?, ¿moral?, ¿profesional?)²⁰. También se asume una arcaica caracterización del positivismo jurídico como una teoría que reduce la labor jurídica a la interpretación del Derecho positivo (excluyendo tanto sus procesos de creación como su crítica), males estos a los que habría que añadir su «estatismo» (62) o centralidad del Estado²¹. Como he argüido en otro lugar, la anterior descripción puede caracterizar al *Gesetzespositivismus* del siglo XIX, pero no al positivismo jurídico del siglo XX, ni al actual²². Y sólo a partir de esta conceptualmente deficitaria visión del positivismo jurídico que se puede afirmar que: «El positivismo del profesorado opera en un plano más elevado que el positivismo judicial. [...] La ciencia jurídica genera las taxonomías sistémicas que los jueces están obligados a aplicar [...]». Este consenso científico-positivista

¹⁹ He tratado el tema con mayor profundidad en *La Excusa del Positivismo*, Madrid, Civitas, 2007, especialmente en el capítulo 3. Véase, últimamente, PEÑA FREIRE, A. M., «Lecciones del nazismo jurídico para la filosofía de derecho: Radbruch y el positivismo jurídico», *Doxa*, 43, 2020, pp. 59-81, concluyendo que la asunción de esta tesis «constituye un error de dimensiones históricas» (p. 76).

²⁰ Esto es lo que sostuvo durante la mayor parte de su obra RADBRUCH, para quien la obligación de aplicar la ley positiva «sacrificando el propio sentimiento jurídico al del Derecho positivo» no era un deber moral, sino uno vinculado a la profesión —«*Berufspflicht*»—. Véase *Rechtsphilosophie*, 8.ª ed., WOLF y SCHNEIDER (eds.), Stuttgart, Koehler, 1973, reimpresión de la 4.ª ed., de 1950, p. 178.

²¹ Rasgo, históricamente cierto (y comprensible, dado el papel central del Estado en la evolución jurídica en los siglos en los que se ha desarrollado la teoría), que, sin embargo, es conceptualmente contingente, como reconoce uno de los más eminentes positivistas jurídicos [véase RAZ, J., «Why the State?», en ROUGHAN y HALPIN (eds.), *In Pursuit of Pluralist Jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 136-162]. Sobre la centralidad del Estado en toda la teoría jurídica, no sólo el positivismo, véase TAMANAHA, B., *A Realistic Theory of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, capítulo 2, esp. pp. 48-56.

²² Véase *La Excusa del Positivismo*, op. cit., 2007, *passim*, esp. pp. 141-143, en torno a la caracterización de Binding como positivista jurídico por parte de Armin Kaufmann.

en el Derecho penal alemán se ha mantenido durante más de un siglo» (62). Es posible que el consenso se haya mantenido durante más de un siglo, pero no tiene que ver con la adhesión al positivismo jurídico.

V. Resultados del análisis en términos de «Derecho Penal Dual»

Conforme a Dubber, el análisis dual de la penalidad estatal sugiere que el Estado de policía no fue reemplazado por el Estado de Derecho en los albores del proyecto penal liberal y tampoco lo ha sido después, sino que, por el contrario, persiste hasta hoy. Lo anterior sería obvio en el caso de Estados Unidos, donde el poder penal del Estado se seguiría entendiendo como una manifestación de su poder de policía. Pero, contra una extendida opinión, también en Alemania, aunque allí se considere «que el poder penal del Estado se ha integrado durante algún tiempo en el proyecto general de aplicación del Estado de Derecho» (175). Entiende Dubber que, mientras que un sistema (Estados Unidos) reconoce el desafío del poder estatal liberal en general (el ejercicio de la autoridad estatal, dada la autonomía personal) pero no lo hace en su más aguda manifestación (el poder penal)²³, el otro (Alemania) reconoce ambos desafíos, pero «puede que confunda el reconocimiento de ese desafío con su resolución» (33). Dado que, como reconoce Dubber, en el Derecho comparado el Derecho penal alemán suele verse como un modelo a seguir²⁴, la anterior conclusión está necesitada de una alta dosis de justificación.

Cabe preguntarse, en primer lugar, si se otorga suficiente crédito a las notables diferencias en la política criminal que efectivamente se lleva a cabo en Alemania en comparación con el único otro país con el que se compara en el libro, Estados Unidos. Según se recogió, Dubber afirma que todos los Estados fracasan a la hora de atender el desafío de la legitimación del poder penal en sociedades democráticas. La cuestión, sin embargo, es que hay muy distintas maneras de fracasar, y no debe resultar irrelevante lo lejos que un sistema quede del criterio de legitimidad.

También puede cuestionarse la importancia otorgada a fenómenos históricos que pueden admitir otra interpretación. Dos me parecen especialmen-

²³ Dubber denomina esta falta de reconocimiento, que trata en el capítulo 5, «excepcionalismo penal interno» (291), y afirma que la penalidad en Estados Unidos sigue anclada en el modelo de Estado de policía «si no en teoría o por diseño, sí en la práctica o por inercia» (292).

²⁴ Dubber se refiere a «dos presupuestos relacionados y ampliamente sostenidos —aunque, ciertamente, no de manera universal—: en primer lugar, que, frente a cualquier otro sistema jurídico, el alemán en general, y el Derecho penal alemán en particular, responde con mayor perfección al desafío del poder estatal en una democracia liberal moderna; y, en segundo lugar, que en particular el Derecho penal sustantivo alemán se remonta a una larga y singularmente distinguida historia de hallazgos científico-jurídicos que se extiende mucho más allá del surgimiento del moderno Derecho constitucional alemán posterior a la Segunda Guerra Mundial» (29).

te conspicuos: en primer lugar, el tratamiento del «pecado original» de la penalidad liberal, consistente en la admisión de la esclavitud penal por parte de algunos de sus más importantes fundadores; en segundo lugar, la subsistencia en el Derecho penal alemán del sistema de doble vía (pena/medidas de seguridad) propuesto por von Liszt e introducido en el Derecho positivo por los nazis.

a) ***El pecado original del proyecto penal liberal: Ilustración y esclavitud penal***

Dubber recuerda que la Enmienda XIII a la Constitución de Estados Unidos abolió la esclavitud excepto como pena, y ello le lleva a sostener que «se puede argumentar que la exclusión de los delincuentes del proyecto jurídico-político estadounidense nunca ha sido repudiada, ni siquiera *de jure*» (234). Sin embargo, precisa, lo anterior no debe verse como una característica del excepcionalismo penal estadounidense, sino como un rasgo fundamental de los textos fundacionales del propio proyecto penal liberal (242).

En la obra se muestra sucesivamente la opinión favorable a la esclavitud penal de Beccaria²⁵, Feuerbach²⁶ y Kant²⁷, para concluir que la cosificación penal «aparece como parte integrante del proyecto penal ilustrado en general y del proyecto penal alemán en particular, en lugar de ser (simplemente) una prueba de la aplicación imperfecta de ese proyecto» (252-253). A esta conclusión se le pueden hacer dos objeciones, una conceptual, la otra cronológica.

Conceptualmente, cabe preguntarse si, al hablar de «esclavitud penal»²⁸, no se está obviando una diferencia esencial entre la esclavitud como fenómeno general y su proyección penal: la exigencia, para esta última, de la comisión de un delito. La mayoría de formas de esclavitud se basaban en características fuera del control de los a ella sometidos, como su etnia o la condición de esclavos de sus progenitores, y no prevenían límites a su duración. La esclavitud penal, por el contrario, se hacía depender de la conducta del sujeto, y su duración de la gravedad del ilícito.

²⁵ «No de pasada sino en puntos clave de su argumento, y no como una floritura retórica, sino sobre la base de una apreciación clara de la cosificación total en que consiste la esclavitud» (242).

²⁶ Quien incluyó la pena en su proyecto de Código Penal para Baviera, concluido en 1810 (245).

²⁷ En este aspecto no se diferenciarían la Ilustración de corte utilitarista y la de cuño deontológico: «Kant y Beccaria estaban de acuerdo en una cosa: la esclavitud penal» (247).

²⁸ Lo que puede considerarse problemático atendiendo a las diferencias de significado de los términos «esclavitud» y «servidumbre» en la literatura historiográfica [véase, p. ej., BONAZZA, G., *Abolitionism and the Persistence of Slavery in Italian States, 1750-1850*, Cham (Suiza), Springer, 2019, pp. 13-19].