



El Derecho penal nacionalsocialista *

Thomas Vormbaum

Universidad de Hagen

RESUMEN: Este texto describe en primer lugar algunos aspectos de la doctrina penal nazi y de algunas leyes representativas de la época y lanza una mirada a la doctrina penal a caballo entre los siglos XIX y XX. En segundo lugar, se analiza el tema de la llamada “continuidad” y concluye afrontando el problema de la elaboración del pasado.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal nazi, continuidad, elaboración del pasado.

ABSTRACT: This text describes, in the first place, some aspects of the Nazi criminal law theories and some statutes that are representative of the time and it takes a look at the criminal law theories falling between XIX and XX centuries. Secondly, it analyzes the topic of “continuity”. Finally, it handles with the problem of “coming to terms with the past”.

KEY WORDS: Nazi criminal law, continuity, Vergangenheitsbewältigung.

* Este trabajo ha sido previamente publicado, bajo el mismo título, en *Revista Penal*, núm. 36, julio de 2015 (España). El texto ha sido traducido por Víctor Manuel Macías Caro del original italiano “Il diritto penale nacionalsocialista”, en Vormbaum, Thomas, *Diritto e nazionalsocialismo. Due lezioni*, EUM, 2013, pp. 21 y ss.

El 30 de enero de 1933, el presidente del *Reich* alemán, Paul von Hindenburg, entregaba el poder político a una coalición compuesta por el Partido Nazi y el Partido Popular Nacional Alemán. El *Führer* del Partido Nazi, Adolf Hitler, fue nombrado canciller. El ascenso al poder de los nazis significó el fin de la democracia parlamentaria, si es que al sistema de la llamada República de Weimar se le podía seguir llamando parlamentario, puesto que desde hacía muchos años los gobiernos dependían exclusivamente de la confianza del Presidente. La consolidación jurídica del dominio nazi tuvo lugar con la unificación de los poderes Legislativo y Ejecutivo por medio de la llamada Ley habilitante (*Ermächtigungsgesetz*), emanada en marzo de 1933 del Parlamento federal (*Reichstag*) con los votos en contra únicamente de los socialdemócratas. Dicha ley autorizaba al Gobierno la promulgación de leyes sin la participación del Parlamento. Poco tiempo después todos los partidos, excepto el Partido Nazi, fueron disueltos.

Por lo que respecta a mi tema, el Derecho penal nazi, me limitaré en el ámbito de mi lección de hoy a describir algunos aspectos de la doctrina penal nazi y de algunas leyes representativas de la época, lo cual me permitirá también lanzar una mirada a la doctrina penal a caballo entre los siglos XIX y XX. En segundo lugar, quisiera dedicar algunos comentarios al tema de la llamada “continuidad”. Por último, concluiré afrontando el problema de la llamada elaboración del pasado.

I.

Comencemos antes que nada con la ciencia penal. El primer aspecto de una teoría penal es, o mejor dicho, debería ser, qué es lo que el Estado está legitimado para castigar.

Immanuel Kant y Paul Johann Anselm Feuerbach, a pesar de partir de premisas distintas, estaban de acuerdo en el hecho de que la tarea del Derecho y, por consiguiente, la del Derecho penal era la determinación de las esferas de libertad de los individuos. La consecuencia: la pena debe ser una retribución por la violación de un derecho subjetivo, exigencia que suponía un problema para los políticos. Si admitimos que los políticos se sentían vinculados por las reflexiones teóricas (lo cual era raro tanto entonces como ahora) deberían agradecer al pensador Johann Michael Franz Birnbaum la introducción en 1835 del

concepto de “bien” en el debate penal. Concretamente Jesús María Silva Sánchez ha observado recientemente que la teoría de la tutela de los bienes jurídicos no nació de la idea de una delimitación del Derecho penal, sino, por el contrario, de la idea de expansión del Derecho penal. Con la introducción de la teoría del bien jurídico, la ciencia penal perdió de hecho el fundamento teórico para una limitación del Derecho penal, dado que la invención de un bien jurídico es algo muy fácil, tal y como se puede comprobar echando un vistazo a cualquier comentario del Código Penal. Pero más allá de esta crítica, pasar de la teoría de la violación de un derecho a la teoría de la lesión de un bien jurídico significaba también pasar de la idea de la justicia a la idea de la utilidad en el Derecho penal, es decir, al arbitrio en la legislación penal.

A pesar de ello, la doctrina del bien jurídico, según una concepción liberal y moderada, puede favorecer un Derecho penal “restringido”. Además, dicha teoría ha recibido de la precedente teoría de la violación de un derecho, *un* presupuesto importante: sólo los factores externos, objetivos, son capaces de formar el punto de partida para la intervención del instrumento penal. Los elementos subjetivos y en particular el dolo y la culpabilidad, desde dicho punto de vista, pueden formar solo elementos de *restricción* del ámbito penal, ya descrito por los elementos objetivos. En otras palabras: el punto de partida del razonamiento penal no puede ser la conciencia o los pensamientos del autor, sino sólo el *hecho*, descrito de modo preciso por medio del tipo legal.

Determinadas consecuencias de la teoría del bien jurídico no eran necesarias. El límite de esta teoría es precisamente que según el arbitrio puede abordarse en sentido liberal, pero también en su contrario. Además, la idea de bien jurídico, a partir del inicio del siglo XX, sufre una cierta “espiritualización”, es decir, un alejamiento del aspecto objetivo. Pero todo esto no impide que los penalistas nazis ataquen la doctrina de la protección de bienes jurídicos, junto con la Escuela de Franz von Liszt, a pesar de que el movimiento para la reforma del Código Penal alemán, que comenzó a inicios del siglo XX por influencia de Von Liszt y que no llegó a materializarse antes del final de la República de Weimar, contuviera muchos elementos en favor de una expansión del ámbito penal.

Aunque muchos de estos fueran retomados por la legislación nazi, la concepción sostenida por la corriente penal representada por la Escuela de Von

Liszt, también por la presencia de la idea de finalidad, portaba consigo algunas posibilidades de restringir el ámbito penal; y precisamente dichas posibilidades fueron tomadas por el todo y etiquetadas como elementos de relajación en la lucha contra la criminalidad por parte de la doctrina penal nazi, por ejemplo, el penalista Erik Wolf. A la idea de un bien jurídico, que correspondía a una idea liberal, se contraponía la idea de un Derecho penal autoritario, según el cual la comunidad popular (*Volksgemeinschaft*) forma un organismo de hombres del mismo género. La comisión de un crimen hacía presumir que el miembro de la comunidad se había degenerado. El objetivo prioritario de la política criminal y penal no era la reacción ante los hechos delictivos, sino la eliminación de sujetos peligrosos para la comunidad. Por tanto, el punto de partida de esta teoría es el autor que ha cejado en sus deberes frente a la comunidad o, en términos jurídicos: empieza a ser dominante la concepción del delito como ofensa de un deber (*Pflichtverletzung*); el Derecho penal se transforma de un Derecho penal del hecho a un Derecho penal de autor o Derecho penal de la predisposición malvada o el sentimiento malvado. Pero para quien quiere descubrir un sentimiento o un pensamiento peligroso, la descripción formal contenida en un tipo penal de un comportamiento considerado nocivo no sirve de nada. Por lo tanto, ya hemos señalado, el delito en sentido formal ejerce aquí una sola función: sirve como indicador de la peligrosidad del sujeto.

Estas ideas no eran en absoluto una novedad. El irracionalismo y el llamado enfoque global (*Ganheitsbetrachtung*), en contraposición al enfoque analítico o “desmembrador” de la unidad natural, ya había sido puesto en práctica y se había extendido durante la República de Weimar por una parte de la doctrina penal alemana; pero también en el Manifiesto de Marburgo de Franz von Liszt la atención al autor y a la valoración del sentimiento o del pensamiento del autor formaban elementos importantes.

El modelo liberal de un Derecho penal que juzga de modo objetivo y que atiende al aspecto subjetivo sólo como factor limitativo de la intervención penal empezaba a vacilar a causa de la extensión de las ciencias empíricas, en especial las ciencias psicológicas, aunque a veces lindaran con la charlatanería. Se “descubría” al autor. Franz von Liszt, junto a las tres categorías de objetivos penales propuestos por él (intimidar, enmendar e inocular), proponía tres ca-

tegorías de delincuentes, completando así su sistema del siguiente modo:

- delincuentes susceptibles de ser enmendados y para los cuales era necesaria una corrección;
- delincuentes para los que no era necesaria una corrección;
- delincuentes no susceptibles de ser enmendados.

En el contexto del tercer tipo, Von Liszt utiliza el concepto del delincuente habitual, un concepto que tendrá continuidad en el siglo XX y dará título a una de las primeras leyes penales nazis. Sin embargo, vista la importancia decisiva de la personalidad del autor tanto para el tipo de pena como para su cantidad, Von Liszt, al contrario de la opinión dominante (que tenía en cuenta, en la determinación de la pena, sólo el hecho), identificaba el sentimiento del autor, probado por medio del hecho, entendido como elemento decisivo.

Así, como ya se ha dicho, mediante la idea de finalidad manifestada por Von Liszt vuelve a adquirir valor un filón de pensamiento que ya en la época de la Ilustración había constituido un elemento importante de la filosofía, pero que en el curso del siglo XIX había perdido relevancia durante algunas décadas, al menos en el ámbito de la ciencia jurídica.

Beccaria había construido una relación entre justicia y utilidad afirmando: “Para que una pena sea justa *no debe* tener más que la cantidad de motivación que baste para desviar a los hombres de los delitos”. En el manifiesto de Von Liszt se lee una formulación muy similar: “Justicia en el Derecho penal significa mantener la medida de la pena exigida por la idea de finalidad”.

Sin embargo, la intervención estatal sobre el delincuente, proclamada por Von Liszt, debe tener lugar únicamente cuando él ha llevado a cabo un hecho tipificado, formulado de una manera determinada y probado en un proceso conforme a los principios de un Estado de Derecho. El Derecho penal, según Von Liszt, es la *Magna Charta* del delincuente: “es la barrera insuperable de la política criminal”. Los principios *nullum crimen sine lege* según una formulación de Von Liszt son “el baluarte del ciudadano frente a la omnipotencia estatal”. Sin embargo, vista la construcción de la pena, resulta mucho menos importante tutelar el segundo aspecto, es decir, la pena, que tute-

lar el primero. Y la definición del ámbito penal y de la política criminal compete al legislador, el cual puede decidir extenderlo. Von Liszt declara expresamente: “la legislación penal sin duda compete a la política criminal”. Los límites del “baluarte”, por lo tanto, dependen siempre de las decisiones del legislador. Es de justicia arrojar luz sobre la famosa fórmula de Von Liszt: “La *ley penal* [y no el *Derecho penal*] es la *Magna Charta* del delincuente”.

Hechas estas observaciones, vuelvo ahora a examinar el Derecho penal nazi.

Otras consecuencias de la concepción penal nazi son la extensión de la punibilidad a la tentativa, la atenuación sólo facultativa de la pena de la tentativa (a partir de 1943 y hasta hoy válida en el Código Penal alemán), la anticipación de la punibilidad de la participación en un momento precedente respecto de la comisión del hecho, la adopción de tipos que castigan los actos preparatorios del hecho propiamente ofensivo (hasta hoy la participación en una asociación criminal o, como agravante, la participación en una asociación terrorista).

Y como otra consecuencia de la hostilidad respecto del Derecho penal del hecho destaca una *concepción material del delito*. Recordarán que ya he hablado de esta concepción como de un elemento precisamente de los esfuerzos que pretenden limitar la intervención penal; como tal, dicha concepción significa solamente que tras los hechos legal y formalmente tipificados hay una idea de qué cosa hace punible un comportamiento: en la teoría penal de la Ilustración, la ruptura del contrato social; según Kant y Feuerbach, la violación de un derecho subjetivo; según Birnbaum, Binding y Liszt, la lesión de un bien jurídico.

La intención conectada con dicha concepción sustancial solía ser la de señalar una vía para limitar la intervención penal, la cual debería ser seguida por el legislador y por el intérprete. Pero la decisión de los penalistas nazis de remitirse a una concepción sustancial del delito seguía una dirección distinta y en última instancia contraria. Aquí no se daba la intención de limitar el ámbito penal, sino más bien la de afirmar la independencia del Derecho penal respecto de los hechos tipificados en la ley penal, es decir, la renuncia a un elemento fundamental del garantismo penal. Se quería realizar la “justicia sustancial” manifestada en los llamados “ordenamientos concretos” (*konkrete Ordnungen*) de la vida comunitaria. Dominaba por lo tanto la tendencia a liberar de los vínculos de la ley

formal a quien tenía que aplicar el Derecho. Se quería evitar toda “laguna”; ningún comportamiento “nocivo para el pueblo” (*volksschädlich*) debía permanecer impune.

En este contexto, la doctrina penal nazi utilizaba de vez en cuando la fórmula *nullum crimen sine pena* en contraposición al principio del Derecho penal liberal del *nullum crimen sine lege*. Permanecía sin respuesta la cuestión sobre cómo identificar un comportamiento “criminal” con independencia de las referencias a los ordenamientos concretos de la comunidad y al “sano sentimiento del pueblo” (*gesundes Volksempfinden*), introducido en 1935 en el Código Penal.

Otra consecuencia de la adopción de una concepción de violación de un deber, además de la de un Derecho penal del autor, es el rechazo del análisis conceptual y sistemático del delito y la exigencia de una conceptualización y sistematización “esencial” (*wesenhaft*) y “total” (*ganzheitlich*). También esto era un modo de evitar “lagunas de punibilidad”, inevitables por el contrario en una concepción formal del delito. De ello, y como consecuencia necesaria, el rechazo a la prohibición de la analogía.

Con la teoría de la voluntad (*Willensstrafrecht*) el Derecho penal sufre la cuña particularmente característica de la subjetivización. Pero también aquí se trata de una radicalización de una idea desarrollada previamente, dado que, según lo expresado por Franz von Liszt, el sentimiento o pensamiento del autor debe ser el aspecto decisivo en la determinación de la pena.

También la llamada teoría del tipo de autor (*Tätertypenlehre*) tiene su antecedente en la triada de delincentes de Franz von Liszt, aunque éste la orientara a la política criminal y no a la dogmática penal. El muro que Franz von Liszt imaginaba entre la esfera jurídica y la esfera político-criminal, en los casos en los que aún permanecía en pie, fue derribado.

Con el Derecho penal de la voluntad y la teoría del tipo de autor la cuestión central había pasado completamente del Derecho penal del hecho al Derecho penal de autor.

Sin embargo, la reflexión histórica exige una *cuantificación* adecuada. La propuesta programática de Von Liszt de “inocuizar” a los delincentes que no eran susceptibles de ser enmendados no significaba su “eliminación”, pero en relación con la estructura del razonamiento, dichas ideas se insertan en una tradición en la cual la concepción penal de Von Liszt

constituye una mera etapa. Ello, porque en aquel momento eran evidentes los problemas de los esfuerzos reformadores en el ámbito penal y porque se extendía cada vez más el uso del Derecho penal poco vinculado jurídicamente, es decir, dominaba la línea lisztiana radical (por ejemplo, Kubnik).

II.

En el ámbito de la legislación penal sustancial nazi, el primer signo de continuidad con la época precedente fue la “Ley contra los criminales habituales peligrosos y de medidas de seguridad y corrección” (*Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung*) de 24 de noviembre de 1933.

El punto central de la ley fue la llamada “custodia de seguridad” (*Sicherungsverwahrung*) para los criminales habituales peligrosos. Dicha medida, que consistía en una sanción penal limitativa de la libertad sin necesidad de prueba sobre la culpabilidad, ya formaba parte, por influencia de la política criminal de Von Liszt, del proyecto de Código Penal de 1919, y también del proyecto de ley de 1922 de Gustav Radbruch, ministro socialdemócrata de Justicia y profesor de Derecho penal y discípulo de Von Liszt. Pero también a este respecto, comparando los mencionados proyectos con la Ley de 1933, es posible identificar elementos de radicalización, a pesar de que la definición de criminal habitual peligroso se remonta sin ninguna duda a la de Franz von Liszt. Esta coexistencia de elementos de continuidad y discontinuidad hacen a la Ley de 1933 representativa de muchas leyes del régimen nazi. La jurisprudencia contribuía por su parte a la aplicación extensiva de la custodia de seguridad.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, la Ley permaneció en vigor, aplicándose en el Derecho penal federal alemán a los delincuentes habituales hasta 1968 y, más allá, hasta nuestros días.

Otra intervención que afectó a un aspecto muy significativo del Derecho penal sustancial fue la llamada reforma en materia de analogía de 1935. El objetivo de la Ley era “la anticipación cauta de algunas ideas de la reforma íntegra del Código Penal y una cierta aceleración de la adecuación del Derecho penal al espíritu del Estado nuevo”. La reforma permitía la “aplicación analógica de las normas penales”, es decir, la aplicación en un caso en el cual “el compor-

tamiento merece un castigo sobre la base de la idea fundamental de una ley penal y del sano sentimiento del pueblo”. Por medio de dicha Ley vencía la concepción sustancial o material del delito.

No obstante, tal y como ha demostrado Wolfgang Naucke, el principio del *nullum crimen sine lege* ya había sido relativizado en la doctrina antes de 1933; por lo tanto, a primera vista, la modificación del Código Penal tenía un significado más bien simbólico.

La reforma en materia de analogía evidenciaba que la legislación del Estado nazi, a diferencia de la legislación penal de la Italia fascista, tendía a reforzar el papel del juez. En línea con su ideología, el régimen consideraba al juez un *Führer*, pero más allá de ello, esta actitud constituía una continuidad respecto de los inicios del siglo XX: la imagen del juez había cambiado. Si durante el siglo XIX tanto la autoridad como los seguidores de la filosofía de la Ilustración desconfiaban de los jueces y en paralelo a dicha desconfianza tomaban muy en serio el principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege* y en particular el principio de taxatividad, a principios del XX se daban dos factores que empujaban en dirección opuesta. Por un lado, la política criminal de Von Liszt exigía necesariamente un mayor espacio creativo para el juez, el cual podía escoger la pena más adecuada al autor individual. Por otro lado, la autoridad del Imperio y más tarde la de la República de Weimar había acumulado una experiencia que le hacía parecer sostenible o incluso deseable tratar al juez como un “compañero del legislador con plenos conocimientos”.

III.

De todo lo dicho hasta ahora se deducen con claridad numerosos *elementos de continuidad* entre el Derecho penal nazi y el Derecho penal anterior, pero se da también una continuidad entre estos dos derechos penales y el Derecho penal actual. En esta sede debo limitarme a mencionar algunos aspectos que todo penalista conoce muy bien: la *anticipación de la barrera de punibilidad* y la *extensión del ámbito de lo punible* mediante la creación de delitos de peligro abstracto; los *delitos asociativos*; los tipos penales en los que *la tentativa es castigada como delito consumado*; el desprecio por el principio de *determinación* en el momento de tipificar un comportamiento y de la prohibición de la *analogía* en el de interpretarlo; los catálogos de *supuestos ejemplificativos* en lugar

de catálogos taxativos; la limitación de elementos objetivos del tipo demasiado amplios por medio de *elementos subjetivos del tipo*; los elementos relativos a la voluntad en lugar de una consumación objetiva del delito; el incremento y la extensión de las *posiciones de garante* en los delitos de omisión impropia; la concesión de *amplios espacios al juez* en la elección y la determinación de las sanciones; la previsión de sanciones penales (*medidas de reeducación y medidas de seguridad*) para autores no culpables, en particular para los inimputables.

Dichos elementos de continuidad del Derecho penal forman parte de un conjunto que podemos denominar de *continuidad general*, que recorre el periodo nazi y que ha sido destacada por la investigación histórica más reciente.

Dichos elementos resultan claros en primer lugar por el hecho, obvio, de que los hombres y las mujeres bajo cualquier régimen político continúan amando y odiando, continúan casándose y criando hijos, continúan avanzando o fracasando en la escuela o en la profesión, se enferman y se curan, o bien mueren, festejan o guardan luto: las costumbres vitales dadas por la naturaleza o impuestas por la práctica resisten siempre a los factores políticos.

Pero aun más decisiva para identificar la continuidad en el ámbito de la investigación histórica sobre el nacionalsocialismo es la identificación de numerosos elementos de modernización propios de aquella época. La resistencia frente a la afirmación que acabo de realizar se explica en buena parte por un prejuicio positivo vinculado al concepto de “moderno”. Es necesario aclarar, sin embargo, que no voy a analizar en esta sede dicho prejuicio positivo. El perfeccionamiento técnico-burocrático del asesinato en masa hasta el punto de la organización de los horarios en los que partían los trenes destinados a campos de exterminio es una terrible manifestación de modernidad. Ya en los comienzos de la reflexión sobre el pasado nazi fue analizado el empleo de la técnica moderna en las campañas electorales del Partido Nazi; y además la modernización de la técnica de guerra, incluida la técnica de los misiles (afortunadamente aún inmadura en aquel momento para ser aplicada en la práctica); pero son también incontrovertibles algunos elementos no relativos a la tecnología: el uso de los conocimientos de la psicología colectiva con fines de propaganda; el empleo de sistemas de seguridad social para el mantenimiento de la lealtad de las masas. Incluso la teoría

racial y las ideas de una higiene social eran un producto de las creencias científicas de finales del siglo XIX. Volveré a este punto más adelante.

En cualquier caso, el régimen nazi, a pesar de sus excesos criminales, se encuadra en una estructura desarrollada ya antes de 1933 y, tal y como se ha demostrado, los elementos de dicha modernidad se encuentran también en el ámbito jurídico y en particular en el ámbito del Derecho penal.

Mientras tanto, la concepción de una continuidad estructural en el siglo XX ha dominado en la historiografía del Derecho penal alemán. El “modelo de la interrupción” (“perversión” en 1933, “curación” y “saneamiento” en 1945) ya no lo sostiene casi nadie.

Para evitar malentendidos es necesario aclarar que destacar las líneas de continuidad no significa afirmar que el poder nacionalsocialista habría sido un poder realmente normal si los nazis hubieran sido lo bastante razonables como para dejar en paz a los judíos, no haber desencadenado una guerra mundial y haber renunciado a los campos de concentración. Significa justamente lo contrario: identificando las líneas de continuidad se pone de relieve que, tras la eliminación de la monstruosidad de la época del nacionalsocialismo, quedaba también una época terrible para las condiciones propias de un Estado de Derecho y concretamente para un Derecho penal propio de un Estado de Derecho. Pero vale también la perspectiva opuesta: el Derecho penal actual, siendo compatible con el Derecho penal de aquel tiempo, evoca cuestiones críticas.

Sin embargo, el desarrollo del Derecho penal que hemos analizado aquí recibió un impulso particularmente fuerte durante el nacionalsocialismo. En el debate histórico-jurídico se ha intentado aprehender esta particularidad mediante los conceptos de *radicalización* o *aceleración* del desarrollo. Esta concepción tiene la ventaja de tener en cuenta las líneas de continuidad de la evolución del Derecho penal y de respetar al mismo tiempo las particularidades de la época nacionalsocialista.

Obviamente no hay motivo para desatender las diferencias entre la democracia de Weimar y la democracia de posguerra por un lado, y el régimen nazi por otro lado. En todo caso, muchas de las normas penales problemáticas que fueron introducidas por los nacionalsocialistas habían sido ya objeto de discusión previamente, pero *no* habían sido aplicadas. No tiene importancia comprobar si esto se debió a escrúpulos

sustanciales, por la lentitud procedimental en una democracia parlamentaria basada en el debate y en un acuerdo de intereses o simplemente a causa de numerosas elecciones. En efecto, cada uno de estos motivos podrían ser relevantes frente a las condiciones de la legislación de la dictadura. Fue precisamente el régimen nazi, que con sus máximas político-criminales menos escrupulosas, con una elaboración interna de su aparato burocrático y con una continuidad en el poder no interrumpida por elecciones, el que hubiera podido implementar aquellos proyectos legislativos.

Sin embargo, la tesis de la radicalización tampoco puede eliminar el hecho de que la manifiesta contradicción con los principios del Estado de Derecho del régimen nazi y las fechorías cometidas por éste fueron preparadas *también* sobre la base de una tradición. En otros términos, la “anormalidad” del nacionalsocialismo no constituye, en gran parte, la interrupción de una tradición, sino más bien una consecuencia terrible de importantes elementos de la tradición que desplegaron sus efectos en aquel momento.

No nos consuela el hecho de que una norma penal entrada en vigor en la época nazi hunda sus raíces en épocas precedentes, pero sí debe suscitar inquietud y dudas el hecho de que en algunos casos dicha norma haya permanecido en vigor hasta hoy. En un plano heurístico, es decir, como un punto de partida para nuevas cuestiones, la constatación de que una norma penal tiene un origen nazi puede ser útil para la discusión político-criminal. Nosotros los penalistas alemanes, teniendo ante nuestros ojos el pasado nacionalsocialista y el Derecho penal de aquel periodo, tenemos *también* una oportunidad que no tienen, por el contrario, otros pueblos. En otros términos: que una norma penal o un esquema mental en el ámbito penal sea compatible con el nacionalsocialismo evoca al menos cuestiones críticas al respecto. Pienso que esto vale en menor medida para los penalistas italianos en relación con el pasado fascista y para los penalistas españoles en relación con el pasado franquista. En Alemania existe desde hace décadas el eslogan de la “superación del pasado” (*Bewältigung der Vergangenheit*), y naturalmente se alude al pasado nacionalsocialista. Una aproximación crítica a nuestras normas penales constituiría una reelaboración muy sensata del pasado que además tocaría también el presente.

Una cuestión me parece segura: superar el pasado sólo puede significar superar los problemas del presente.

IV.

En el discurso realizado hasta este momento he destacado algunos elementos de continuidad en el ámbito del Derecho penal. No hay que olvidar, obviamente, la patología general y especial del régimen nazi. Este aspecto y los esfuerzos de una elaboración del pasado que incluya tal criminalidad después de 1945 serán el objeto de la segunda parte de mi lección.

Con la expresión *patología general* hago referencia al carácter autoritario, totalitario, no conforme a un Estado de Derecho, características evidentes, en particular en el ámbito penal, en la legislación racial y de guerra; hacia el exterior se han manifestado por medio de una política revisionista y de conquista que ha desembocado en una guerra mundial con cincuenta y cinco millones de muertos.

Con tales características el régimen nazi no se distingue, sin embargo, de muchos otros regímenes dictatoriales de la historia universal, y en particular de la historia contemporánea, pero más allá de la mencionada patología general hay una patología especial representada por los asuntos tratados detalladamente por Herbert Jäger en su libro *Macrocriminalidad*. En este contexto, se invierte el objeto tradicional del análisis de la historia del Derecho penal, que consiste sobre todo en la historia de las normas penales del Estado, puesto que no se trata al Estado como legislador, sino como sujeto que transgrede la ley, incluso hasta el punto de hablar, en palabras de Wolfgang Naucke, de “criminalidad reforzada por el Estado” (*staatsverstärkte Kriminalität*).

Nos referimos a fenómenos como:

- La *Aktion T4*, un programa llamado de eutanasia que consistió en la eliminación de muchos cientos de miles de enfermos mentales considerados “sin valor vital” (*lebensunwerte*).

- Los asesinatos por parte de los conocidos como “grupos especiales” (*Einsatzgruppen*) en Polonia y en la Unión Soviética.

- El genocidio organizado de modo sistemático de seis millones de judíos, conocido como Holocausto y cínicamente llamado la “solución ‘final’ de la cuestión judía” (*Endlösung der Judenfrage*).

- El asesinato de gitanos.

- Los crímenes frente a los *prisioneros de guerra*.

- La *explotación de los trabajadores forzados*, llamados también con razón trabajadores esclavos, por

parte del Estado y de las empresas alemanas, la cual ha sido conocida por la opinión pública sólo a finales del siglo pasado.

- Los crímenes perpetrados por la *justicia* alemana.

Estos delitos del Estado, aunque sea después de dudar durante mucho tiempo, se transforman en objetos de represión penal y están en el origen de algunas acciones legislativas estatales en el ámbito de la llamada “elaboración del pasado”.

V.

De hecho, se ha perseguido una “elaboración del pasado” por medio del instrumento del *Derecho penal*. Otras posibilidades, como la institución de comisiones de reconciliación o de comisiones para la investigación de la verdad, no han sido seriamente consideradas. Sin embargo, en vista de la desmesura de los crímenes cometidos, una solución distinta de la penal no era seriamente posible.

En la persecución de los crímenes nacionalsocialistas se trató desde el principio de responder a la cuestión del *fundamento jurídico*. ¿No se consideraba previamente como conforme al Derecho lo que en la posguerra se veía como un crimen? ¿Podía ser definido como injusto lo que entonces era Derecho? La palabra clave desde el punto de vista dogmático-penal y constitucional se llamaba *irretroactividad*. Y dicho argumento fue usado también por parte de la defensa en el ámbito del principal proceso de Núremberg contra los criminales de guerra. El Tribunal de Núremberg se mostró, sin embargo, poco sensible a este argumento; se respondió de hecho que los imputados habían infringido los principios jurídicos fundamentales reconocidos por todos los pueblos civilizados de la tierra y debían ser considerados válidos en todos los tiempos.

Cuando la ciencia y la justicia penal de la República Federal afrontaron esta cuestión, con gran retraso, ya a finales de los cincuenta, tenían ante sí tres posibilidades para superar el principio de irretroactividad.

1. Era posible remontarse a un Derecho natural siempre válido, es decir, a la punibilidad perennemente vigente de dichas acciones, que hasta los siglos XVII y XVIII se conocían como *delicta in se*, y que con la terminología actual serían considerados

como parte del núcleo fundamental del Derecho penal (*Kernstrafrecht*). Sobre la base de esta premisa no se plantea ningún problema de retroactividad. Lo que era ilícito entonces sigue siéndolo hoy. Ésta fue la argumentación, como se ha dicho, del Tribunal de Núremberg, establecido para juzgar los principales crímenes de guerra y ésta fue también la premisa de fondo de la Ley núm. 10 del Consejo de Control de los Aliados, que sirvió como fundamento de los posteriores procesos de Núremberg respecto de médicos, juristas, dirigentes, economistas y diplomáticos.

2. La posición radicalmente contraria se sintetiza en un concepto jurídico que se podría definir como “sociológico”. Quienquiera que haya conseguido, en el ámbito de un Estado o una sociedad, conseguir obediencia a sus propios preceptos, ha creado con dichos preceptos un “Derecho”.

Para los partidarios de esta concepción, los hechos perpetrados en aquel momento eran conformes al Derecho vigente en el tiempo de los hechos, a pesar de que dicho Derecho fuese un Derecho nazi. Por otro lado, según esta misma concepción, el juez de la República Federal Alemana debe aplicar sólo el Derecho penal de la República Federal Alemana. Y si en la aplicación del Derecho actual es ilícito lo que para el ordenamiento de entonces era conforme al Derecho, se debe pronunciar, en caso de subsistencia de la culpabilidad, una sentencia de condena sobre la base del Derecho actual, es decir, siguiendo el Derecho de la República Federal Alemana. Sobre esta base se habría podido argumentar que la irretroactividad valía únicamente dentro del sistema jurídico de la República Federal Alemana; o bien, se podría haber admitido la retroactividad y circunscribir el alcance de la correspondiente prohibición mediante una reforma constitucional.

3. En la práctica no se siguió ninguno de estos dos enfoques en el tratamiento penal de los crímenes nacionalsocialistas. Se hizo uso más bien de una argumentación mixta. Se partió de un dato exterior, el hecho de que los tipos afectados (asesinato, homicidio, lesiones personales, prevaricación, etc.) ya estaban en vigor en aquel momento. Se consideró que de esa manera no se plantearía ningún problema de retroactividad. Sin embargo, el problema que salió por la puerta de la *tipicidad* entraba por la ventana de la *antijuricidad*. ¿Podían los imputados alegar el hecho de que su comportamiento típico estuviese *justificado* en aquella época? Después de seguirse hasta aquel

momento el segundo enfoque, es decir, el “sociológico”, volvía ahora a la palestra el enfoque “iusnaturalista” en la forma de la llamada *fórmula de Radbruch*. Esta fórmula es tan famosa que no es necesario citarla aquí de forma extensa. La misma probaría que Gustav Radbruch, quien fue uno de los protagonistas del iuspositivismo durante la República de Weimar, habría redescubierto el Derecho natural tras la experiencia del régimen nazi. Este asunto es discutible. Leyendo el texto exactamente, la fórmula comienza con la siguiente frase: “el conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería ser resuelto de modo que el Derecho positivo, asegurado por la disposición y el poder, prevaleciera también cuando su contenido fuere injusto e inconveniente”; sólo posteriormente se afirma la excepción para el caso en que “la contradicción entre Derecho positivo y justicia alcance un grado tan insostenible que la ley, en tanto que ‘Derecho injusto’, deba retroceder ante la justicia”.

Se dan también, según Radbruch, los casos no ya de “Derecho injusto”, sino de “ausencia de Derecho”, es decir, aquellos casos en los que “no se perseguía ni siquiera la justicia”, y la igualdad, “que constituye el núcleo de la justicia, era negada de forma consciente” en las disposiciones del Derecho positivo.

No se trataba de una distinción particularmente clara, pero señalaba en cualquier caso una vía pragmática para la solución de casos problemáticos en la práctica. Este tipo de vías eran discutibles, sin embargo, en los planos metodológico, político-jurídico e histórico. Desde el punto de vista *metodológico* engañaba sobre el hecho de que la retroactividad, aunque se negase con palabras, era practicada efectivamente; desde el punto de vista *político-jurídico* no dejaba de ser embarazoso el hecho de que no se usaran como fundamento de las decisiones ni el Derecho natural ni el Derecho de la República Federal Alemana, sino, al menos en principio, el Derecho del Estado nazi; y desde el punto de vista *histórico*, tal y como Werle ha demostrado correctamente, era absolutamente inadecuado que precisamente el Derecho nazi fuese fundamento del juicio de las masacres nacionalsocialistas.

En el cuadro que acabamos de describir la propia justicia penal federal alemana se ponía a sí misma obstáculos que provocaban la impunidad de una parte no irrelevante de los autores de delitos sometidos a juicio. Voy a referirme solamente a un par de ejemplos extraídos del ámbito de los delitos violentos y de los delitos relativos a la administración de justicia.

En el ámbito de los *delitos violentos* se planteaba la cuestión de si los imputados debían ser castigados como autores (*Täter*) o como cómplices (*Gehilfen*). En este caso la jurisprudencia desarrolló una tesis sobre la base de la teoría subjetiva de la participación, que era mayoritaria entonces, según la cual sólo un pequeño núcleo de jefes del nacionalsocialismo encabezados por Hitler debían ser considerados autores, mientras que todos los partícipes en posiciones subordinadas deberían ser juzgados, en la duda, como meros cómplices.

Se hizo una excepción con los llamados “autores por exceso” (*Exzesstäter*) y, sobre todo, con aquellos autores que, con conductas sádicas o con comportamientos que iba más allá de las órdenes recibidas, hubieran sobrepasado el cuadro de los comportamientos que el sistema les prescribía. Sin embargo, puesto que del tipo de participación dependían los límites máximo y mínimo de la pena y de estos dependía a su vez el plazo de prescripción, saltaban a la vista en estos casos las dilaciones y los titubeos en la persecución de los crímenes nacionalsocialistas, ya que numerosos procesos tuvieron que archivarse por prescripción.

En el ámbito de las *injusticias judiciales*, los obstáculos dirigidos a impedir los juicios respecto de los jueces autores de delitos produjeron un resultado clamoroso: *casi ningún* juez, ni de los tribunales especiales, ni del Tribunal Popular de Justicia (*Volksgesichtshof*), ni de la justicia militar, fue llamado a responder penalmente por alguna de las miles de condenas a muerte que fueron impuestas durante el nacionalsocialismo. Frente a los obstáculos erigidos por la justicia penal alemana de la posguerra, este resultado, visto en retrospectiva, no puede sorprender. En síntesis, los obstáculos más importantes fueron los siguientes: por un lado se afirmaba la existencia de un llamado *privilegio judicial* (*Richterprivileg*), consistente en el hecho de que un juez pudiera ser considerado responsable penalmente por el contenido de una de sus sentencias (por ejemplo, por homicidio o por detención ilegal) sólo en el caso de que su conducta constituyese el tipo penal de prevaricación (*Rechtsbeugung*). A favor de este privilegio judicial se sostenía que el mismo protegía la libertad de decisión del juez y, con ella, al mismo tiempo, su independencia. En los años ochenta, mientras escribía mi trabajo de habilitación, revisé todos los manuales, comentarios y sentencias disponibles de los años previos a 1945 y no encontré una sola referencia a la existencia de

dicho privilegio; un discípulo mío, que ha investigado recientemente la historia del tipo penal de la prevaricación a partir del siglo XIX, ha realizado un intento aún más extenso, llegando al mismo resultado negativo. Resulta difícil esconder la sospecha de que la administración de justicia de los primeros años de la República Federal Alemana haya querido, con el auxilio de este privilegio judicial, proteger a la propia categoría y, en el ámbito de la misma, probablemente a los propios miembros.

Por si esto no hubiera sido suficiente, había aún otro obstáculo. La prevaricación puede ser realizada sólo dolosamente. En todos los manuales se puede leer que, si la ley o la naturaleza de las cosas no exigen un requisito adicional, para la integración del elemento subjetivo de tipo, es suficiente el *dolo eventual*. Para el tipo de prevaricación, por el contrario, se exigía el *dolo directo*. Debido a la particular estructura de la prevaricación, la conciencia de la ilicitud coincide en sustancia con el dolo, los jueces llamados a responder penalmente podían defenderse afirmando haber considerado su comportamiento pasado como conforme al Derecho. Esta línea de defensa fue aceptada plenamente por la jurisprudencia: cuanto más indiferente e insensible parecía el imputado, tanto más creíble era también sus tesis. La problemática fórmula de Radbruch en relación con la impotencia de los juristas alemanes frente al iuspositivismo habría podido contribuir a reforzar dicha tendencia. Radbruch, por otra parte, fue uno de los primeros, incluso quizá el primero, que sostuvo ya en 1946 la tesis del privilegio judicial.

Para evitar ser malentendido, querría señalar que hay buenas razones para sostener la tesis del privilegio judicial; y hay también buenas razones para considerar que la prevaricación pueda ser realizada sólo con dolo directo. Sin embargo, salta a la vista que el cúmulo de ambos elementos, unido a una sensible aplicación del principio *in dubio pro reo*, que sería deseable también en algunos otros procesos, condujo en aquel momento, tal y como ha titulado el historiador Jörg Friedrich su libro, a una “absolución de la justicia nazi”.

Mientras tanto, la opinión mayoritaria exige a estas alturas únicamente el dolo eventual también para la prevaricación. La anticipación de la barrera del dolo para la prevaricación representa el precio pagado por la persecución de los jueces nazis; un precio pagado, no obstante, en una época en la cual este

capítulo de la elaboración del pasado nazi ya había acabado, de hecho. Con todo, dicha solución interpretativa ha pasado de nuevo al primer plano en la elaboración del pasado de la RDA. Pero, como se dice en la película *Irma la dulce*, ésta es otra historia.

Bibliografía

- Bunderminister der Justiz (ed.), *In Namen des Deutschen Volkes. Justiz und Nationalsozialismus*, Katalog zur Ausstellung des Bundesministers der Justiz, Colonia, 1989.
- Freudiger, Kerstin, *Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen* (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts. 33), Mohr Siebeck, Tübinga, 2002.
- Friedrich, Jörg, *Freispruch für die Nazi-Justiz. Die Urteile gegen NS-Richter seit 1948. Eine Dokumentation*, Reinbeck bei Hamburg, 1983.
- Jäger, Herbert, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft: Studien zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, 1982.
- _____, *Makrokriminalität: Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, 1989.
- Naucke, Wolfgang, *Die straffuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, Klostermann, Fráncfort del Meno, 1986.
- Radbruch, Gustav, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946, pp. 105 y ss. (reimpr. con introducción de Winfried Hassemer, *Juristische Zeitgeschichte. Kleine Reihe*. 4), Nomos, Baden-Baden, 2002.
- Rückerl, Adalbert, *NS-Verbrecher vor Gericht. Versuch einer Vergangenheitsbewältigung*, Müller, Heidelberg, 1982.
- Silva Sánchez, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, 3ª ed., B de F, Buenos Aires, 2011.
- Thiel, Carsten, *Rechtsbeugung - § 339 StGB. Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870* (Juristische Zeitgeschichte. Abteilung 3, Band 18), Berliner Wissenschaftsverlag, Berlín, 2005.
- Vasalli, Giuliano, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei “delitti di Stato” nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Giuffrè, Milán, 2001.

Vornbaum, Thomas, *Strafjustiz mi Nationalsozialismus. Ein kritischer Literaturbericht*, Gottdammer's Archiv für Strafrecht, 1998.

_____, "La transformación jurídica de Alemania tras la Segunda Guerra Mundial", en Muñoz Conde, Francisco, y Vornbaum, Thomas (coords.), *La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

_____, *Einführung in die moderne Strarechtsgeschichte*, 2ª ed., Springer, Heidelberg/Berlín, 2011.

Werle, Gerhard, "Die Bestrafung von NS-Unrecht in Westdeutschland", en Marxen, Klaus, Miyazawa, Koichi, y Werle, Gerhard, *Der Umgang mit Kriegs- und Besatzungsrecht in Japan und Deutschland*, Berliner Wissenschaftsverlag, Berlín, 2001.